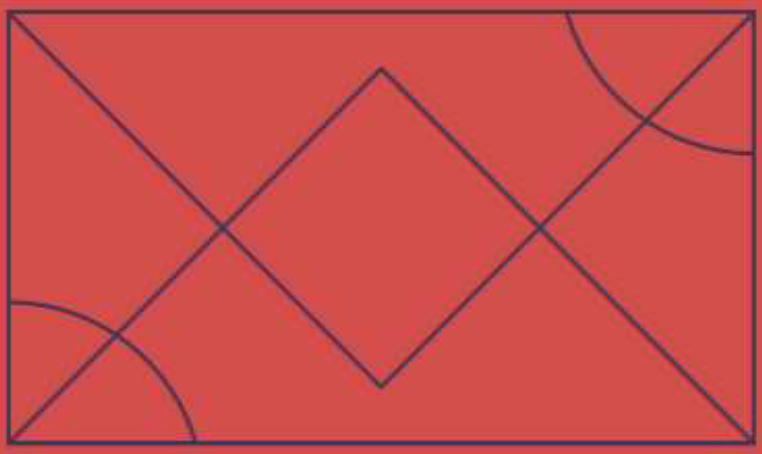
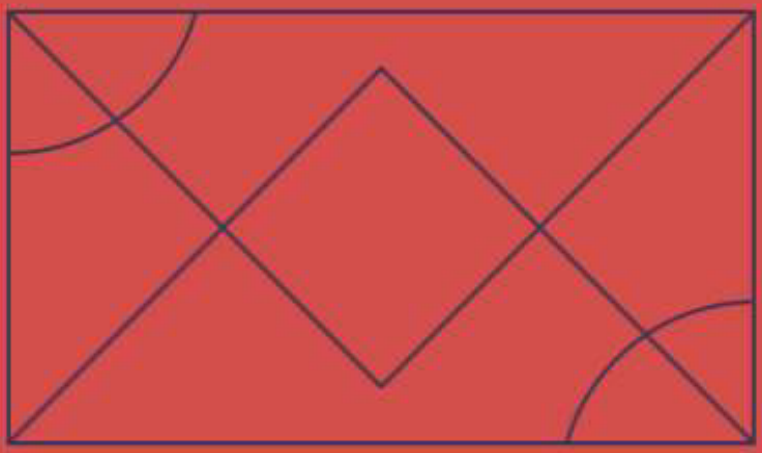
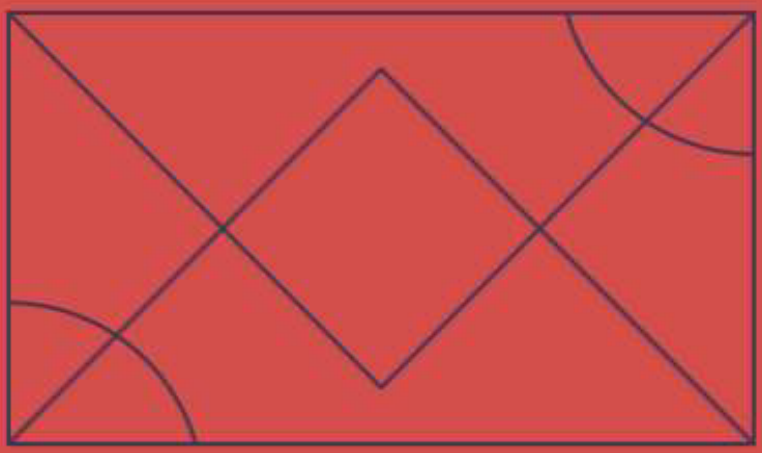
COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3







CEUB

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

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

ORGANIZAÇÃO
Ana Carolina Figueiró Longo
Viviani Gianine Nikitenko

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

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

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

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

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

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

7 Outros Direitos
Ana Carolina Figueiró Longo
Iyaromi Ahualli
Nitish Monebhurrun

8 Relações Internacionais
Carolini Gonçalves Nascimento
Fernanda Maria Alves Gomes

EQUIPE TÉCNICA
Larissa Vargas de Souza Viana

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Compêndio FAJS / organizadores, Ana Carolina Figueiró Longo ;
Viviani Gianine Nikitenko – Brasília: UniCEUB : 2021.

4115 p.
ISBN 978-65-87823-15-7

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

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

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

SUMÁRIO

CONSTRUÇÃO DA LEI ANTITERRORISMO SOB O VIÉS DO DIREITO PENAL EXPANSIVO E A CRIMINALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS E REIVINDICATÓRIOS 11

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS À PRÁXIS DO INSTITUTO 120

JUSTA CAUSA PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137 DE 1990) 155

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ACÓRDÃO SOBRE A ADPF 347 223

A MULHER ENCARCERADA DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU IMPACTO NA LEI 13.769/2018 281

DELAÇÃO PREMIADA E SUA APLICABILIDADE 410

ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO CRIME DE FURTO – À LUZ DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO PENAL 455

CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 584

CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL E O ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME DO ANO DE 2018 677

IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO DO DISTRITO FEDERAL 753

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA EM APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 870

DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/13) 923

RESPONSABILIZAÇÃO DO PSICOPATA HOMICIDA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO 1041

LEGITIMIDADE PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO 1087

A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DESASTRE DE MARIANA 1166

ELABORAÇÃO DE PROJETO DE LEI VERSANDO SOBRE A DEVOLUÇÃO DE ADOTANDOS AINDA NA FASE DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO: UMA PROPOSTA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CASSAÇÃO DA HABILITAÇÃO DOS ADOTANTES 1303

O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDFT 1349

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A (IM)POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO 1478

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA 1554

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE MENORES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NAS ESCOLAS 1606

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA LEI Nº 11.101/2005 EM CONTRAPARTIDA COM O PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018 QUE A ALTERA COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO 1649

APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO NA ELABORAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO RECUPERATÓRIO 1714

TESTAMENTO VITAL: MORRER COM DIGNIDADE 1741

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM DANO MORAL OU EXISTENCIAL 1760

FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: O EXAME DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO DF COMO MEIO DE SUA EFETIVAÇÃO 1810

ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 1856

A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À LUZ DA LEI Nº 13.796/2019 1936

A OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE REMÉDIOS DE ALTO CUSTO PELO ESTADO NÃO ABARCADOS PELA LISTA DO SUS EM FACE DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE 1998

A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL KELSENIANO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTENÇÃO DO PODER ESTATAL 2088

AMIANTO, AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 2118

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA DA ADPF/347 2248

VIOLAÇÃO À LAICIDADE DO ESTADO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADI Nº 4439 2290

UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE INSTITUTO A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988 2361

A APLICABILIDADE DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS, COMO MEIO ALTERNATIVO, PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO DO DISTRITO FEDERAL 2429

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDFT: INTERFACES COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO 2480

O PODER JUDICIÁRIO E A MOROSIDADE NA TRAMITAÇÃO INTERNA DOS PROCESSOS DECORRENTE DA ESTRUTURA DEFICIENTE E DA INABILITAÇÃO TÉCNICO-ADMINISTRATIVA NOS CARTÓRIOS JUDICIAIS 2639

UM ESTUDO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES QUE ENVOLVEM A PESSOA IDOSA 2749

A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS 2877

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 12.990/2014 COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO DE PRETOS E PARDOS NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL 2947

A CULTURA DO MEDO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 2985

O LIMITE DA RACIONALIDADE WEBERIANA NA POSITIVAÇÃO DO ABORTO: O CORPOR FEMININO E O DIREITO DE DECIDIR 3042

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA INTERNET: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O BRASIL E A UNIÃO EUROPEIA 3122

A NATUREZA DOS RECURSOS ARRECADADOS PELA OAB: A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TCU 3179

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O EMBATE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE NO MUNDO DIGITAL 3251

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL 3338

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO: ALTERAÇÃO DO ART. 56, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 3406

A JURIMETRIA COMO INDUTORA DE MELHORIA DA CELERIDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA 3427

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 12.711/2012 NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA 3480

A APOSENTADORIA ESPECIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NAS PECS 287-A/2016 E 6/2019 3511

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 3577

SINDICALISMO BRASILEIRO PÓS FIM DO CARÁTER COMPULSÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL 3643

TRABALHO DO PROFESSOR: OS RISCOS DA PROFISSÃO E O DIREITO A UMA APOSENTADORIA DIFERENCIADA - ANÁLISE AO PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 06/2019 3727

ANÁLISE SOBRE EXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ARTIGOS 790, § 4º, E 790 –B, CAPUT, § 4º,DA LEI Nº 13.467/2017, EM FACE DO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LXXIV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 3810

A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% DO ART. 45 DA LEI 8.213/91 A TODAS AS MODALIDADES DE APOSENTADORIA DIANTE DOS POSICIONAMENTOS DAS ESFERAS DE PODER 3865

TÉCNICAS DE DISPUTE BOARD NO BRASIL: REFLEXÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS 4036

A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEI 13.709/2018 4083

APRESENTAÇÃO

É com grande felicidade que publicamos mais uma edição do Compêndio, obra coletiva composta pelos melhores TCCs produzidos pelos alunos da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB, no primeiro semestre de 2019.

Esta obra contou com o apoio imensurável de seu Conselho Editorial que, mesmo em meio à pandemia provocada pelo Coronavírus e todo o distanciamento social, realizou o trabalho de análise dos textos que lhe foram submetidos e realizou uma análise primorosa.

O livro conta com trabalhos das diversas áreas do Direito e aborta questões muito atuais como o Direito ao Esquecimento, os Acordos de Não-persecução Penal, o uso de mediação para a solução de conflitos familiares, dentre diversos outros temas.

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

Aproveitem a leitura!

Ana Carolina F. Longo

Docente responsável pela editoração do Compêndio

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Ciências Criminais



CEUB

CONSTRUÇÃO DA LEI ANTITERRORISMO SOB O VIÉS DO DIREITO PENAL EXPANSIVO E A CRIMINALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS E REIVINDICATÓRIOS

Amanda de Oliveira Bezerra

RESUMO

A presente monografia, teve por objeto a análise da Lei Antiterrorismo. Buscou detalhar o contexto político-social em que a norma foi desenvolvida e a sua repercussão no mundo jurídico. O terrorismo alçou patamares impensáveis, disseminando preocupação entre as comunidades internacionais. A ameaça do terrorismo afligiu o Brasil, um país que historicamente, não desempenha um papel fundamental nessa luta e tampouco é alvo de atentados internacionais. No entanto, em um mundo globalizado, o terrorismo desterritorializa-se, ampliando o leque de vítimas a uma escala mundial. Diante disso e fortemente pressionado por organismos internacionais, o país teve que se adequar a essa realidade e criar uma norma para combater o terrorismo. Paulatinamente, a busca pelo combate ao terror, repercute na adoção de legislações penais extremamente duras, sem a devida observância às garantias legais e ao próprio regramento normativo. A Lei nº 13.260/2016 elaborada para enfrentar o terrorismo, é um reflexo dessa situação. Foi adotado o Direito Penal Expansivo para delinear alguns de seus dispositivos, o que forneceu grande margem de interpretação ao aplicador do Direito e consequentemente, criou-se uma insegurança jurídica. Importa ressaltar o contexto de sua concepção. Tendo em vista que, diante de inúmeras manifestações populares, inclusive com formas violentas de protesto, exercida sobretudo por grupos *black blocs*, o risco iminente era de que a Lei Antiterrorismo fosse utilizada para criminalizar os movimentos sociais e reivindicatórios. Essa tendência pode ser apontada, em razão das proposições atuais que tramitam no Congresso Nacional,

que buscam a ampliação da presente norma, de forma a atingir principalmente, a figura do manifestante.

Palavras-chave: Terrorismo. Lei Antiterrorismo Brasileira. Direito Penal Expansivo. Criminalização dos Movimentos Sociais e Reivindicatórios.

INTRODUÇÃO

A Lei Antiterrorismo é a denominação dada à Lei nº 13.260/2016, que trata da tipificação, julgamento e punição para crimes de natureza terrorista no território nacional. Foi um marco importante, já que o país não possuía uma legislação específica acerca dessa temática.

A sua construção enfrentou grandes embates, o país vivia um momento histórico de crescente intolerância, marcado pelo acirramento de disputas ideológicas internas e pela escalada mundial de atos terroristas.

O governo brasileiro foi especialmente pressionado pela comunidade internacional a enrijecer a sua legislação antiterror – Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), atuação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e iminência dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016).

Nesse contexto, o projeto da Lei Antiterrorismo foi elaborado e apresentado pelo Poder Executivo, imprimindo-se à sua tramitação legislativa o regime de urgência. Um tema de relevante complexidade, mas tramitando em um regime incompatível com o desafio.

Preliminarmente, essa escolha restringiu a possibilidade de participação da sociedade civil, por meio do debate público e da contribuição de especialistas em audiências públicas, impedindo que o tema fosse debatido a fundo.

A falta de harmonia acerca da definição jurídica de terrorismo foi um ponto de inúmeras divergências entre os legisladores. De modo que, o contexto político vai ser um forte fator de influência para determinar a percepção do que é um ato terrorista.

O texto normativo avançou em direção ao Direito Penal Expansivo, trazendo inovações, como a punição dos atos preparatórios e abarcando dispositivos excessivamente genéricos, implicando em elevado grau de discricionariedade dos aplicadores da norma.

O almejado é analisar a contextualização da construção da Lei Antiterrorismo, todo o caminho percorrido até a culminação do texto final, sancionado sob a forma da Lei nº 13.260/2016. A importância em observar a origem dessa norma vai repercutir na insegurança jurídica gerada pela mesma, nas restrições de direitos fundamentais, como o de reunião e manifestação, e em última instancia, na sua aplicação como forma de criminalizar os movimentos sociais e reivindicatórios.

O primeiro capítulo retrata as dificuldades em se estabelecer uma conceituação para o terrorismo. Justamente por ser um termo complexo, envolto em aspectos políticos, sociais e jurídicos, é difícil encontrar uma definição que contente a todos. Ademais, é apresentada a legislação genérica dispersa em nosso ordenamento jurídico, antes da elaboração da Lei Antiterrorismo. Principalmente, através de Convenções e Resoluções Internacionais.

O segundo capítulo apresenta o Projeto de Lei elaborado pelo Poder Executivo para combater o terrorismo. Pretende-se delinear o contexto político-social em que o país estava inserido no momento da origem do projeto. A forte

pressão exercida por organismos internacionais para legislar sobre o assunto e intensas manifestações populares no Brasil, com a eclosão da tática de protesto *black bloc*, traçou inúmeros debates.

Já o terceiro capítulo se inicia com a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional. Vai perpassar todo o trâmite até a sanção do texto final da Lei Antiterrorismo. Ademais, irá analisar as consequências a partir da análise redacional da presente norma. De modo a estabelecer os reflexos oriundos da utilização do Direito Penal Expansivo e da possibilidade da criminalização dos movimentos sociais e reivindicatórios. Por último, colaciona algumas proposições que visam modificar a Lei nº 13.260/2016.

1 APRESENTAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES GENÉRICAS ANTES DA LEI ANTITERRORISMO

1.1 BREVE CONCEITUAÇÃO DE TERRORISMO

Existe uma enorme resistência quanto a definição do conceito de terrorismo. Tendo em vista que a concepção em torno do que venha a ser terrorismo acompanha as mudanças sociais e oscila de forma distinta para cada nação. De forma que, a sua definição é ambígua, pouco palpável e fortemente determinada, em sua elucidação, pelo contexto político, que é determinante para a percepção do que é um ato terrorista.

As ações são definidas como terroristas pelo fato de traduzirem atos que atingem as comunidades de maneira direta. "Ao assumirmos que o terrorismo é uma construção social, estamos salientando ao investigador uma série de dilemas respeitantes à seleção do seu lugar teórico e ideológico de enunciação" (SEIXAS, 2008, p. 21).

Contudo, de acordo com o senso comum, usualmente o terrorismo é caracterizado como a política de quem recorre à violência. Utilizando-a contra pessoas ou coisas, provocando mortes e espalhando o terror, cujos feitos obtêm grande repercussão.

A definição exposta acima, no entanto, se mostra inadequada frente às questões contemporâneas que envolvem o terrorismo. Também são considerados atos terroristas certos tipos de ataques que não recorram à violência. Como por exemplo, atentados por meios eletrônicos que podem causar o colapso do sistema de telecomunicações ou da rede bancária de um país.

Como afirma Waldron (2004), a procura de uma definição canônica de terrorismo é provavelmente uma perda de tempo. Mas colocar questões que parecem questões de definição é por vezes uma maneira frutífera de centrarmos a nossa reflexão sobre o terrorismo e de organizarmos a nossa resposta.

Justamente por ser um termo complexo, é difícil encontrar uma definição que contente a todos. Uma vez que esteja envolto em aspectos políticos, sociais e jurídicos, como também por lidar com interesses variados de inúmeras nações, povos e etnias. Igualmente, é inextricável estabelecer uma resposta estatal eficiente, que contemple o enredamento da temática. E acaba sendo que "os esforços para compreender o terrorismo têm sido geralmente contingentes ou secundários aos esforços para controlá-lo" (TURK, 2004 *apud* SEIXAS, 2008, p. 23).

Importa destacar a definição de terrorismo que era adotada pelo órgão brasileiro responsável por defender o estado democrático de direito e a soberania nacional: a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). Esta seguia a definição

específica dada pela Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN), constante em sua revista de 2007, que descrevia terrorismo da seguinte maneira:

> Ato de devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens, por indivíduos ou grupos, com emprego da força ou violência, física ou psicológica, por motivo de facciosismo político, religioso, étnico/racial ou ideológico, para infundir terror com o propósito de intimidar ou coagir um governo, a população civil ou um segmento da sociedade, a fim de alcançar objetivos políticos ou sociais.

Também era considerado ato de terrorismo:

> Apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população.

Tratava-se de uma "ação premeditada, sistemática e imprevisível, de caráter transnacional ou não, que poderia ser apoiada por Estados, realizada por grupo político organizado com emprego de violência, não importando a orientação religiosa, a causa ideológica ou a motivação política, geralmente visando destruir a segurança social, intimidar a população ou influir em decisões governamentais" (ABIN, 2007, p. 15).

Já a definição genérica assentada pela CREDEN, classificou como terrorismo todo "ato com motivação política ou religiosa, que emprega força ou violência física ou psicológica, para infundir terror, intimidando ou coagindo as instituições nacionais, a população ou um segmento da sociedade" (ABIN, 2007, p. 14).

Antes da criação da Lei nº 13.260/2016, denominada Lei Antiterrorismo, entrar em vigor no ordenamento jurídico, o Brasil não possuía uma legislação clara e específica que tratasse da conceituação, tipificação, julgamento e punição para crimes de natureza terrorista. Não obstante, já ratificasse os principais instrumentos internacionais que debatiam o tema, mas sempre utilizando uma abordagem de forma genérica e imprecisa.

As consequências jurídicas advindas do terrorismo só vêm ganhar maior notoriedade em 1983, com o advento da Lei de Segurança Nacional. Sendo mais tarde mencionado brevemente em nossa Constituição Federal de 1988,[1] que instituiu o repúdio ao terrorismo no rol dos princípios fundamentais que devem balizar a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. E posteriormente, aparece na Lei de Crimes Hediondos, sem muito agregar, considerando que o constituinte já o havia classificado como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.[2]

1.2 LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

A Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983, basicamente prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional, a ordem política e social, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, e a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

[1] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; (BRASIL, 1988).

[2] Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988).

A acepção entorno do significado do termo segurança costuma ser tão divergente quanto as peculiaridades de cada território, portanto, como balizar a segurança de um Estado de modo suficiente?

Segundo Rudzit (2005, p. 306):

> O significado de segurança será tão diverso quanto as condições e situações de diferentes Estados a que este conceito é aplicado, assim como o processo de formação do Estado em países não desenvolvidos é diferente dos países do primeiro mundo. Os primeiros enfrentam problemas de segurança diferentes dos outros, que são a falta de legitimidade das suas fronteiras, instituições e regimes; coesão social inadequada e ausência de consenso da sociedade em assuntos sociais, econômicos e organização política [...]. Portanto, os países não desenvolvidos tendiam a se sentir mais ameaçados do que os de primeiro mundo, já que para eles as maiores ameaças partem muitas vezes de dentro do seu próprio território, sendo que para os desenvolvidos, normalmente, elas só vêem de fora de suas fronteiras.

O contexto político-social em que foi elaborada a Lei de Segurança Nacional, se demonstra extremamente relevante para verificar o notório aspecto ideológico envolto na concepção da norma, que teve origem a partir do regime da ditadura militar, compreendido entre os anos de 1964 a 1985. Não obstante nunca ter sido objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, subsistem inúmeras declarações acerca de sua incompatibilidade com o texto constitucional.

Porém, o enfoque será apenas no art. 20 da Lei nº 7.170/83, já que este deu origem a um grande impasse a partir da sua interpretação. Haja vista que, de acordo com o referido artigo, é crime praticar atos de terrorismo, por inconformismo

político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.[3]

A divergência se originou posto que, uma primeira corrente entendia que o terrorismo estaria tipificado na Lei de Segurança Nacional, corrente essa adotada pelo Nucci (2014, p. 392):

> Terrorismo: o crime está previsto no art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei dos Crimes contra a Segurança Nacional, Ordem Política e Social).
>
> [...] valeu-se o legislador da denominada interpretação analógica. Primeiramente, enumerou formas de terrorismo como devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão e praticar atentado pessoal para, na sequência, embora com redação equívoca, ter mencionado ou atos de terrorismo. Em nosso entendimento, deve-se ler ou outros atos de terrorismo, vale dizer, dados os exemplos do que sejam condutas terroristas, justificadas pelo inconformismo político ou para a obtenção de fundos voltados à mantença de organizações políticas clandestinas ou subversivas, houve a ampliação do tipo mencionando-se ou atos de terrorismo. Esse é o delito considerado, pois, hediondo. A interpretação analógica é forma válida de se buscar o verdadeiro alcance e sentido de uma norma penal.
>
> [...]. Em suma, parece-nos que o delito de terrorismo está previsto no art. 20 da Lei 7.170/83. E, caso o delito seja cometido por conduta grupal (em concurso de pessoas ou fruto de associação criminosa), pode-se aplicar o disposto no art. 5.º, XLIV da CF: cuida-se de delito inafiançável e imprescritível. Embora possamos criticar a opção pela imprescritibilidade, pois injustificável sob vários prismas, é preceito constitucional, merecedor de cumprimento.

[3] Art. 20 Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversiva. (BRASIL, 1983).

Entretanto, essa cognição não é o que prevalece. De acordo com a corrente majoritária, os atos descritos no artigo não estabelecem de forma efetiva quais deles caracterizam atos de terrorismo. Inclusive, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), exarado pela Segunda Turma da corte que na oportunidade extinguiu, sem julgamento de mérito, o pedido de Prisão Preventiva para Extradição (PPE) nº 730/DF. Requerido pelo Governo do Peru e formulado contra o cidadão peruano Segundo Panduro Sandoval, acusado de suposta prática de terrorismo.

Um dos assuntos suscitados no Acórdão foi o da dupla tipicidade, o qual constitui um requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição, impondo que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente.

O Relator Ministro Celso de Mello destacou a impossibilidade de observância, no caso, do princípio da dupla tipicidade, eis que, tratando-se do delito de terrorismo, inexistia, quanto a ele, no sistema de direito positivo nacional, a pertinente definição típica.

Em seu voto, o Relator cita alguns doutrinadores a fim de embasar seu entendimento em relação à falta de definição para os crimes de terrorismo na legislação à época, confirmando de tal modo, a corrente majoritária.

> De acordo com o art. 2º da Lei n. 8.072/90, o 'terrorismo' será insuscetível de anistia, graça e indulto, não comportando ainda fiança e liberdade provisória. Se estas restrições, de caráter penal e processual penal, se coadunam, ou não, com o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, é matéria de todo irrelevante, nessa altura, pela simples circunstância de inexistir o tipo de 'terrorismo', como crime comum ou como crime contra a Segurança Nacional [...]. A falta de um tipo penal que atenda, no momento presente, à denominação especial de 'terrorismo' e que, ao invés de uma pura 'cláusula geral', exponha os

> elementos definidores que se abrigam nesse conceito, torna inócua, sob o enfoque de tal crime, a regra do art. 2º Lei 8.072/90 (FRANCO, 2005 *apud* BRASIL, 2014).

De igual modo, para Cretella Neto (2008), o legislador brasileiro não incluiu o terrorismo na codificação penal geral. Razão pela qual não pode haver condenação criminal no Brasil, pelo delito de "terrorismo", enquanto a conduta não for descrita em lei.

Um aspecto muito importante no voto do PPE nº 730/DF relativamente "recente" do ano de 2014, é de que, a falta de consenso acerca da definição jurídica de terrorismo ainda se mostrava perene entre a comunidade internacional. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

> [...] como se sabe, até hoje, a comunidade internacional foi incapaz de chegar a uma conclusão acerca da definição jurídica do crime de terrorismo, sendo relevante observar que, até o presente momento, já foram elaborados, no âmbito da Organização das Nações Unidas, pelo menos, 13 (treze) instrumentos internacionais sobre a matéria, sem que se chegasse, contudo, a um consenso universal sobre quais elementos essenciais deveriam compor a definição típica do crime de terrorismo ou, então, sobre quais requisitos deveriam considerar-se necessários à configuração dogmática da prática delituosa de atos terroristas (BRASIL, 2014).

Consequentemente, antes da elaboração da lei específica, pode-se afirmar que os crimes oriundos de atos terroristas não eram tipificados, pois não havia na lei a descrição da conduta de terrorismo. O que acabava por ferir o princípio da legalidade, *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, não há crime nem pena sem lei certa.

Apesar da existência de incontáveis controvérsias em torno da definição e da tipificação penal do delito de terrorismo, é inequívoco o esforço da comunidade internacional na adoção de medidas destinadas a prevenir e a reprimir práticas

terroristas, repercutindo usualmente em convenções e tratados que foram incorporados pela legislação brasileira ao longo do tempo. Na sequência farei destaques aos principais instrumentos aderidos pelo Brasil.

1.3 CONVENÇÃO PARA PREVINIR E PUNIR ATOS DE TERRORISMO

A Convenção para Prevenir e Punir Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, teve a sua entrada em vigor com o depósito, pela Costa Rica, do segundo instrumento de ratificação, em 16 de outubro de 1973.

A presente convenção foi a primeira a ser ratificada pelo Brasil acerca dessa temática, através do Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999, e a sua adesão justificou-se nos esforços do Governo brasileiro em atualizar e fortalecer os seus compromissos contra o terrorismo internacional.

Preliminarmente, os Estados signatários obrigaram-se a cooperar entre si, tomando todas as medidas que considerassem eficazes segundo suas respectivas legislações. E de forma especial, as estabelecidas no próprio instrumento, para prevenir e punir os atos de terrorismo e, destacadamente o sequestro, o homicídio e outros atentados contra a vida e a integridade das pessoas a quem o Estado tem o dever de proporcionar proteção especial conforme o direito internacional.

A convenção também previu em seu preâmbulo, que a sua aplicação não poderia ser invocada de forma a violar os direitos fundamentais, a instituição do asilo e o princípio de não intervenção. Ao longo de seu texto, reiterou a competência exclusiva dos Estados membros para a aplicação de seus dispositivos, assegurando as garantias do devido processo legal e do direito de asilo, bem como garantiu o mais

amplo direito de defesa a toda pessoa privada da liberdade em virtude da aplicação das normas previstas.

É possível aferir a partir da leitura da convenção, que não houve um prisma na conceituação e disposições sobre terrorismo, já que o tema foi abordado de forma genérica e superficial. É importante analisar o contexto dos anos 60/70 em que foi elaborado o presente instrumento. Com a disseminação de golpes militares na América Latina, acontecia frequentemente atos delituosos, em especial, o sequestro e a extorsão de diplomatas estrangeiros por grupos de resistência armada.

> No dia 4 de setembro de 1969 o embaixador estadunidense no Brasil, Charles Elbrick, era capturado por militantes da luta armada no Rio de Janeiro. Até aquele dia, o mundo contemporâneo nunca havia visto o sequestro de um diplomata por motivos políticos.
>
> Militantes de duas organizações que se propunham a derrubar a ditadura através da luta armada, a Ação Libertadora Nacional (ALN) e o Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8), capturaram o embaixador dos Estados Unidos numa rua do bairro de Botafogo, no Rio, exigindo a libertação de 15 presos políticos e a divulgação de um manifesto como condição para a devolução do diplomata [...]. O governo atendeu às reivindicações dos revolucionários: os presos políticos foram enviados para o México e o manifesto foi publicado nos principais jornais e divulgado em todas as rádios e televisões. Libertado o embaixador, seguiu-se feroz repressão, que levou em novembro do mesmo ano ao assassinato de Carlos Marighella (LIMA, 2016).

Portanto, a elaboração desta convenção se amparou na necessidade de dotar os Estados, com instrumentos eficazes para prevenir e punir ações que violassem a vida e a integridade de membros do corpo diplomático e de organizações internacionais de caráter governamental. Noutro giro, foi adotada tardiamente pelo Brasil, tendo em vista que a sua elaboração se deu no início da década de 70 sob as

circunstâncias mencionadas. Vindo a ser ratificada quase 30 anos depois, quando o país já era um Estado Democrático de Direito.

1.4 CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA SUPRESSÃO DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

A Convenção Internacional de Supressão de Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001, foi internalizada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005.

Foi acolhida em consonância com a estratégia governamental de enfrentamento ao crime organizado internacional. De forma a destacar o combate ao terrorismo e ao seu financiamento direto ou indireto, visando à prevenção, repressão e eliminação do terrorismo internacional sob todas as suas formas.

Tendo em vista "a preocupação com a escalada mundial de atos terroristas em todas as suas formas e manifestações, e considerando que o financiamento do terrorismo é objeto de séria preocupação para a comunidade internacional" (BRASIL, 2002b). Os países signatários acordaram diversos pontos, os quais alguns valem destaques.

Os Estados-membros se comprometeram a elaborar leis internas, inclusive em momento posterior, a fim de assegurar que os atos ilícitos previstos na convenção não sejam, em qualquer hipótese, justificados por considerações de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou outra de natureza semelhante.

Tendo em mente que, para alguns países o terrorismo pode ser visto ante o prisma da transgressão política, a convenção se acautelou em determinar que

nenhum dos delitos previstos serão considerados, para fins de extradição ou assistência jurídica mútua, crime político ou inspirado em motivação política.

Para Hungria (1958), os crimes políticos são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. Ou seja, os crimes políticos atacam à segurança do Estado ou a sua própria personalidade.

A grande problemática em torno disso, reside no fato de que: se por um lado há um consenso na política criminal internacional em retirar o caráter político do crime de terrorismo, para fins de extradição, surtindo assim uma unificação na resposta Estatal. Por outro lado, também retiraria importantes garantias constitucionais previstas aos acusados, reduzindo sem distinção e sem fazer uma análise meticulosa, os atos com viés político à atos de terrorismo.

Insta ressaltar que a Constituição Federal não define crime político. Nesse sentido a jurisprudência brasileira tem interpretado que somente há crime político quando presentes os pressupostos do art. 2º da Lei de Segurança Nacional. Ocasionando a interpretação de que para configurar um crime político é imprescindível a motivação política que coloque em risco a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação, o Estado de Direito e a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

E consequentemente, os terroristas vistos sob a ótica de criminosos políticos serão beneficiados pelo direito de asilo, que segundo a definição de Rezek (2008):

> Asilo político é o acolhimento pelo Estado de estrangeiro alhures geralmente, mas não necessariamente em seu país – por causa da dissidência política, de delitos de opinião, ou crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configura quebra do direito comum [...]. Em toda parte se

> reconhece a legitimidade do asilo político territorial e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU – 1948) faz-lhe referência.

A extradição está prevista no art. 5ª, incisos LI e LII da Constituição Federal,[4] em suma, nenhum brasileiro nato será extraditado e não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Para ser possível prosseguir com a extradição, o Estado requerente precisa assumir cumulativamente os compromissos estipulados pela Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração). A saber, não executar pena vedada pelo ordenamento brasileiro, pena de morte ou de prisão perpétua. É importante observar o tempo máximo de cumprimento de pena possível no Brasil (30 anos) e não submeter o extraditando a tortura ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

De acordo com Husek (2017), a extradição é a entrega de um indivíduo de um Estado a outro, a pedido deste, para responder a processo penal ou cumprir pena. Nesse caso, envolve o Poder Judiciário. Normalmente, a extradição tem por fundamento um tratado entre os países envolvidos ou o princípio de reciprocidade.

Destarte, a decisão final quanto à extradição compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso VII da Constituição Federal.[5] O Presidente age discricionariamente, mas não sem ouvir previamente, o Judiciário,

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; (BRASIL, 1988).

[5] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; (BRASIL, 1988).

a quem compete manifestar-se por força do art. 102, inciso I, alínea 'g' da Constituição Federal.[6]

Conforme assenta o entendimento do Polleti (1977), citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski durante o voto proferido no julgamento da Extradição nº 1.085, na qual figurava como requerente o Governo da Itália, cujo objeto era a extradição de Cesare Battisti:

> [...] andou bem a lei brasileira ao estabelecer sistema próximo do misto na apreciação e efetivação do pedido extraditório. De um lado submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido e, de outro, erigiu o Executivo em juiz absoluto da conveniência e interesse em executar a extradição. Noutras palavras, o STF julga se a extradição é, ou não, proibida pela lei; e o Executivo a concede, ou não, se ela não proibir. A decisão judicial vincula apenas pela negativa: então não se poderá extraditar; não vincula, todavia, pela possibilidade, ou seja, pela declaração de não se proibir (POLLETI, 1977 apud BRASIL, 2011).

Em síntese, de acordo com o entendimento do Ministro Lewandowski, é possível concluir que o Presidente da República, com fundamento na sua competência constitucional privativa para manter relações com Estados estrangeiros pode, considerando os superiores interesses nacionais, negar-se a extraditar alguém mesmo diante de manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal. Embora não possa concedê-la quando este a tenha considerado ilegal ou contrária à Constituição.

É de suma importância salientar que, o art. 82, § 4º da Lei de Migração[7], autoriza o STF para fins de extradição de estrangeiro, a possibilidade de

[6]Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; (BRASIL, 1988).

desconsiderar como crimes políticos, os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de terrorismo.

Em que se pese, o único dispositivo da Convenção Internacional de Supressão de Financiamento do Terrorismo, em que o governo brasileiro declarou a reserva, foi em relação ao artigo 24, parágrafo I, que trata da cláusula de jurisdição obrigatória da Corte internacional de Justiça, à qual o Brasil não se vincula.

Em relação aos demais dispositivos houve a ratificação, inclusive aquele no qual determina que nenhum delito previsto será considerado crime político para fins de extradição ou assistência jurídica mútua. Ferindo assim, a Constituição Federal e mitigando as atribuições do Poder Judiciário em analisar os pressupostos legais da extradição. Consequentemente, contrapõe a primeira convenção ratificada pelo Brasil acerca do terrorismo. Entendeu-se que a sua aplicação não poderia ser invocada de forma a violar a instituição do asilo político, inteligência essa que não foi adotada pela Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo.

1.5 RESOLUÇÃO 1373 DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

O terrorismo não é um fenômeno da atualidade, embora tenha adquirido uma nova faceta após os ataques de 11 de setembro de 2001, que culminaram na queda das torres gêmeas do World Trade Center e que atingiram o Pentágono, nos Estados Unidos da América. "O '11 de setembro' definiu os contornos do terrorismo

[7] Art. 82, § 4º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo. (BRASIL, 2017).

no século XXI, uma nova forma de conflito que não encontra resistência eficaz no Direito Internacional" (HUSEK, 2015, p. 332).

Posteriormente a esse episódio que marcou a história mundial, o tema do terrorismo adquiriu uma importância central nas agendas de segurança continental. No tocante à atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) em relação ao terrorismo internacional, o Conselho de Segurança deu uma resposta de forma rápida, unânime e sem precedentes, ao aprovar logo após os atentados, a Resolução 1373, em 28 de setembro de 2001, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.976, de 18 de outubro de 2001.

Ao aprovar a presente Resolução, o Conselho de Segurança impôs medidas vinculativas, não contra um Estado, sob a forma de sanções, mas contra a todos, tendo em vista evitar atos de terrorismo a nível internacional. Esse instrumento estabelecia obrigações comuns para todos os 191 Estados Membros da ONU à época, indo assim mais longe do que os 12 Tratados internacionais que existiam até então, e que só se aplicavam aos países signatários.

Nesse sentido, pode-se destacar alguns pontos da Resolução 1373, dentre as quais Cavalcanti e Olívia Gomes (2016, p. 388) aponta:

> Tal Recomendação obriga todos os Estados Membros a adotarem medidas concretas para combater o terrorismo, e se refere principalmente ao financiamento dos grupos terroristas, de forma que seus Estados-Parte se obrigam, em linhas gerais, a prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas; criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios; congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam, ou facilitam o cometimento

> desses atos; e proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos.

O mundo assistiu aos ataques amplamente divulgados pela mídia, com um ar de perplexidade e medo, já que o poderio incontestado dos Estados Unidos depois da Guerra Fria tornou arraigado o sentimento de invulnerabilidade do país à violência que crescia e se expandia em outras regiões.

Como bem menciona Rubens Barbosa (2002), o impacto do 11 de setembro sobre a psique americana foi descomunal, ao representar, na "descoberta" da vulnerabilidade, um choque nunca antes experimentado e a sensação de que o país nunca mais seria o mesmo. A rapidez e a dimensão da resposta aos ataques, considerados desde o início como "atos de guerra", dão a dimensão exata da comoção por eles provocada.

Devido à magnitude dos atentados de 11 de setembro e os notáveis impactos gerados ao redor do mundo, com a influência da superpotência americana. O terrorismo foi elevado à mais alta prioridade em sua política externa, influenciando os esforços internacionais em prol da coordenação em matéria de segurança tanto dos demais Estados, quanto da ONU. De forma a atuar incisivamente contra os grupos terroristas e os estados que os abrigam, a agenda da política global transfigurou-se de forma brusca, despertando os sentimentos de urgência, prevenção e combate ao terror.

Tanto é verdade, que a Resolução 1373, foi internalizada pela legislação brasileira de forma extremamente célere em relação às demais. Em menos de um

mês, o Decreto que dispunha sobre a execução no território nacional da Resolução adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas pós 11 de setembro de 2001, estava em pleno vigor.

Na visão de Rubens Barbosa (2002), esses eventos alavancaram grandes mudanças na agenda brasileira, se por um lado, temas de grande relevância foram preteridos, por outro lado, o tópico segurança nacional ganhou demasiado destaque:

> É preciso, apesar de tudo, considerar que, se o 11 de setembro pôs em segundo plano temas prioritários da agenda brasileira, também resgatou, na ênfase que trouxe para a temática de segurança, aspectos importantes de política externa que, se não ocupam a pauta diária dos noticiários, são de enorme importância para o país. O Brasil, país de extensas fronteiras terrestres, que divide com regiões conturbadas como a Amazônia colombiana, não pode se dar ao luxo de negligenciar sua segurança interna e externa.
>
> Na agenda interna e externa, o tema da segurança passa a adquirir um peso maior do que no passado [...]. A questão da segurança preocupa e mobiliza cada vez mais a sociedade brasileira, atingida em seu cotidiano por ações violentas e criminosas que possuem uma dimensão internacional (tráfico de drogas, por exemplo)
>
> O novo cenário criado pelos EUA de "luta do bem contra o mal" não deixará de representar um desafio político para o Brasil, a começar pela própria concepção de um arranjo dicotômico e perigoso como o da separação entre "amigos e inimigos" da grande potência. O Brasil certamente se alinha entre os primeiros, e está pronto a assumir sua parte de responsabilidade na adoção de medidas preventivas ao terrorismo.
>
> [...]. Nenhum dos países da América do Sul, entre eles o Brasil, desempenha ou desempenhará papel preponderante nesse grande jogo de luta contra o terrorismo mundial. Eles podem, no entanto, ajudar nesse processo, contribuindo para o reforço de sua própria segurança, assegurando a estabilidade democrática na região e dando sua contribuição para o que se

> poderia chamar de um "programa global" de combate ao terrorismo (BARBOSA, R., 2002, p. 85).

Diante do contexto instaurado após o 11 de setembro e do pouco protagonismo brasileiro quanto ao terrorismo, o autor possuía uma visão de que o Brasil em nenhum momento futuro poderia desempenhar um papel preponderante na luta contra o terrorismo ou até mesmo, dificilmente, viria a ser alvo central de um ataque terrorista em escala global.

Sucede que, cerca de 17 anos decorridos desde os atentados, em um mundo globalizado, "o terrorismo adquire novos contornos, desterritorializando-se, desvinculando-se até de qualquer identidade reconhecida e alargando o leque das vítimas potenciais a uma escala global" (SEIXAS, 2008, p. 14).

O que é novo atualmente é o fato dos avanços tecnológicos proporcionarem a indivíduos e grupos desviantes, poderes destrutivos que antes estavam reservados aos Estados. À vista disso, o terrorismo atinge novos meandros, tornam-se possíveis ataques cibernéticos capazes de desestabilizar o sistema econômico de um Estado ou até mesmo ataques aéreos a um território por via remota. Fato esse, torna inegável que o Brasil assim como outros países, tendem a buscar respostas às essas questões através do Direito Penal.

1.6 CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O TERRORISMO

A Convenção Interamericana contra o Terrorismo foi assinada em Barbados, no dia 3 de junho de 2002 pelos 30 países integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi idealizada com intuito de dotar o sistema interamericano de

uma estrutura jurídico-institucional que orientasse ações concertadas no combate ao terrorismo.

Promulgada sob a forma de Decreto nº 5.639 de 26 de dezembro de 2005, teve o Brasil participando ativamente de sua elaboração. Nesse sentido, foram contempladas as expectativas nacionais quanto ao tema, especialmente no tocante à inclusão de dispositivos que deixam claro que a cooperação no combate ao terrorismo será realizada com pleno respeito ao direito nacional e internacional, aos direitos humanos e às instituições democráticas.

A Convenção Interamericana contra o Terrorismo teve por desígnio, "contribuir para o desenvolvimento progressivo e codificação do direito internacional, a coordenação de ações com entidades internacionais competentes na esfera de delitos transnacionais e o fortalecimento e estabelecimento de novas formas de cooperação regional contra o terrorismo" (BRASIL, 2002a).

Atendendo ao alcance das metas anteriormente citadas, o instrumento ajusta compromissos para os seus signatários no tocante à adoção de um regime jurídico e administrativo para prevenção, combate e erradicação do financiamento do terrorismo, logrando uma cooperação internacional eficaz.

A convenção anteviu o traslado de pessoas sob custódia, encontradas detidas ou cumprindo pena em um Estado Parte e cuja presença fosse solicitada no território de outro membro para fins de cooperação na investigação ou no processo de delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais.

Em relação à inclusão do dispositivo sobre traslado de pessoas sob custódia, é de suma importância ressaltar a previsão constitucional que coíbe a extradição de

brasileiro nato, salvo o naturalizado, nos casos delimitados pela lei, bem como veda a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Assim como na Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, também foi delimitado a inaplicabilidade de caracterização de ato terrorista como delito político ou conexo. Determinando que não se poderá negar um pedido de extradição ou de assistência judiciária mútua por se relacionar com um delito político.

Nesse contexto, os signatários precisam tomar as medidas necessárias para assegurar que não se reconheça a condição de refugiado, e nem que se conceda asilo às pessoas com relação às quais hajam motivos fundados para considerar que cometeram algum dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais relacionados ao terrorismo.

A convenção não definiu precisamente o crime de terrorismo, tendo em vista imensa dificuldade em tipificar o terrorismo, nomeadamente. Essa cautela se dá porque, embora o terrorismo seja um crime bastante reprovável, de proporções mortais, sendo considerado um dos maiores problemas atuais, o seu combate deve estar pautado pelo respeito aos princípios da Carta da ONU, bem como pelas regras dos Direitos Humanos.

Conforme fundamenta Suarez (2012, p. 390):

> O conceito de terrorismo deve ser apreendido pelo ideário político brasileiro de maneira vinculada ao seu contexto político. De outra forma, o conceito pode apenas obscurecer o problema que o Brasil enfrenta em termos de segurança, que se traduz principalmente pelo crime organizado e pelo tráfico de entorpecentes e de armas. Entretanto, ao mesmo tempo, não se pode ignorar um fenômeno que não conhece fronteiras.



> O terrorismo é um tipo de ação que vai contra as bases de sustentação da sociedade, minando e deteriorando os laços que as sustentam. O seu combate deve partir de uma compreensão contextual e deve ser levado adiante respeitando-se as demandas envolvidas em cada cenário político.
>
> A própria definição guarda um estigma severo, que deve ser aplicado com toda cautela para não se incorrer no erro de criar um inimigo inexistente ou se tentar aplicar métodos que não serão eficientes por não captarem os fenômenos em questão de maneira adequada.

Mesmo diante à ausência de uma conceituação clara de terrorismo, haja vista o receio desta tipificação ser tão abrangente que classifique atos e grupos como terroristas injustamente, a presente convenção, foi um documento importante dada a natureza da percepção sobre o terrorismo que é apresentada.

Foram delineados vários delitos que poderiam ser tipificados como crime de terrorismo, como o apoderamento ilícito de aeronaves, o assassinato de pessoa que goze de proteção internacional, a posse de material nuclear, o sequestro de navios, a tentativa de controle de plataformas de extração de petróleo e a colocação de bombas em locais públicos.

A Convenção Interamericana contra o Terrorismo ainda trouxe uma inovação importante ao prever o confisco de fundos e outros bens usados para a consecução de atos terroristas, dispositivo que inexistia à época no ordenamento jurídico brasileiro.

Noutro vértice, para a realidade brasileira, ante a inexistência de um tipo penal que definisse atos terroristas, e a divergência entre o STF em distinguir "delito político" de "terrorismo", não havia um critério prático. Existia apenas fatores subjetivos da imaginação dos magistrados para pautar a interpretação desta convenção.

Consentâneo com o combate ao terrorismo, os instrumentos internacionais estabelecem, de forma geral e superficial, que o enfrentamento à essas questões, será realizada com pleno respeito ao direito nacional e internacional, aos direitos humanos, às instituições democráticas, e outros. Entretanto, nessa escalada da violência, o primeiro instituto a ser sacrificado são os direitos humanos, conforme enfatiza Macedo (2008, p. 142):

> [...] o direito mais atingido de forma explícita foi o de asilo, reconhecido em diversos diplomas internacionais, como declara o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigo XXVII da declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; artigo 22 § 7º, do pacto de São José da Costa Rica; artigo 12, §3º, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. No Brasil, a concessão de asilo político é preceito constitucional. Embora não exista um dever correlato por parte de um Estado em especial para a concessão do asilo, este constitui um direito e, portanto, a sua restrição de vir acompanhada de maiores cuidados. Segundo alguns autores, direitos humanos podem ser limitados somente por outros direitos humanos (DWORKIN, 1977, p. 194). No caso, o direito foi restringido por uma medida de persecução penal.

Outrossim na presença de inumeráveis divergências que a temática proporciona, o Estado brasileiro não se manteve indiferente aos diversos instrumentos internacionais relativos ao terrorismo, ratificando uma boa parcela destes. Com o intento de mostrar-se capaz em conciliar o nosso ordenamento jurídico com o combate à escalada gradativa do terror, contudo, evitando pôr em risco os valores democráticos e constitucionais da República.

Em reação aos seguidos atentados perpetrados contra as populações de várias nações, e em consonância com a preocupação expressa dos organismos internacionais em convenções e recomendações sobre o tema, os ordenamentos

jurídicos internos de inúmeros países têm produzido normas jurídicas e orientações administrativas no sentido de combater o terrorismo.

Resta o questionamento se os valores e garantias assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro foram resguardados no momento da elaboração da Lei Antiterrorismo. Ademais, importa analisar o contexto social-político na qual a lei se originou, o que passa a ser apreciado a posteriori.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DA LEI ANTITERRORISMO

2.1 ORIGEM DA LEGISLAÇÃO ELABORADA PARA O ENFRENTAMENTO DO TERRORISMO

A Lei Antiterrorismo é a denominação dada à Lei ordinária nº 13.260, de 16 de março de 2016, que regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.[8] Disciplinando sobre o terrorismo, acerca das disposições investigatórias, processuais e punitivas para crimes de natureza terrorista no território nacional.

Em tese, a sua elaboração estaria fortemente adstrita ao que já havia sendo debatido internacionalmente. Com destaque, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo realizada em 2002, idealizada com intuito de dotar o sistema interamericano de uma estrutura orientada no combate ao terrorismo. Esse instrumento estipulou que cada país signatário, se obrigaria a estabelecer um regime

[8] Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988).

jurídico e administrativo para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo.

Apesar disso, a iniciativa do projeto da Lei Antiterrorismo (PL nº 2016/2015) emanou da Presidência da República. Apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, no dia 18 de junho de 2015, foi requerida a tramitação em regime de urgência, nos termos do art. 64, §1º, da Constituição Federal.[9]

Adotar este regime de tramitação implica na dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais, com o intuito de ser analisada de forma mais célere pelos deputados. A título de exemplificação, limita o período de apreciação da matéria pelas comissões, e ainda, durante a discussão e no encaminhamento da votação da proposição, só o autor, o relator e deputados inscritos poderão fazer uso da palavra. Ressaltando que o prazo é reduzido à metade em comparação aos prazos previstos para matérias de tramitação normal.

Tendo em vista as restrições advindas da escolha do trâmite de urgência, em especial, a limitação dos debates acerca de uma matéria tão complexa e relevante como a do terrorismo. O que justificaria essa solicitação, feita pela Presidente Dilma Rousseff, para deliberação deste projeto em específico?

Consistia em uma proposição que alterava a Lei nº 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), e a Lei nº 10.446/02, sendo que esta, trata-se sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

[9] Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.
§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. (BRASIL, 1988).

Basicamente, buscava-se alterar as legislações supracitadas para dispor sobre as organizações terroristas. A argumentação utilizada no projeto encaminhado ao legislativo para embasar as mudanças propostas foi a seguinte:

> As organizações terroristas caracterizaram-se nos últimos anos em uma das maiores ameaças para os direitos humanos e o fortalecimento da democracia. Atentados em grande escala, praticados por grupos bem treinados, ou mesmo atos individuais, exercidos por pessoas sem qualquer ligação com um determinado grupo, aterrorizaram populações inteiras ou determinadas minorias.
>
> Diante desse cenário, como um dos principais atores econômicos e políticos das relações internacionais, o Brasil deve estar atento aos fatos ocorridos no exterior, em que pese nunca ter sofrido nenhum ato em seu território.
>
> Dessa forma, apresentamos um projeto que busca acolher na sua redação os principais debates mundiais e nacionais sobre o tema, respeitando sempre os direitos e garantias fundamentais, com o fim de criar uma lei que proteja o indivíduo, a sociedade como um todo, bem como seus diversos segmentos, sejam eles social, racial, religioso, ideológico, político ou de gênero (BRASIL, 2015c).

2.1.1 Convenção de Palermo e o Crime Organizado Transnacional

Para compreender as alterações propostas à Lei das Organizações Criminosas, faz-se necessário revolver à sua origem. A Convenção de Palermo é a famigerada denominação pela qual ficou conhecida a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Nova York, em meados de novembro do ano 2000.

O Brasil participou efetivamente nas negociações da convenção e de seus protocolos, cujos objetivos se coadunam com os esforços do Governo em se combater o crime organizado. Nesse sentido, foi elaborado um extensivo

instrumento jurídico internacional, com o desígnio de favorecer a promoção de uma eficiente colaboração internacional nessa área. Passou a ser incorporado na legislação brasileira através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Assim como nos instrumentos internacionais que permeiam sobre o terrorismo, é possível afirmar que a principal dificuldade na elaboração das normas da Convenção de Palermo, também foi no tocante à definição do tipo penal, concorde acrescenta Sandroni (2007, p. 10):

> Alguns representantes acreditavam que a sua conceitualização não era um elemento crucial da convenção e que não haveria necessidade de se definir; ou que o crime organizado estava em constante mutação, por isso, a sua definição aplicaria na não eficácia dos instrumentos estabelecidos na convenção. Por outro lado, acreditava-se que a ausência de uma definição poderia refletir num descaso da organização perante a sociedade internacional, já que diversos países tinham problemas em suas respectivas legislações quanto a definição do crime organizado. Para solucionar tais divergências, os delegados presentes naquele encontro concordaram em focar os elementos inerentes ao crime organizado como maneira de melhor defini-lo. Os elementos identificados, incluídos em algumas formas de organização seriam: a continuidade; o uso da intimidação e violência; a sua estrutura hierárquica, com divisão de trabalho; o objetivo visando o lucro; e por fim, a sua influência na sociedade, na mídia e nas estruturas políticas.

Conforme coaduna Rodrigo Gomes (2009), foi o ato normativo internacional mais abrangente no combate ao crime organizado transnacional, pois prevê medidas e técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate à criminalidade organizada. Similarmente, aborda os tipos penais de corrupção, lavagem de dinheiro e obstrução de justiça, traz as recomendações gerais, cooperação jurídica internacional, confisco de bens, treinamento e investigação.

2.1.2 Projeto para alterar a Lei das Organizações Criminosas e a Lei de Infrações Penais de Repercussão Internacional

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu a conceituação de Organização Criminosa. A mesma, já havia sido citada em outras legislações, porém de forma vaga e indefinida, contrariando dessa forma, o princípio da legalidade. Visto isso, uma definição com base na lei foi importante para trazer segurança jurídica.

Contudo, a definição trazida pela legislação brasileira, diverge com o que foi proposto originariamente pela Convenção de Palermo. Essa divergência baseia-se no número de pessoas que associadas formariam um grupo criminoso e em relação ao quantum da pena máxima aplicada para a infração penal. Conforme pontua Cancella (2016, p. 2):

> [...]. Sendo assim, o que é Organização Criminosa para a Convenção de Palermo, como no caso de três pessoas associando-se para cometer infração penal cuja pena máxima aplicada a eles seria de 4 (quatro) anos, não é para a Lei nº 12.850 de 2013, onde seria preciso a participação de no mínimo quatro pessoas e a pena máxima cominada a infração penal por eles praticada deveria ser superior a 4 (quatro) anos.

Cancella (2016) ainda reitera que muito embora as diferenças pareçam singelas, na prática têm grande implicação. Considerando a cooperação entre os países, a existência de divergências quanto a definição de organização criminosa pode impossibilitar ajuda mútua. Pois haverá casos em que, enquanto para outro país, os suspeitos se enquadrem como grupo criminoso, para o Brasil não será.

Tendo em vista que a importância da Convenção de Palermo era padronizar as normas jurídicas referentes aos crimes transnacionais, além da divergência

conceitual apontada, outro grande problema era em relação aos crimes oriundos de organizações terroristas.

O terrorismo já era visto comumente como um crime, entretanto, não era tipificado à luz do princípio da legalidade estrita e do princípio da anterioridade. Consoante de garantias constitucionais, estipula-se que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Apesar disso, o Projeto de Lei (PL nº 2016/2015) encaminhado pelo Poder Executivo não tratou em conceitualizar o terrorismo. Pretendeu tão somente alterar a Lei nº 12.850/13 para incluir a sua aplicabilidade às organizações terroristas. Isto porque consentiria uma aplicação imediata de instrumentos de investigações previstas ali, como a colaboração premiada, agente infiltrado e ação controlada.

Consoante com o Projeto de Lei, delineou-se como sendo organizações terroristas aquelas:

> [...] cujos atos preparatórios ou executórios ocorram por razões de ideologia, política, xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou gênero. Que tenham por finalidade provocar o terror, expondo a perigo a pessoa, o patrimônio, a incolumidade pública ou a paz pública ou coagindo autoridades a fazer ou deixar de fazer algo (BRASIL, 2015c).

Com isso, o objetivo seria a caracterização da organização terrorista a partir de três elementos: o fundamento da ação, a forma praticada e o fim desejado pelo agente. Dessa forma, conseguiriam afastar qualquer interpretação extensiva que pudesse enquadrar como ação terrorista condutas que não tinham esse perfil.

Inclusive, o Projeto de Lei dispôs sobre a questão do indivíduo que pratica o delito sem qualquer conexão direta e formal com uma organização terrorista,

conhecidamente como *lobo solitário*, bem como a conduta de aliciamento e financiamento para a prática de atos de terrorismo:

> [...]. Também abordamos a questão do indivíduo que pratica o delito sem qualquer conexão com uma organização, o chamado "lobo solitário". Trata-se de uma causa de aumento genérica, que aumenta a pena de um terço até o dobro de qualquer crime praticado contra a pessoa, patrimônio, incolumidade ou paz pública, desde que o fundamento, fim e meio utilizados sejam aqueles previstos na nova redação do § 2º do art. 1º. Serão também previstas causas de aumento especificas, para quando os delitos atingirem determinadas instalações ou forem praticados com armas de destruição em massa
>
> Buscamos também tipificar as condutas daquele que alicia pessoas para praticar atos terroristas no Brasil ou fora dele, bem como daquele que recebe treinamento para praticar atos de terrorismo no exterior, indo ao encontro das últimas ações ocorridas ao redor do mundo.
>
> Outrossim, tipifica-se a conduta de financiamento ao terrorismo, seja daquele que o faz para uma ação determinada seja daquele que financia uma pessoa ou grupo de forma genérica, sem esperar que ele realize de imediato uma ação, mas que saiba que essas condutas são por eles corriqueiramente praticadas, cumprindo com isso diversos acordos internacionais firmados pelo Brasil, principalmente em relação a organismos como o do Grupo de Ação Financeira (GAFI), entidade intergovernamental criada em 1989, que tem a função de definir padrões e implementar as medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e o financiamento da proliferação e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes (BRASIL, 2015c).

Da mesma maneira que alterou a Lei nº 10.446 de 8 de maio de 2002, apenas para incluir a possibilidade do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça proceder às investigações das práticas criminosas de organizações terroristas. Uma vez que as condutas tipificadas têm efeito para além das fronteiras de um

Estado, repercutindo até mesmo fora do país, nos moldes do art. 144, §1º, inciso I, da Constituição Federal.[10]

Importa evidenciar a inclusão no PL nº 2016/2015 de uma causa excludente de tipicidade à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais ou sindicais. Sendo elas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, que visam a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender ou buscar direitos, garantias e liberdades constitucionais.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO NA CONCEPÇÃO DA LEI ANTITERRORISMO

Ultrapassado esse momento de compreensão sobre os objetivos do Projeto de Lei do Executivo e o que se buscava alterar, é de extrema importância ressaltar o contexto político-social no qual estava inserido o país.

Preliminarmente, de acordo com Lasmar (2015), o Brasil não é um país frequentemente associado às discussões acerca do terrorismo, nem tampouco ameaçado concretamente por algum grupo terrorista internacional:

> [...]. Não obstante grande parte da esparsa literatura existente sobre o assunto se referir aos movimentos de guerrilha de esquerda durante as décadas de 1960 e 1970, o atual caso brasileiro é um interessante, mas pouco explorado, objeto de pesquisa para os estudos de terrorismo e violência política. A combinação de um forte desejo de criminalizar o terrorismo combinado com a presença de ex-participantes de movimentos de esquerda que se utilizaram da violência política no governo,

[10] Art. 144, § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (BRASIL, 1988).

> adicionados a uma pesada estrutura jurídica e burocrática, uma grande fragilidade institucional, além da persistência de movimentos sociais e sérias questões ligadas ao crime organizado – para não mencionar sua posição como acolhedor de grandes eventos como as Olimpíadas.
>
> [...] o Brasil é um país orgulhoso do pacifismo de sua política externa e, embora enfrente internamente alguns problemas sérios relacionados ao crime organizado, não foi palco de nenhum ataque terrorista de destaque nos últimos 30 anos. De fato, até 2011, o Brasil se encontrava no nível mais baixo do Índice Global de Terrorismo (IEP 2012, p. 5) e, apesar de o índice de 2014 registrar alguns casos, o Brasil ainda se situa no nível mais baixo de impacto do terrorismo (IEP, 2014 *apud* LASMAR, 2015, p. 48).

Lasmar (2015) ainda salienta o fato de que o país se encontra, até o momento, livre de ataques terroristas feitos por grupos internacionais. Não obstante, isso não quer dizer que estejamos livres da presença de indivíduos ligados a grupos terroristas internacionais e muito menos isentos da possibilidade de nos tornar vítimas de ataques futuros.

Diante dessa realidade, e fortemente influenciado pelos organismos internacionais pós atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, muitos projetos de lei acerca do terrorismo começaram a tramitar no Congresso Nacional.

Insta relevar que os projetos anteriores a 2001 enfatizavam a necessidade de substituir a legislação herdada do período da ditadura militar. Mais especificamente a Lei de Segurança Nacional, que se mostrava, "a partir da redemocratização do país, um esqueleto incômodo, ainda oficialmente em vigor, mas, na prática, uma lembrança viva do período da ditadura que poucos consideravam aplicável na nova ordem constitucional" (FRANCE, 2017, p. 150).

Em um mapeamento de iniciativas legislativas realizado pelo France (2017) em sua dissertação de mestrado, foi desempenhado uma busca nos sistemas

legislativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal utilizando como palavra-chave "terrorismo" e "terrorista", com objetivo de encontrar todas as proposições que tratassem do tema antes da elaboração da Lei Antiterrorismo.

Foi verificado que se chegou ao número de 23 proposições em trâmite ou arquivadas na Câmara dos Deputados e 8 proposições em trâmite no Senado Federal. De acordo com France (2017), ainda que a amostra fosse pequena, a análise dos autores dessas proposições evidenciava que os partidos de direita são os mais preocupados com a tipificação do terrorismo.

Segundo aponta France (2017, p. 155):

> Em múltiplas instâncias notou-se a resistência à norma internacional. Sua utilidade foi questionada sob o argumento de que o país já teria normas que criminalizassem todas as condutas ou de que bastaria que se criminalizasse o financiamento do terrorismo. Sua aplicabilidade foi posta em dúvida com base no histórico brasileiro de não ter sido alvo de grupos terroristas internacionais.

Ademais, existia um grande temor de que essas normas colocassem em risco os movimentos sociais, as manifestações reivindicatórias e, em última instância, a liberdade de expressão. Esses fatores representaram um forte obstáculo ao trâmite desses projetos, tendo em vista que inúmeras proposições jamais entraram em discussão nos plenários da Câmara ou do Senado.

2.2.1 Relação entre o Brasil e o Grupo de Ação Financeira

Conforme coaduna France (2017), um passo essencial à compreensão do desencadeamento desse processo legislativo que culminou na Lei Antiterrorismo, é analisar a relação entre o Brasil e o Grupo de Ação Financeira (GAFI). Esse Grupo foi criado em 1989 com objetivo de definir padrões e implementar medidas legais

para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, entre outras práticas delituosas.

> O Brasil se tornou membro efetivo do GAFI em 2000. A adesão brasileira, assim como a de México e Argentina, representou um *turning point* para aquele organismo: até aquele momento, países desenvolvidos eram maioria absoluta entre os membros do GAFI, concentrados no eixo América do Norte-Europa.
>
> [...] o GAFI sempre teve a pretensão de que suas normas tivessem alcance global. Não se pretendia, no entanto, ampliar o rol de membros irrestritamente, por temor que isso viesse a prejudicar o processo de tomada de decisão. A celeridade, a flexibilidade e a uniformidade do rol de membros eram elementos que favoreciam o GAFI, em comparação com outros fóruns internacionais. O meio-termo encontrado foi aceitar a adesão de "países estrategicamente importantes" que teriam como obrigação promover as normas do GAFI em suas respectivas regiões pela criação de um grupo regional semelhante ao GAFI. Decidiu-se, inclusive, que o GAFI teria um papel proativo no convite dos Estados que se qualificassem de acordo com estes critérios. Deveriam, todavia, cumprir um conjunto de condições para se tornar membros efetivos daquele organismo.
>
> Apesar das referências a um "processo de adesão", deve-se lembrar que o GAFI não é uma organização internacional tradicional. Dessa maneira, a adesão ao GAFI não demanda a assinatura de um tratado internacional, tampouco a ratificação de instrumento legal. O Congresso Nacional, portanto, não teve qualquer participação no processo a partir do qual o Brasil se tornou membro do GAFI (FRANCE, 2017, p.156).

Tendo aderido ao GAFI, o Brasil passaria por rodadas de avaliações, uma vez que para tornar-se um membro efetivo, precisaria cumprir algumas recomendações estabelecidas. A avaliação realizada em 2010 foi mais complexa em relação às anteriores, tendo em vista o aumento exponencial das recomendações elaboradas por aquela organização internacional. De pronto, notou-se que o Brasil:

> [...] não havia criminalizado o financiamento do terrorismo de maneira consistente com a Recomendação Especial 2, o que prejudicava de maneira considerável sua capacidade de investigar e processar casos de financiamento de terrorismo. Prejudicava também sua capacidade de tomar medidas cautelares, confiscar bens e providenciar cooperação internacional (extradição) nesses casos (GAFI, 2010 *apud* FRANCE, 2017 p. 162).

Existia uma necessidade de se ampliar a definição de financiamento de terrorismo, objetivando expandir também o escopo de condutas consideradas como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro. Ademais, outra deficiência suscitada, consistia na ausência de previsão legal para que as condutas criminosas auxiliares (facilitação, atos preparatórios, incitação, tentativa) fossem aplicadas ao financiamento do terrorismo.

Em se tratando de normas internacionais, ressalta-se que a prática adotada pelo Brasil, estabelecida em 1960, era a de internalizar resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) por meio de decretos executivos do Presidente da República.

Consoante aponta France (2017), as principais resoluções referentes ao terrorismo, passaram por esse procedimento que, todavia, apresenta utilidade prática mínima. Considerando-se que, muitas das obrigações impostas por aquelas resoluções não se referem à matéria de competência privativa do Presidente, faz-se necessária outra espécie legislativa e participação do Congresso Nacional.

Exemplo disso é a Resolução 1373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que exige que Estados criminalizem o financiamento do terrorismo, algo que só poderia ser efetivamente realizado, no Brasil, por meio de legislação ordinária.

> De fato, nota-se que, apesar da miríade de normas veiculadas por instrumentos excepcionais (Recomendações do GAFI,

> Resoluções do CSNU) determinando a criminalização de determinadas condutas, uma limitação – o Princípio da Legalidade – se manteve firme: "não há crime sem lei anterior que o defina" (art. 1º, Código Penal).
>
> Impõe-se, portanto, a necessidade de uma lei ordinária, passando por todo o processo legislativo previsto na Constituição, para que seja criado novo tipo penal (FRANCE, 2017, p. 161).

Seria justamente a questão da criminalização do financiamento do terrorismo, o ponto que desencadearia a aplicação de pressão pelo Grupo de Ação Financeira às autoridades brasileiras nos anos seguintes.

2.2.2 Jornadas de Junho e as novas ondas de protestos no Brasil

Os protestos no país em 2013, também intitulados como Jornadas de Junho, consistiram em um grande número de manifestações populares. Inicialmente surgiram para contestar os aumentos nas tarifas de transporte público nas principais capitais. Teve origem em São Paulo, no dia 2 de junho de 2013, quando as tarifas de ônibus, trens urbanos e metrô foram reajustadas com o aumento em 0,20 centavos. Desencadeando assim, inúmeros protestos convocados através das redes sociais pelo Movimento Passe Livre.

Inicialmente, o discurso da grande mídia era em criticar veementemente os protestos. Os manifestantes eram usualmente acusados de vandalizar vias das cidades e "aterrorizar a população". Além de considerar moderada a reação da Polícia Militar, cobrando ainda mais rigor na repressão policial.

> No terceiro dia de protesto contra o aumento da tarifa dos transportes coletivos, os baderneiros que o promovem ultrapassaram, ontem, todos os limites e, daqui para a frente, ou as autoridades determinam que a polícia aja com maior rigor do que vem fazendo ou a capital paulista ficará entregue

> à desordem, o que é inaceitável. Durante seis horas, numa movimentação que começou na Avenida Paulista, passou pelo centro - em especial pela Praça da Sé e o Parque Dom Pedro - e a ela voltou, os manifestantes interromperam a circulação, paralisaram vasta área da cidade e aterrorizaram a população (ESTADÃO, 2013).

Após a ação truculenta da polícia durante um dos atos, no dia 13 de junho de 2013, situação em que houve uma excessiva represália policial na capital paulista, responsável por deixar muitos feridos, incluindo vários jornalistas e transeuntes. A mídia passou a enxergar os manifestantes de forma distinta e o discurso se modificou radicalmente. Agora era conveniente criticar a postura policial e atribuir legitimidade às manifestações.

Neste protesto, além dos jornalistas e manifestantes feridos, houve mais de trezentas pessoas apreendidas, sendo que mais de cem delas, foram detidas apenas para averiguação. Essa é uma prática comum em ditaduras, visto que não há flagrante, e nesse caso em específico, muitas pessoas foram detidas por portarem vinagre, uma substância legalmente permitida no Brasil.

> A proliferação de manifestações em nossas ruas evidenciou como a polícia ainda está despreparada para lidar com situações assim. Na quinta passada, os soldados chegaram a deter várias pessoas que apenas carregavam vinagre (antídoto contra as bombas de efeito moral) e distribuíram tiros de balas de borracha para evitar que parassem novamente a Avenida Paulista. O número de feridos chegou então a cerca de oitenta nas contas do Movimento Passe Livre, incluindo jornalistas que estavam trabalhando no local. Seis repórteres da Folha de S.Paulo acabaram atingidos, entre os quais dois com tiros de balas de borracha no rosto (BATISTA JR., 2013).

"A princípio, restrito a poucos milhares de participantes, os atos pela redução das passagens nos transportes públicos ganharam grande apoio popular em meados

de junho, em especial após a forte repressão policial contra os manifestantes, cujo ápice se deu no protesto do dia 13 de junho em São Paulo" (GUEDES, 2015, p.190).

Nesse momento, o repúdio à repressão legitimada pelo Estado, por um lado, e a solidariedade à liberdade de expressão da cidadania, por outro, "formaram o mote para a ampliação das manifestações em todo o país. O direito ao exercício da cidadania, da voz e da opinião pública a partir do povo propriamente dito era o que estava em jogo" (SCHERER-WARREN, 2014, p. 419).

Depois desse fato, sobreveio uma difusão exponencial do número de participantes nas manifestações. A revolta com a ação policial, além da repentina mudança comportamental da mídia, deu o fôlego que os protestos precisavam para ganhar o país, ao mesmo tempo em que foi responsável pela pulverização das reivindicações.

Conforme ganharam corpo e adeptos, as mobilizações adquiriram inúmeras pautas distintas, conquistaram os diversos nichos sociais, e de forma geral, revelaram uma enorme insatisfação com a classe política brasileira.

Junho de 2013 foi uma ruptura na história do Brasil, já que representou as maiores mobilizações no país desde as manifestações pelo impeachment do então presidente Fernando Collor de Mello em 1992, e obteve um grande apoio da população no geral. Evidenciado através de uma pesquisa do Ibope em agosto do corrente ano, feita a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, demonstrando que 84% dos brasileiros eram favoráveis às manifestações, que motivaram o início da discussão da reforma política no País.

> Em seu ápice, milhões de brasileiros estavam nas ruas protestando não apenas pela redução das tarifas e pela violência policial, mas também por uma grande variedade de

> temas como os gastos públicos em grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos serviços públicos e a indignação com a corrupção política em geral (GUEDES, 2015, p.190).

Uma grande característica que marcou as jornadas de junho, foi justamente a ausência de lideranças oficiais e de pautas específicas de reivindicações, o que tornou mais complexa a negociação com o setor público. Conforme pontua Scherer-Warren (2014), a consequência disso, reverberou em um sentimento que se transformou numa articulação discursiva excessivamente genérica, estimulada através de um discurso mediático de longo alcance, mas de pouco aprofundamento.

> O resultado foi o aumento exponencial do número de participantes e a multiplicação, em vários territórios urbanos, de manifestações autônomas, expressando solidariedades, mas também, frequentemente, antagonismos verbais e, às vezes, físicos entre subgrupos, devido à expressão de alinhamentos políticos e (ou) partidários em disputa.
>
> [...]. Em relação ao sistema político-partidário, as manifestações também expressaram antagonismos na política, desde a opção por siglas partidárias até à intolerância em relação a sua presença na praça pública. Assim sendo, as expressões estéticas e verbais foram de partidarismo, apartidarismo e antipartidarismo, cujas explicitações se reproduziram nas redes sociais, demonstrando, frequentemente, intolerâncias recíprocas (SCHERER-WARREN, 2014, p. 419).

Para Scherer-Warren (2014), outro antagonismo evidenciado foi a dupla forma de atuação política nas manifestações. Haviam grupos que optaram pelo uso da violência física e outros que defendiam manifestações simbólicas, mas sem violência.

2.2.3 Eclosão da tática black bloc como forma de protesto

A tática de protesto *black bloc* – expressão lançada pela polícia alemã – surgiu nos anos 1980 no âmbito dos movimentos de contracultura, e em defesa dos *squats* (ocupações) e das universidades contra a ação da polícia e os ataques de grupos nazistas e fascistas.

Não se trata de um movimento ideológico, mas uma organização estratégica que alguns ativistas optam por adotar. Eles são denominados *black blocs* dado que, nas manifestações caracterizam-se em conjunto, apenas como um único e imenso bloco de pessoas mascaradas vestidas de preto que se colocam entre a polícia e o restante dos manifestantes.

E foi valendo-se da onda de manifestações das Jornadas de Junho de 2013, que diversos grupos utilizaram essa tática de protesto para colocar em prática o método que denominam: ação direta. Consiste em atacar e depredar símbolos do poder e do capitalismo, sob a justificativa de ser uma forma eficaz de serem ouvidos. Consideram também como um meio de denunciar a violência do Estado contra setores marginalizados da sociedade.

Para Ludd (2002) uma das características dos *black blocs* é sua forma horizontal, não hierárquica, e própria para evitar a lentidão de uma gestão centralizada. Não existe chefe e nem verdadeiro plano unitário, mas sim indivíduos que constituem pequenos grupos de afinidades independentes uns dos outros. Esse modo de funcionamento permite uma relativa autonomia, tomadas de decisão bem mais rápidas e igualitárias. Desse jeito, as mudanças e as evoluções instantâneas facilmente desorientam a polícia.

> A tática Black Blocs, em suma, estabelece a criação de uma linha de frente nos movimentos de massas com pessoas vestidas de forma padronizadas (sempre preto e com rosto coberto). O bloco é responsável pela defesa dos demais

> manifestantes contra a violência direta e coercitiva do Estado, representada pela polícia. Para tanto, estudam e elaboram guias de desobediência civil, táticas de formação, primeiros socorros, legislação e medidas de segurança. Além dessa função de resistência, os Blacks Blocs realizam ataques diretos contra símbolos do sistema capitalista, particularmente propriedade privada representativa do sistema financeiro global. Os atos de ação direta com uso da violência direta são chamados por eles de performance (MORAES; VIEIRA, 2017, p. 180-181).

Conforme assinala Scherer-Warren (2014), esses grupos pretendem ser uma tática de ação, por meio de uma forma estética de protesto político, a fim de promover um espetáculo midiático. E, ao centrar-se preferencialmente na transmissão dessa forma de manifestações, a mídia promoveu o espetáculo.

> A grande mídia teve um papel bastante ambíguo nas manifestações de 2013. Habituada a, historicamente, criminalizar os movimentos sociais, o que vinha ocorrendo desde a ditadura até recentemente, de acordo com algumas pesquisas das ciências sociais, ela dispensou um tratamento inicial adverso às recentes manifestações e aos manifestantes, após um deslumbre em relação às vozes da rua e, finalmente, uma atitude que revela não saber claramente como agir em relação à criminalização ou não dos manifestantes, como no caso do Black Bloc (SCHERER-WARREN, 2014, p. 420).

O processo difundido da aceitação das manifestações de rua, de certo modo impôs um padrão que deveria ser seguido. Para que os protestos pudessem ser considerados legítimos, deviam ser pacíficos, organizados, com cartazes primorosos e em perfeito acordo com as leis.

De acordo com um membro adepto da tática *black bloc*, a possibilidade do fortalecimento da ideia de que essa forma "pacífica", seja vista como o único meio possível ou legítimo de protestar, gera preocupação:

> Ele afirma que não entende como sendo violenta a ação Black Bloc de quebrar uma vidraça ou se defender de uma ação

> policial excessiva. "A violência é um conceito bastante subjetivo. Por isso, não dá pra taxar qualquer ato como violento, é preciso contextualizá-lo, entender as motivações por trás de cada gesto", avalia.
>
> "Só com faixas e cartazes a tarifa não teria caído", atesta. "Quem tem o poder político nas mãos só cede a uma reivindicação pelo medo, por sentir que as coisas podem sair da rotina, de que ele pode perder o controle do Estado", sentencia (MONTEIRO, 2013).

A adoção dessa tática de protesto passou a ser frequente ao longo das manifestações. E mesmo sendo utilizada por grupos minoritários, ainda assim, foi responsável por propiciar um grande impacto no rumo das Jornadas de Junho. Impacto este justificado pela inibição de outros grupos de manifestantes contrários às práticas desse tipo de protesto, fazendo com que as manifestações fossem esvaziadas e o foco do protesto se perdesse.

Apesar de ser uma estratégia de manifestação urbana bastante difundida ao redor do mundo, apenas ganhou notoriedade e gerou opiniões dentro da sociedade brasileira, a partir dos protestos de junho de 2013. A atuação dos *black blocs* entrou no centro do debate político nacional. "Parte das análises e opiniões classificam as suas ações como 'vandalismo' ou 'violência gratuita', e também são recorrentes as críticas ao anonimato produzido pelas máscaras ou panos cobrindo a face dos adeptos (MONTEIRO, 2013).

A partir do artigo científico elaborado por Costa e Junqueira (2018), buscou-se apresentar as representações dos policiais militares da Tropa de Choque do Goiás acerca dos *black blocs*. Fica evidente a falta de conhecimento teórico sobre o assunto, sendo que, a maior parte das informações propagadas pelos policiais são oriundas de notícias e reportagens da mídia, decorrentes de seus aparecimentos nos protestos sociais no ano de 2013 e 2014:

> [...]. Nos eventos, principalmente de 2013, a gente teve uma modalidade diferente, que eram os black blocs né. Então o indivíduo que vai para uma manifestação, com o rosto coberto, com mochila com coquetel molotov, com estilingue, bola de gude, batata com prego, esse indivíduo, ele já vai para uma manifestação com uma intenção diferente daquele da manifestação, manifestando o direito que ele crê que tem. Então esse tipo de indivíduo, é ele... recebe um tratamento diferente, ele está ali usando do anonimato do... número de pessoas para cometer delitos, né. Então esse indivíduo ele... precisa de uma resposta diferenciada (Entrevista nº 9).
>
> [...] tem grupos que eles são organizados, provocadores, radicais e agressivos, mas são grupos que eles não têm ali um interesse propriamente de manifestar exigindo algum direito. [...]
>
> [...]. Black blocs é um grupo...vamos dizer assim, é como se dizia antigamente, é subversivo, porquê? Eles usam de meios da internet que hoje é disponível, de táticas militares, como se fosse uma milícia, porque eles usam da internet para descobrir como que a tropa de choque age. [...]. Nem considero black blocs, na minha opinião, como um movimento, como uma organização, aqueles são vândalos, são pessoas que estão a fim de provocar o caos mesmo, o tumulto, descumprir a lei, que se infiltram em algum movimento pacífico, e aí o que gera todo o problema (Entrevista nº 3) (COSTA; JUNQUEIRA, 2018, p. 33-35).

Conforme estabelece Costa e Junqueira (2018), no geral, a partir das representações dos policiais militares entrevistados, influenciados fortemente pela mídia, é possível observar uma estereotipação dos *black blocs*. São identificados como um grupo específico, reconhecem a agressividade, o desrespeito às leis, utilizam do anonimato da máscara ou do rosto coberto para provocar danos com o uso regular da violência como característica principal. Ademais, estabelece que esse movimento não cabe dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deixando de ser o manifestante pacífico ideal para tornar-se um "vândalo".

As consequências advindas da utilização da tática black bloc em manifestações são as seguintes: legitimidade questionada, são rotulados genericamente como vândalos, pessoas violentas (que é a imagem social disseminada pela mídia e outras instituições) e posição de maior rigor quanto ao aparato estatal. Reacendendo-se dessa forma, as discussões que permeiam a criminalização dos movimentos sociais.

2.2.3.1 O temor da criminalização dos movimentos sociais e reivindicatórios

De acordo com Volanin (2008), os movimentos sociais no país sempre foram alvos dos meios de comunicação de massa. Sob o domínio das classes dominantes, transmitem com sua força de opressão ideológica à sociedade, que as organizações sociais são movimentos que desagregam o sistema social, político e econômico do país.

> A criminalização dos movimentos sociais na mídia é histórica. A manchete estampada na Folha da Manhã de 26 de novembro de 1935 referindo-se a Intentona Comunista "Pernambuco e Rio Grande do Norte agitados por um movimento subversivo de caráter extremista" já indicava um processo de lutas sociais e conflitos políticos e ideológicos entre organizações de grupos sociais oprimidos e os sistemas dominantes, detentores dos meios de comunicação. A Revista Veja de 26 de junho de 1985 traz em uma de suas manchetes "Férias ameaçadas – a super greve nas escolas altera calendário", apresentando negativamente a greve de professores para a população, omitindo, no entanto, dados fundamentais que os levaram a greve, como a desvalorização salarial do professor, o desgaste humano devido a quantidade de atividades que o professor se vê na contingência de realizar e afetivo, entre outros. Notícias, transmitidas em um período correspondente a cinqüenta anos de diferença entre uma e outra, mostra o mesmo objetivo dos de muitos órgãos de comunicação: criminalizar os

> movimentos sociais ou manifestações populares que vão aquém dos interesses de grupos que detém a concentração do poder e dos veículos de comunicação (VOLANIN, 2008, p. 2).

Em consonância com Vânio Silva e Teixeira (2016), enquanto processo de constituição de uma sociedade democrática, a participação popular por meio de suas manifestações é um fato legítimo e inquestionável. Não há como pensar uma sociedade livre sem manifestações.

> Criminalizar os movimentos sociais é uma forma do poder estatal de pretender obediência dos cidadãos por força de sanções. É fato que o Estado detém o monopólio do poder coercitivo, e o usa em defesa do antagonismo das ideias e da concorrência dos interesses, mas esse poder só deve ser usado em última instância (como extrema ratio).
>
> Criminalizar os movimentos sociais seria passarmos do estado social ao estado penal, por meio de legislações que nada mais expressam do que o desejo de vingança orquestrado pelo velho discurso da "lei e da ordem" (SILVA, V.; TEIXEIRA, 2016, p. 76).

Conforme pontua Volanin (2008), os movimentos de organização popular têm sido considerados, como elementos e meios de inovações e transformações sociais de suma importância. Por outro lado, sua criminalização torna-se uma arma manipulada por poderosos agentes da sociedade e do estado, principalmente através do uso da mídia.

Dentro da nossa contextualização, em dado momento a mídia das massas tratou em focar nos atos de violência e depredações realizados por pequenos grupos *black blocs*. Foi o caso da manifestação do Grito dos Excluídos, realizada no dia 7 de setembro 2013:

> Essa foi uma manifestação histórica das redes do chamado Movimento Popular no Brasil. Em 2013, esse movimento entrou no espírito das manifestações mais desterritorializadas

> e se organizou nas principais cidades brasileiras. Foi bem expressiva numericamente, com pautas visíveis, e fez uma festa alternativa à comemoração oficial da Independência do Brasil, mas com pouca visibilidade midiática.
>
> A grande mídia tratou marginalmente o Grito dos Excluídos, como sempre fez. A Rede Globo, por exemplo, preferiu, estrategicamente, centrar-se no pequeno grupo Black Bloc em Brasília, inclusive cancelando sua programação normal para se centrar na transmissão das ações desse grupo (SCHERER-WARREN, 2014, p. 423).

Esse grande enfoque midiático aos grupos minoritários de *black blocs*, corroborou na "deslegitimação" de pautas importantes, sobretudo na insatisfação com a classe política e nos grandes escândalos de corrupção, que essencialmente, foram as principais motivações responsáveis por conduzir milhões de pessoas às ruas.

A utilização da violência como meio de expressão e percepção, é um sintoma de algum tipo de doença institucional que o país está vivenciando:

> [...]. "De uma forma, talvez, mais performática, o que eles estão fazendo *(black blocs)* é falar muito alto e claramente de um enorme descontentamento que perpassa grande parte da juventude brasileira", afirma a pesquisadora. "E eles falam comigo: 'O governo não escuta a nossa frustração e indignação, então a violência é a única forma que temos de chamar a atenção e ser escutados'." (OLIVEIRA, 2013).

Os protestos são os grandes responsáveis por manter a democracia viva. Em nenhuma hipótese, casos isolados de violência podem justificar repressão e aversão às manifestações populares, e mesmo os que agem de forma violenta, têm reivindicações legítimas que precisam ser ouvidas. A criminalização dos movimentos sociais viola direitos fundamentais que são essenciais para o exercício da cidadania e da democracia.

"Qual é o limite para a violência nos protestos, nos parâmetros da democracia, ou seja, que possa ser caracterizado como resistência ativa ou desobediência civil, sem ultrapassar os limites da convivência democrática?" (SCHERER-WARREN, 2014, p.420). E nos casos em que se ultrapassar esse limite, seria razoável criminalizar o manifestante que adere à tática *black bloc* no mesmo patamar que os terroristas?

Não se pode confundir ações violentas oriundas de manifestações movidas por propósitos legítimos, quaisquer que sejam, com as ações terroristas. Os perfis desses manifestantes são de estudantes universitários, de classe média baixa, sem vinculação política, que usualmente, parte para o confronto com o intuito de suscitar uma revolução, chamando a atenção do governo para suas pautas reivindicatórias.

"O foco em liberdade de expressão, associação e reunião é contingente ao fato de que essas são as liberdades e direitos considerados mais ameaçados por legislações antiterror. São também os instrumentos por meio dos quais outros tantos direitos e liberdades são reivindicados perante o Estado" (FRANCE, 2017, p. 96).

Envolto à essas enormes polêmicas e com o receio de se criminalizar os movimentos sociais, o Projeto de Lei apresentado pelo Executivo, tratou de incorporar um dispositivo de extrema importância. A inclusão de uma causa excludente de ilicitude para os movimentos sociais e reivindicatórios:

> §2º .....
> .....
> ..... II - às organizações terroristas, cujos atos preparatórios ou executórios ocorram por razões de ideologia, política, xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou gênero e que tenham por finalidade provocar o terror, expondo a perigo a pessoa, o patrimônio, a incolumidade pública ou a paz pública ou coagir autoridades a fazer ou deixar de fazer algo.

> § 3º O inciso II do § 2º não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais ou sindicais movidos por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender ou buscar direitos, garantias e liberdades constitucionais. (BRASIL, 2015d).

2.2.4 Ascensão dos eventos internacionais sediados no Brasil

Conforme pontua Camara (2018), é visto que o Brasil tem sido uma nação aberta a diferentes grupos étnicos, com uma variada carga histórica e cultural que se integram no território. Recebe imigrantes de diferentes localidades, possui uma grande fronteira terrestre com outros dez Estados soberanos e tem sediado importantes eventos internacionais.

O terrorismo já era o centro de grande debate nas agendas políticas internacionais, embora não o fosse de mesmo modo, na agenda tradicional de política nacional. E o que se tinha em mente, era a noção de que a realização de grandes eventos no país, poderia decorrer em contrapartida, no aumento do risco de atentados terroristas.

> Vale detalhar a sequência de eventos que foram recebidos pelo país: Jogos Pan-Americanos do Rio de Janeiro (2007), Jogos Mundiais Militares (2011), Conferência Internacional Rio+20 (2012), Copa das Confederações (2013), Jornada Mundial da Juventude, com visita do Papa Francisco (2013), Copa do Mundo (2014) e Jogos Olímpicos e Paralímpicos (2016). Em função do momento em que o processo legislativo se iniciaria, a Lei Antiterrorismo só teria impacto efetivo em relação aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos. (FRANCE, 2017, p. 174).

Embora essa preocupação não tenha ocorrido com o mesmo primor nos eventos anteriores, a expectativa do advento da Copa do Mundo da Federação Internacional de Futebol (FIFA) em 2014 e posteriormente, as Olimpíadas e

Paraolimpíadas em 2016, fomentaram a urgência da elaboração de uma legislação específica sobre o terrorismo. Em justificativa ao aumento de risco decorrente de alguns fatores:

> (i) a vinda de delegações de países que são frequentemente alvos de grupos terroristas, como Israel e Estados Unidos, aumenta as chances do país ser palco, ainda que não alvo, de um atentado terrorista; (ii) como grandes eventos representam a oportunidade para que atentados tenham grande repercussão e cobertura pela mídia internacional; (iii) o aumento do fluxo de estrangeiros para o país representaria um aumento nas chances de que indivíduos com laços com grupos terroristas entrem desapercebidos no território brasileiro (FRANCE, 2017, p. 174).

Diante desse cenário, muitas proposições começaram a surgir no âmbito legislativo sob a argumentação da perspectiva do Brasil vir a sediar grandes eventos. É o caso do PL nº 4674/2012, que dispõe sobre os crimes relacionados às atividades terroristas. Uma das preocupações que levou à elaboração da proposição diz respeito aos eventos vindouros da Copa do Mundo e das Olimpíadas, que atraem multidões e dificultam o trabalho de inspeção.

O autor desse Projeto de Lei, Deputado Walter Feldman – PSDB/SP, assentou que:

> [...] grupos terroristas podem aproveitar-se dessas dificuldades para se infiltrar, trazendo ao mundo suas mensagens insensatas de ideologias distorcidas de religião e dos diversos contextos geopolíticos. No momento em que o Brasil se torna vitrine do mundo, torna-se, também, necessário mostrar que os processos judiciais podem chegar a bom termo, em tempo razoavelmente célere (BRASIL, 2012).

Já o Deputado Arthur Virgílio Bisneto – PSDB/AM, apresentou o PL nº 1378/2015, inserindo dispositivos no Código Penal e no Código Penal Militar, para

tipificar o crime de terrorismo. A argumentação utilizada para embasar a proposição era a de que:

> O fato de o Brasil não ter sido palco nem alvo de algum atentado terrorista nos últimos anos não pode ser encarado como um salvo conduto eterno que nos torna imunes a essa ameaça. Isso se dá, de modo especial, na situação em que vivemos atualmente, a alguns meses dos Jogos Olímpicos que serão realizados no Brasil em 2016 (BRASIL, 2015e).

Entretanto, em nenhum outro projeto, a preocupação com os grandes eventos fica tão evidente quanto no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 728/2011, que define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014.

Entre diversas disposições polêmicas, uma em específico, chama bastante atenção. O Projeto de Lei em questão estava propondo definir o terrorismo, que é um assunto extremamente complexo, contudo, o faria em um PLS totalmente destinado a dispor sobre eventos organizados pela FIFA no Brasil:

> Terrorismo
>
> Art. 4º Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à integridade física ou privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial, étnico ou xenófobo:
>
> Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.
>
> §1º Se resulta morte: Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.
>
> § 2º As penas previstas no caput e no § 1º deste artigo aumentam-se de um terço, se o crime for praticado:
>
> I – contra integrante de delegação, árbitro, voluntário ou autoridade pública ou esportiva, nacional ou estrangeira;
>
> II – com emprego de explosivo, fogo, arma química, biológica ou radioativa;

> III – em estádio de futebol no dia da realização de partidas da Copa das Confederações 2013 e da Copa do Mundo de Futebol;
>
> IV – em meio de transporte coletivo;
>
> V – com a participação de três ou mais pessoas.
>
> § 3º Se o crime for praticado contra coisa:
>
> Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos [...] (BRASIL, 2011a).

De autoria dos Senadores Marcelo Crivella – PR/RJ, Ana Amélia – PP/RS e Walter Pinheiro – PT/BA, a justificativa apresentada para a inclusão desse dispositivo era que, em razão da característica pacífica do povo brasileiro, o país ainda não possuía definição jurídica consensual sobre o terrorismo. E por sediar grandes eventos, corria o risco de vir a ser alvo ou palco de atentados terroristas, como o ocorrido nas Olimpíadas de 1972, na Alemanha, em que onze atletas israelenses foram feitos reféns e depois mortos pelo grupo palestino *Setembro Negro*.

> O projeto também foi muito criticado pelos movimentos sociais, não só pela indefinição dos termos que gerariam riscos, mas também por privilegiar entidades internacionais, como a FIFA, em detrimento de brasileiros. Chegou a ser chamado de "AI-5 da Copa". Sobre a questão do terrorismo naquele projeto, Martim Sampaio, presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB de São Paulo, afirmou que "da maneira como está na lei, qualquer manifestação, passeata, protesto, ato individual ou coletivo pode ser entendido como terrorismo. Isso é um cheque em branco na mão da FIFA e do Estado" (Dip, *apud* FRANCE, 2017, p. 154).

O PLS nº 728/2011 chegou a ser incluído na pauta da reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, no dia 09 de maio de 2014, depois de já realizada a Copa da Confederações e quase um mês antes do início da Copa do Mundo.

Nesse contexto, a forma como o governo enxergava os movimentos sociais já era diferente, em razão da onda de protestos das Jornadas de Junho e principalmente, em decorrência da experiência de confrontos violentos com o surgimento dos *black blocs*. Este último, passou a ser visto como uma ameaça à realização da Copa do Mundo.

Simultaneamente, reiniciaram-se inúmeras manifestações populares contrárias à Copa do Mundo, ocorrendo especialmente, nas capitais onde os jogos seriam realizados. Embora a dimensão dos protestos tenha sido muito menos expressiva em relação ao ano de 2013, isso não impediu confrontos violentos entre a polícia e os manifestantes.

Portanto, caso o PLS nº 728/2011 fosse aprovado e sancionado, o risco era imensurável em se criminalizar os movimentos sociais e reivindicatórios. Qualquer manifestação, passeata, protesto, ato individual ou coletivo poderia ser entendido como terrorismo. De sorte, essa proposição só veio a ser apreciada novamente meses após a realização da Copa do Mundo, no dia 29 de outubro de 2014. Rejeitado terminativamente pela Comissão competente, o projeto foi arquivado.

Lembrando que, existia um certo medo em se legislar sobre o terrorismo no Brasil, contudo, esse temor vinha sendo superado progressivamente, tanto pelo avanço do terror em escala global, quanto pela pressão internacional exercida por organismos internacionais.

2.3 PRESSÃO EXERCIDA PELO GAFI PARA CRIMINALIZAR O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO

O Grupo de Ação Financeira (GAFI) foi criado com o intuito de implementar medidas legais para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento de

terrorismo. Conforme foi dito anteriormente, existia uma enorme pressão para que a legislação brasileira se adequasse de modo contundente no sentido de combater o financiamento do terrorismo. Essa imposição ficou insustentável quando o risco do país em ser palco ou alvo de um atentado terrorista aumentou em virtude da realização de eventos internacionais de grande relevância, e em razão também, da ascensão da atividade terrorista em escala global:

> [...] chegou o momento em que o GAFI viu o risco aumentar. Quando o risco aumentou, de acordo com a risk-based approach? Aumentou em 2014, com a realização da Copa do Mundo, e em 2016, com as Olimpíadas. E o próprio GAFI passou a cobrar mais respostas nossas. E também porque a temperatura externa dos movimentos terroristas aumentou. A atividade terrorista globalmente, aqueles marcadores globais de risco também aumentaram (ARAS *apud* FRANCE, 2017, p. 174).

Em abril de 2015, durante uma visita do presidente do GAFI ao Brasil, onde pôde se reunir com diversas autoridades brasileiras. Foi constatado que o país ainda não havia se adequado de forma satisfatória às exigências do Grupo. A consequência disso, seria a possibilidade da inclusão do Brasil em uma das listas do GAFI, que ocasionaria na perda do grau de investimento perante as agências de *rating* internacionais,[11] com a consequente redução dos fluxos financeiros internacionais.

Uma provável inclusão nessa lista indicaria "alto risco" nas transações financeiras e representaria um sinal vermelho para o sistema financeiro, desestimulando-o a realizar transações naquele país. Nessa época, o Estado brasileiro já enfrentava uma enorme recessão econômica, encontrando-se mais vulnerável, e por isso, não poderia perder o grau de investimento internacional.

[11] Um rating é uma nota que as agências internacionais de classificação de risco de crédito atribuem a um emissor (país, empresa, banco) de acordo com sua capacidade de pagar uma dívida. Serve para que investidores saibam o grau de risco dos títulos de dívida que estão adquirindo.

Tendo em vista essa situação e diante da percepção da importância em não sofrer sanções do GAFI, os parlamentares passaram a apresentar inúmeros projetos de lei objetivando tipificar o terrorismo.

De acordo com France (2017), essa proliferação de iniciativas acaba servindo de incentivo para que o próprio Poder Executivo tome a frente do debate. Apresentando um projeto de lei de sua autoria, como forma de evitar que ganhasse força um projeto considerado pior. Essa avaliação de "pior" refere-se a algum projeto com uma definição de terrorismo vaga e aberta, que pudesse ser empregada para criminalizar movimentos sociais.

> Nas palavras de Marivaldo Pereira, Secretário-Executivo do Ministério da Justiça: [...] começa a ficar uma situação que os próprios parlamentares começam a reivindicar, querer avançar um projeto muito pior do que o que estava lá. Então corria-se o risco de "olha, vão acabar aprovando alguma coisa para fazer frente a esse risco que está todo mundo falando". E aí houve a decisão do Executivo de mandar algo que, pelo menos, fosse um pouco mais racional do que aquilo que poderia ser aprovado lá (FRANCE, 2017, p. 177).

Após a tomada de decisão pela Presidente Dilma Rousseff, de que o governo empreenderia os esforços necessários para suprir as deficiências reiteradas pelo presidente do GAFI, o conflito inaugural seria de como fazê-lo.

Existia duas opções: "o governo poderia selecionar um dos projetos de lei já em trâmite no Congresso Nacional e engendrar os esforços necessários para que fosse aprovado; ou, o governo poderia apresentar um projeto de sua autoria para apreciação do Congresso" (FRANCE, 2017, p. 178). Ocasionalmente, optou-se pela segunda opção.

A evidenciação de uma tendência muito forte apresentada por alguns parlamentares em criminalizar os movimentos sociais, elevando-os ao patamar de

terroristas. Bem como a pressão exercida pelo GAFI durante um momento de crescente recessão econômica, foram aspectos essenciais que justificaram a iniciativa do projeto da Lei Antiterrorismo partir da Presidência da República.

Após, toda essa contextualização, resta claro a motivação do Poder Executivo em optar pela tramitação desse Projeto de Lei em regime de urgência, possibilitando a sua apreciação de forma mais célere pelo Congresso Nacional.

Sucede que, quando o projeto foi apresentado ao Congresso Nacional, inúmeras modificações foram realizadas logo de início para que o projeto pudesse tramitar. Foi imprescindível encontrar uma definição do crime de terrorismo, à luz do princípio da legalidade. Outras questões, como a retirada da causa de ex

cludente de ilicitude, no momento em que o texto era votado no Senado Federal, a inclusão de outros dispositivos inovadores, bem como a expansão do Direito Penal de uma forma até então, inédita para a legislação brasileira, aqueceram ainda mais as polêmicas e os debates em torno da Lei Antiterrorismo. Assuntos estes que serão abordados no último capítulo.

3 ANÁLISE DA LEI ANTITERRORISMO E SEUS REFLEXOS

3.1 TRÂMITE DO PROJETO DE LEI DO EXECUTIVO NO CONGRESSO NACIONAL

3.1.1 Câmara dos Deputados

O projeto de Lei do Poder Executivo foi apresentado à Câmara dos Deputados em 18 de junho de 2015, sob o regime de tramitação de urgência para deliberação do Congresso Nacional. Recebeu a numeração de PL nº 2016/2015 pela Casa Iniciadora e prosseguiu com o seu trâmite.

Durante a discussão em turno único na Sessão Deliberativa Ordinária do Plenário da Câmara, realizada no dia 05 de agosto de 2015, foram proferidos os pareceres do Relator da matéria, Deputado Arthur Oliveira Maia – SD/BA.

O parecer mais proeminente foi em relação à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Embora a pretensão do autor fosse legítima, identificou-se vício na técnica legislativa empregada pelo Executivo, uma vez que o dispositivo inaugural do projeto encaminhado não tratou em identificar o objeto da proposição.

Ou seja, não seria possível dispor acerca das organizações terroristas, sem antes tipificar o terrorismo. Caso fosse aprovado daquele modo, o conceito de organização terrorista, ressentiria de operacionalidade. Oportunidade, na qual se aproveitou a iniciativa para corrigir o cenário normativo e finalmente, positivar o conceito de terrorismo.

Ainda de acordo com o parecer da CCJC, a forma como o texto do Projeto de Lei foi apresentado era injurídico e materialmente inconstitucional. Entretanto, o Relator entendeu que no mérito, através de um Substitutivo,[12] a matéria poderia ser aprovada.

> A injuridicidade residiria no fato de que, uma vez aprovado o Projeto de Lei, como inicialmente proposto, o ordenamento jurídico consolidaria duro golpe em termos de lógica estrutural. Não é viável disciplinar organização terrorista sem que, antes seja positivado o conceito normativo de "terrorismo". Note-se que o Projeto de Lei em testilha, de maneira indireta, tenta corrigir o equívoco presente na já vigente Lei 12.850, de 2013, que, no inciso II do §2º do artigo

[12] Substitutivo é nome que se dá ao texto que altera substancialmente o conteúdo original da proposta. É apresentado pelo Relator e tem preferência na votação sobre o projeto original.

> 1º, estabelece que tal lei se aplica às organizações terroristas internacionais [...] (BRASIL, 2015a).

Dessa forma, a proposição do Executivo pretendia delimitar o que seriam "atos de terrorismo", contudo, sem antes tipificar o terrorismo, revelando açodamento, o que deve ser rechaçado. Assim, entendeu-se pela desordem lógica que seria perpetuada (injuridicidade), e pela não observância ao princípio da legalidade estrita (inconstitucionalidade). De modo que, o Projeto de Lei necessitaria de correção para que pudesse ser aprovado.

Os deputados começaram a apresentar emendas à proposição inicial, com o intuito de superar as questões suscitadas. Algumas emendas consistiram na forma de Substitutivos, já outras, apenas como forma de modular as consequências e o raio de incidência do projeto apresentado. Contudo, alguns modelos alvitrados incorreram em erros correlatos com a proposição originária, ao não se perfilar com o princípio da legalidade estrita, pois foi ausente a descrição da conduta delitiva.

A taxatividade da lei penal exige a descrição pormenorizada dos elementos da conduta e suas circunstâncias essências. A inexatidão da conduta em que se pretendia positivar, poderia culminar em uma incriminação genérica. Violar a dimensão da taxatividade é inconstitucional, e incorrer nessa possibilidade, gerava grande preocupação.

> A lei penal delimita uma conduta lesiva ou idônea a pôr em perigo um bem jurídico relevante e prescreve uma consequência punitiva para quem realiza. Ao fazê-lo, circunscreve a ilicitude penal ao comportamento descrito e não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostra aproximada ou assemelhada. Cada figura típica constitui, em verdade, uma ilha no mar geral do ilícito e todo o sistema punitivo se traduz num arquipélago de ilicitudes. Daí a impossibilidade do Direito Penal atingir a ilicitude na sua totalidade e de

> preencher, através do processo integrativo da analogia, eventuais lacunas. Definir, nessa ótica, quer dizer, explicitar, com marcos precisos, uma conduta criminosa que não pode servir de parâmetro para situações fáticas avizinhadas (BRASIL, 2015a).

Por fim, o Relator se propôs a resolver os óbices aventados inicialmente e ir além, sob a forma de um Substitutivo ao texto original, delineando a nova redação do PL nº 2016/2015. Diferentemente do texto singelo, de poucos artigos, encaminhado pelo Executivo, cujo principal compromisso era apenas dispor sobre o financiamento e sobre as organizações terroristas. O projeto adotado pela Câmara abrangia 20 artigos e consideráveis inovações.

Doravante, o PL nº 2016/2015 seria o responsável por disciplinar o terrorismo, tratar de disposições investigatórias e processuais, reformular o conceito de organização terrorista, alterar a Lei das Organizações Criminosas e inserir os crimes oriundos do terrorismo no rol taxativo de cabimento da Prisão Temporária.

Vale ressaltar, apesar das diversas modificações, o PL nº 2016/2015 seguiu ao Senado Federal, com a excludente de ilicitude inicialmente disposta no projeto original. Inclusive, obteve uma ampliação do objeto na redação final dada pela Câmara, que incluiu os movimentos religiosos, de classe ou de categoria profissional.

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> .....
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

> § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei (BRASIL, 2015b).

3.1.2 Senado Federal

O processo foi recebido no dia 20 de agosto de 2015, na Coordenação Legislativa do Senado e obteve a denominação de Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 101, de 2015. A matéria prosseguiu com o trâmite, abrindo prazo para apresentação de emendas, aguardando a designação para as relatorias das comissões mistas, etc.

Durante a Sessão Deliberativa do Senado Federal realizada no dia 28 de outubro de 2015, o Senador Relator Aloysio Nunes Ferreira – PSDB/SP ofereceu o Parecer de Plenário, em substituição às Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, e de Constituição, Justiça e Cidadania. Circunstância na qual, a Casa Revisora concluiu favoravelmente, sobre a aprovação de um Substitutivo à redação final encaminhada pela Câmara.

Entre as mudanças realizadas pelo Senado Federal, farei destaque às duas mais importantes denotadas na redação final do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 101, de 2015. Diz respeito, a definição diversa dada ao tipo penal de terrorismo e a retirada da excludente de ilicitude.

De acordo com o parecer de Plenário do Relator, o texto oriundo da Câmara dos Deputados (PL nº 2016/2015) deveria ser aperfeiçoado, para acompanhar a doutrina internacional mais restritiva. Nesse caso, seria necessário atribuir uma

conceituação distinta ao delito, aplicando plenamente a teoria mista de tipificação do terrorismo, que:

> Envolve o enfoque dedutivo, que privilegia a intenção do ato, e o indutivo, que se atém à materialidade do ato. Assim, combina-se um dolo específico com uma lista de infrações. Além disso, influenciado pela legislação da Commonwealth, adiciona-se uma motivação política, religiosa ou discriminatória. Essa metodologia foi a adotada pelo PLC 101/2015, porém deixou de lado o terrorismo por motivo político e religioso, o que exclui a essência desse crime.
>
> [...] A quinta característica presente em algumas legislações, sobretudo árabes, é recusada, que seria a causa justa para o ato de terror. Muitas legislações, assim, estabelecem exclusões, como dos "combatentes da liberdade", segundo a legislação paquistanesa. Nos termos do proposto no PLC 101/2015, estariam excluídas do tipo penal do terrorismo as "pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais" (BRASIL, 2015f).

Portanto, a excludente de ilicitude aprovada na Câmara, não poderia ser tolerada. À vista disso, ela foi retirada sob a argumentação de que em um Estado democrático de direito, as manifestações e reivindicações sociais, sejam elas coletivas ou individuais, não têm outra forma de serem realizadas senão de maneira pacífica e civilizada. Assim, a garantia do exercício da liberdade de expressão necessita ser conjugada com a manutenção da ordem, da segurança e do bem-estar do povo.

Destarte, a nova redação acolhida no Substitutivo do Senado Federal para tipificar o terrorismo, era:

> Art. 2º Atentar contra pessoa, mediante violência ou grave ameaça, motivado por extremismo político, intolerância

> religiosa, preconceito racial, étnico ou de gênero ou xenofobia, com objetivo de provocar pânico generalizado:
>
> Pena – reclusão, de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.
>
> § 1º Considera-se terrorismo por extremismo político, para efeitos desta Lei, o ato que atentar gravemente contra a estabilidade do Estado Democrático, com o fim de subverter o funcionamento de suas instituições. (BRASIL, 2015g).

3.1.3 Retorno da matéria para deliberação da Câmara dos Deputados

Após a aprovação da redação final do Substitutivo pelos senadores, a matéria foi submetida à apreciação da Casa Iniciadora, retornado assim, no dia 04 de novembro de 2015, ao crivo da Câmara. Vindo a ser apreciada somente posteriormente, no dia 24 de fevereiro de 2016, durante uma Sessão Deliberativa Extraordinária.

O parecer proferido em Plenário pelo Deputado Relator Arthur Oliveira Maia, sustentou pela rejeição do Substitutivo do Senado Federal, entendendo-se que deveria prevalecer o texto aprovado inicialmente pela Câmara dos Deputados.

Entre os contrapontos rebatidos, a ênfase se deu em relação à redação diversa adotada pela Casa Revisora, para dispor sobre o terrorismo. De acordo com o Relator, a definição apresentada não se conciliou com o melhor interesse público:

> Percebe-se que o artigo 2º do Substitutivo do Senado Federal edificou um tipo penal "contra a pessoa". Ora, o crime de terrorismo, pluriofensivo que é, não pode remeter-se, estreitamente, a atentado contra pessoa. Até mesmo porque, sendo um modelo incriminador eminentemente de perigo comum, nota-se um desacerto lógico, à luz da teoria do bem jurídico, que orienta a exegese e a aplicabilidade do aparato penal.
>
> Ademais, tal tipo penal proposto pelo Senado Federal gera perplexidade, pois, como é cediço, não se admite a previsão de

> reprimenda com igual estatura para comportamentos díspares. A formulação de "tipo penal de atentado" guarda em seu íntimo o germe de injustiça, derivada da iníqua previsão de idêntico intervalo sancionatório tanto para o delito consumado quanto para o tentado (BRASIL, 2016a).

Nesse diapasão, a escolha textual de "atentar" na tipificação do terrorismo, incorreu em outros desdobramentos, qual seja a tentativa elevada ao mesmo patamar do delito, caso o mesmo fosse consumado. Entretanto, a pena de tentativa deve, necessariamente, ser inferior à do delito consumado. Visto que o perigo do resultado sempre importa um injusto menor que o da efetiva realização. Inclusive, essa é a teoria adotada pela legislação, constante no art. 14, parágrafo único do Código Penal.[13]

> A equiparação da pena da tentativa à do crime consumado obedece a um desprezo pelo aspecto objetivo do injusto, que não é uma consequência da tese do injusto pessoal e complexo, mas, sim, filha direta do Direito Penal de ânimo, que abandona o objetivo para desvalorar uma vontade inimiga do Direito, contrária ao dever e que nos conduz ao terreno da maior arbitrariedade (ZAFFARONI, 2000 *apud* BRASIL, 2016a).

Outrossim, a supressão da cláusula excludente de ilicitude que tratou em assegurar o direito de manifestação e a inserção da motivação "por extremismo político" na tipificação de terrorismo, foram aspectos relevantes para arrazoar a rejeição do texto idealizado pelo Senado. Inclusive, obteve até mesmo manifestação desfavorável da Organização das Nações Unidas (ONU):

> O Projeto de Lei nº 101/2005 (sic) tenta definir os crimes de terrorismo no Brasil, permitindo ainda a criação de procedimentos investigatórios e processuais.
>
> [...]. Um dos problemas identificados pelos relatores da ONU se refere à modificação feita no texto pelo Senado Federal.

[13] Art. 14, Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (BRASIL, 1940).

> "Lamentamos que o atual projeto de lei tenha excluído um artigo anterior que estabelecia uma salvaguarda importante que garantia que a participação em manifestações políticas e em movimentos sociais não fosse considerada no âmbito dessa lei," diz o documento da ONU (2015 *apud* BRASIL, 2016a).

Ademais, outra circunstância que influenciou de maneira contundente a rejeição do Substitutivo do Senado, foi a omissão em relação à criminalização dos atos preparatórios. Essa necessidade surge da impossibilidade de aceitar riscos, sendo muito pleiteado pelos órgãos de segurança e defesa, foi considerado um elemento imprescindível às ações preventivas do terrorismo. Inicialmente, a punição dos atos preparatórios havia sido contemplada na redação do texto final da Câmara.

> [...]. A Polícia Federal sempre teve uma preocupação com questões técnicas – de que os meios, as técnicas existentes na legislação brasileira não eram compatíveis e adequadas para lidar com o fenômeno do terrorismo. Principalmente porque há um consenso de que não se apura o terrorismo, até porque ele já teria causado o mal. É preciso uma atuação preventiva das policias, de inteligência e, sobretudo, um foco nos atos preparatórios.
>
> [...]. Por exemplo, ao não contemplar os atos preparatórios, o texto do Senado não dá condição de o Estado brasileiro atuar nessa fase. É como se o Estado brasileiro pudesse atuar só depois do terror, só depois que o dano tivesse acontecido. Isso, por si só, já justificaria a aprovação, no meu ponto de vista, do projeto da Câmara (FRANCE, 2017, p. 273).

Conforme bem posiciona France (2017), essa situação gerou uma curiosa convergência de interesses: movimentos sociais e organizações de Direitos Humanos preferiam o projeto aprovado pela Câmara. Essa preferência justificou-se em função do tipo penal mais restrito e da presença da excludente de ilicitude. Os órgãos de segurança também preferiam esse projeto uma vez que, ele previa a criminalização dos atos preparatórios.

Por fim, diversos deputados contrários às proposições de ambas as Casas, se viram confrontados com a necessidade de escolher o que muitos viam apenas como o projeto "menos pior". Diante desse fato, já antecipavam também, a possibilidade de pleitear vetos junto à Presidência, para barrar aqueles dispositivos considerados mais nocivos.

> Desses atos e fatos previstos, nosso Código Penal, nossa legislação já dá conta. Com a aprovação desta lei, é possível estarmos inaugurando atividades terroristas no País. Então, eu acho um despropósito que tenhamos de votar isso. Mas, entre um projeto e outro, entre o da Câmara e o do Senado, o projeto da Câmara é menos pior. De qualquer maneira, se aprovado for, nós faremos gestões junto à Presidente da República para que sejam vetados pelo menos alguns dispositivos do projeto de lei que venha a ser aprovado hoje neste plenário (DAMOUS, 2016 *apud* FRANCE, 2017, p. 273).

A matéria foi votada em turno único no Plenário da Câmara do Deputados. Entendeu-se pela rejeição do Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 2.016/2015, e foi à sanção presidencial o texto aprovado inicialmente pelos deputados, no dia 13 de agosto de 2015.

3.2 VETO PARCIAL APOSTO PELA PRESIDÊNCIA DA RÉPUBLICA

"A possibilidade de que o projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados fosse alvo de vetos da Presidente Dilma Rousseff já era discutida muito antes do projeto ser remetido à sanção presidencial. Quando o foi efetivamente, essa possibilidade se concretizou" (FRANCE, 2017, p. 275).

No que tange aos vetos, algumas entidades se posicionaram a favor do veto integral do Projeto da Lei Antiterrorismo, posição essa que seguramente não seria

acatada pela Presidente Dilma Rousseff, e assim não o foi. Ao final, 6 dispositivos foram objeto de vetos.

Dentre os dispositivos vetados, farei destaques aos que julgo pertinentes à elucidação da temática abordada. O primeiro deles, diz respeito às condutas tidas como atos de terrorismo:

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> § 1º São atos de terrorismo:
>
> .....
>
> II - incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado;
>
> III - interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados; (BRASIL, 2015b).

Entendeu-se pelo veto dos incisos II e III do § 1º do art. 2º, sob a justificativa de que as definições abordadas eram excessivamente amplas e imprecisas, "com diferentes potenciais ofensivos, cominando, contudo, em penas idênticas, em violação ao princípio da proporcionalidade e da taxatividade" (BRASIL, 2016c).

Foi requerido também, o veto do dispositivo que criminalizava a apologia e a incitação do terrorismo. Tendo em vista que esses crimes seriam puníveis com base em previsão genérica do Código Penal. Ademais, a punição prevista na norma antiterror, de 4 a 8 anos, era desproporcional.

> Art. 4º Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor:
>
> Pena - reclusão, de quatro a oito anos, e multa.
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta Lei.
>
> § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social. (BRASIL, 2015b).

Esta solicitação foi atendida, sob a fundamentação de que o dispositivo estabelece uma pena elevada para penalizar ato a partir de um conceito muito amplo, o que fere o princípio da proporcionalidade e gera insegurança jurídica. "Além disso, da forma como previsto, não ficam estabelecidos parâmetros precisos capazes de garantir o exercício do direito à liberdade de expressão" (BRASIL, 2016c).

Havia um dispositivo que pré-determinava o estabelecimento penal de segurança máxima para o cumprimento da pena dos condenados por crimes de terrorismo em regime inicial fechado:

> Art. 9º Os condenados a regime fechado cumprirão pena em estabelecimento penal de segurança máxima. (BRASIL, 2015b).

Este artigo foi prontamente vetado, tendo em vista que tal disposição:

> [...] violaria o princípio da individualização da pena pois, ao determinar o estabelecimento penal de seu cumprimento, impediria que a mesma considerasse as condições pessoais do apenado, como o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os fatores subjetivos concernentes à prática delituosa (BRASIL, 2016c).

Talvez o pedido de veto que tenha sido o mais requisitado e que, no entanto, não foi acolhido, diz respeito à punição dos atos preparatórios. Considerado uma verdadeira prioridade para os órgãos de segurança e defesa, e tido como essencial para persecução de ações preventivas. Decerto, o *lobby* exercido por esses órgãos,

influenciou a tomada da decisão Presidencial em não vetar a criminalização dos atos preparatórios.

A Lei Antiterrorismo foi sancionada em 16 de março de 2016, quase nove meses após o início do seu trâmite no Congresso Nacional. Transformada em Lei Ordinária, recebeu a numeração 13.260/16, muito embora, os vetos apostos à matéria só tenham sido apreciados na Sessão Conjunta do Congresso Nacional no dia 24 de maio de 2016. Situação esta em que todos os vetos Presidenciais foram mantidos. Até então, a norma encontra-se da mesma forma em que foi sancionada, sem nenhuma alteração, por enquanto.

3.3 ADOÇÃO DO DIREITO PENAL EXPANSIVO PARA COMBATER O TERRORISMO

3.3.1 Direito Penal do Risco

É relevante os contornos que os debates acerca do terrorismo adquiriram nos últimos anos, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, responsável por delinear à temática uma importância central nas agendas de segurança mundial.

Desde então, a escalada do terror move-se em um crescente constante, atingindo novos meandros e ampliando o leque das vítimas potenciais a uma escala global. Em contraponto, o Direito Penal expande paralelamente, instigado a promover uma resposta à altura, e principalmente, evitar que ataques terroristas concretizem-se.

Nessa contextualização, é patente que se constate a "sociedade do risco", termo cunhado, sob o ponto de vista sociológico do alemão Ulrich Beck. O risco

pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado, gerando diferentes dilemas e tensões "que se infiltram na vida cotidiana, na estrutura social e nas instituições em geral, tumultuando seus fundamentos, comprometendo seu funcionamento e confundindo seus integrantes" (GIDDENS, 2005, *apud* SUGAHARA, 2008, p. 14).

Conforme bem situa Pablo Silva (2008), é possível analisar a chamada sociedade do risco a partir de três modelos:

> O primeiro, a sociedade se caracteriza pelo aumento dos perigos de grande dimensão – em parte novos, em parte recentemente conhecidos – como uma conseqüência secundária do progresso técnico, sendo que a partir dessa "sociedade do perigo" o sociólogo Ulrich Beck cunhou o conceito de "sociedade do risco". Tal modelo é complementado por um segundo, no qual a sociedade do risco se apresenta sobretudo como uma sociedade subjetivamente insegura, em razão dos novos riscos ou dos novos riscos *percebidos*. E o terceiro modelo renuncia a resposta à questão sobre se a vida que se tornou perigosa e, em vez disso, observa que se estabeleceram nos âmbitos sociais mais importantes orientações pelo risco, isto é, que a sociedade transformou os perigos imprevisíveis e incontroláveis em riscos. Deste modo, a vida na sociedade do risco se tornou ao mesmo tempo objetivamente segura e insegura através de um certo convívio com os perigos e as inseguranças, em razão do que aumentou principalmente a insegurança subjetiva.

A sociedade do risco torna-se reflexiva, isso significa dizer que ela se torna um tema e um problema para si própria, segundo Sugahara (2008, p. 14):

> A percepção distorcida dos riscos pode fazer com que o sujeito, ao invés de identificar os riscos do mundo, passe a ver o mundo como um risco. Quem olha o mundo como um risco se torna incapaz de agir. A paralisia que decorre da incapacidade de agir é a primeira armadilha do terrorismo na era da globalização. A segunda cilada do terrorismo recai sobre as liberdades individuais em consonância com a democracia.

> O medo e a sensação de insegurança levam os homens a abdicar de suas liberdades individuais em nome da segurança, o que por sua vez conduz gradualmente a sociedade industrial à inação e mais tarde à paralisia.

Para Boaro (2016), é diante desse cenário de insegurança e percepção dos riscos constantemente reprodutíveis com *modus operandi* multiforme e imprevisível, que o direito penal tem se movido. E ao mover-se, acaba por enfrentar, invariavelmente, paradigmas que influenciam sua própria estrutura e, sobretudo, sua forma de situar-se diante da relação cada vez mais complexa entre o indivíduo e a coletividade.

Neste diapasão, conforme aponta Cardoso (2016), o Direito Penal do Risco entra em cena para tutelar e controlar as novas ameaças que vulnerabilizam a sociedade moderna. Em nome da intensa demanda por segurança, busca-se a todo custo, não só desenvolver uma proteção objetiva de riscos e perigos, senão também à necessidade de sustentar a confiança deste tipo de proteção.

Ao ser desenvolvido e fundado no imperativo do risco, o Direito não se submete apenas ao dano correspondente, agora também responde pelo incremento do risco. Isto porque se direciona aos efeitos preventivos em detrimento dos princípios tradicionais de imputação. Conforme se expande, adquire uma função igualmente simbólica perante àquela sociedade que o reproduziu.

Haja vista, em uma sociedade de risco, a percepção do perigo é constante e está em permanente evolução, o que se passa a demandar do legislador é que se elabore gradativamente normas penais em branco. São adotados conceitos jurídicos vagos e indeterminados, de modo a ampliar a flexibilização da aplicabilidade das normas.

> A ideia de uma criminalização determinada ao máximo possível está no retículo do Direito Penal do Risco, na medida em que exige que o Direito Penal se torne mais "flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações". Desta forma, como o chamado "mandato de certeza" é considerado o inimigo da flexibilização – dos crescentes e futuros problemas colocados a um Direito aberto –, em um Direito Penal moderno, orientado pelo risco, não se exige que o legislador seja cauteloso ao introduzir conceitos jurídicos indeterminados, normativos e cláusulas gerais, basta apenas (e isto tem sido frequente) que ele escolha conceitos que possam ser aplicados do modo mais flexível e superficial possível.
>
> Isso conduz, sem dúvida, cada vez mais ao emprego – além de tipos penais excessivamente vagos e ambíguos – de cláusulas gerais como a da técnica das leis penais em branco, principalmente aquelas que fazem uso de remissões dinâmicas, tendo em vista que o panorama atual comporta um número incalculável de situações extremamente complexas [...] (SILVA, P., 2008).

Ainda em consequência desse modelo adotado, sobrevém a ocorrência de um agravamento do Direito Penal, tanto em relação ao número crescente de bens jurídicos tutelados, quanto em relação ao agravo atribuído às sanções penais. A proteção penal é redirecionada para amparar as inseguranças e os medos oriundos daquela sociedade.

Consentâneo posto pelo Pablo Silva (2008), o Direito Penal do Risco se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciam a todos os pressupostos clássicos de punição, e, com isso, naturalmente, também reduzem as respectivas possibilidades de defesa.

O medo e a insegurança alteram as tipificações penais no que tange aos aspectos de causação de dano ou de perigo, e também vai gerar reflexos no tema da culpabilidade, segundo Cardoso (2016, p.1):

> Assim, surgem as modalidades dogmáticas dos tipos penais de perigo, cujo fundamento de criação reside na ideia de gerenciamento de riscos, a partir do etiquetamento de padrões permitidos e proibidos. Eis as dúvidas que surgem: a ampliação ou antecipação da tutela penal, com cunho preventivo, não rechaça as garantias mínimas do cidadão? Pode o jurista, dentro da complexidade que se apresenta a sociedade de risco, apontar, com propriedade, quais são os verdadeiros níveis de periculosidade não suportáveis a partir de certos comportamentos?

A antecipação de tutela por meio dos crimes de perigo abstrato, a ascensão das barreiras entre o comportamento punível e o não punível e a restrição das exigências para a reprovabilidade da conduta, encontram-se cada vez mais nas legislações sobre terrorismo.

3.3.2 Direito Penal do Inimigo

Dentro da seara do movimento expansionista, não há como deixar de fazer menção ao Direito Penal do Inimigo, conceito apresentado pelo doutrinador alemão Günther Jakobs.

> Jakobs, por meio dessa denominação, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado (GRECO, 2012).

Na visão de Jakobs (2009), o raciocínio empregado é de um verdadeiro *estado de guerra*, por esta razão, as regras do jogo devem ser modificadas. O Estado deve lançar mão dos mecanismos investigativos especiais em prol da prevenção e do combate aos perigos originados pelos seus verdadeiros inimigos – *os não cidadãos* –,

através da maximização do Direito Penal, que possibilita a utilização de qualquer meio disponível para puni-los.

Ainda de acordo com o seu entendimento, há pessoas que insistem em delinquir, e por isso, retornam ao Estado natural, que outrora era o Estado de direito. Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode usufruir dos benefícios inerentes àqueles cidadãos. Assim, o inimigo não deve ser tratado como pessoa, sob pena de fragilizar a segurança dos demais.

Essa situação nos remete a pensar no contrato social, uma metáfora utilizada para elucidar a relação entre os homens e o Estado. Tal relação baseia-se no fato de que o ser humano vivia no Estado natural, desconhecia organização política e normas, ao passo que, começa a se sentir ameaçado e, portanto, resulta imperioso a necessidade em se proteger. Para tanto, abdica da sua liberdade e submete-se a quem possa garantir seus direitos, sujeitando-se às normas da sociedade e do Estado.

O inimigo é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele dirá Jakobs, deve-se pensar um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àqueles que se comporta cognitivamente, como seu inimigo (MORAES, 2011, p.30).

Nessa toada, de acordo com Jakobs e Cancio Meliá (2003 *apud* GRECO, 2012) o Estado tem o poder de optar pela forma na qual enxergará os seus cidadãos, sendo possível proceder de dois modos: "vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que cometeram um erro, ou como indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico". Ou seja, enquanto aqueles

conservam a condição de cidadãos e mantêm todas as garantias que lhes são inerentes, estes, perdem essa condição e passam a serem vistos como arquirrivais do Estado, devendo-lhes ser aplicado outro Direito Penal, o do inimigo.

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003 apud GRECO, 2012).

A propósito, o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal expansivo e simbólico, é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança e pelo medo. A ascensão em grande escala do terrorismo, amplamente divulgado por veículos midiáticos e redes sociais, tem contribuído para a reprodução de um movimento político-criminal implacável. Encontrando no Direito Penal, o seu principal ator.

3.4 REFLEXOS DO DIREITO PENAL EXPANSIVO NA LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA

A Lei Ordinária nº 13.260, de 16 de março de 2016, contém dispositivos tanto em consonância com o Direito Penal do Risco, quanto com o Direito Penal do Inimigo. Mesmo diante da falta de experiência prática nesse campo e da constante

associação disforme do que venha a ser de fato terrorismo, o legislador optou por seguir este caminho.

Inicialmente, cumpre apontar a técnica legislativa empregada para elaboração da norma antiterror, mais especificamente, em relação à definição típica. Conforme disserta Ruchester Barbosa (2016), ao que parece o legislador tentou utilizar todo o arsenal de elementos do tipo existentes, para criar algo complexo e excepcional. Portanto, não se trata de uma norma penal em branco, de tipo remetido ou explicativa.[14] Muito embora se assemelhe bastante com estas, seria mais uma hipótese de tipo penal anormal, complexo e pluriofensivo.

No entanto, de maneira contrária ao esperado, o legislador não elaborou uma norma explicativa para "terror social", que é um dos dois desígnios possíveis de quem pratica o terrorismo, nos moldes do art. 2º da Lei Antiterrorismo. Nesse ponto, a imprecisão o torna um tipo penal aberto, diante da correlação a um elemento subjetivo vago, impossível de se delimitar este alcance em razão da indeterminação do bem jurídico tutelado.

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016b).

[14] Norma penal em branco é um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas.

Norma penal de tipo remetido se reporta expressamente ao preceito secundário de outro tipo penal, como ocorre no art. 304 do Código Penal. Não se confunde com a norma penal em branco, pois não depende de integração com outra figura normativa para ser aplicado.

Norma penal explicativa delimita o alcance de seus elementos normativos, impedindo a dubiedade das interpretações jurídicas.

Conforme apresenta Callegari e Linhares (2014), o terrorismo possui uma identidade inicial com os crimes comuns. A sua distinção só se apresenta em um momento posterior, em razão do seu impacto social, que o torna mais grave do que o crime utilizado como meio:

> Essa circunstância mais grave é representada pela disseminação do sentimento de terror na população. Com isso, conquanto haja uma situação de violência inicial já configuradora, em regra, de um delito, tal situação irá adquirir o caráter de terrorista quando for manifestado pelo agente a necessidade de se outorgar ao ato uma maior publicidade para o alcance de seus objetivos, externando-se essa publicidade pela disseminação do sentimento de terror, próprio desse fenômeno (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 44).

"Considerando-se, pois, o terrorismo como ato destinado à criação de um sentimento social de terror, pode-se perceber que a essência de seu discurso se manifesta como uma experiência subjetiva, destinada, sobretudo, a efeitos psíquicos – característica própria da manipulação de sentimentos" (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 45).

Dentro da perspectiva de compreensão do terrorismo como uma estratégia de comunicação, como seria possível dimensionar o terror social? O medo causado pela prática dos atos terroristas atua de maneira distinta em cada indivíduo, e por se tratar de uma experiência intrínseca, demonstra a complexidade em se delimitar o alcance desse desígnio.

E nesse sentido, manifesta-se o Direito Penal do Risco. A respeito disso, uma de suas características reside na adoção de conceitos jurídicos vagos e indeterminados. Busca ampliar a flexibilização da aplicabilidade da norma, em nome

da constante evolução dos perigos sentidos pela sociedade. Como foi no caso *in comento*, ao não explicitar "terror social", abriu brecha para inúmeras interpretações.

A consequência suportada é a relativização de princípios basilares, como a *lex certa*,[15] que é uma dimensão do princípio da legalidade. Na medida em que o legislador formula preceitos dúbios e demasiadamente flexíveis, as questões que não são resolvidas pelo próprio legislativo ficam à mercê do desenvolvimento judicial. Tal como expõe Pablo Silva (2008), aqui reside o risco maior, pois a jurisprudência pode desenvolver uma norma formulada de modo flexível em uma direção completamente oposta àquela que queria lhe dar o legislador.

> Diante deste panorama, é mister ter em vista as palavras de Ferrajoli, ao ressaltar o fato de que uma lei em branco é comparável "a uma espécie de caixa vazia preenchível de volta a volta com conteúdos muito arbitrários", típicas de um "estado de polícia que consente intervenções punitivas livres de qualquer vínculo", principalmente porque disso se deduz que as leis penais em branco não possuem *per se* um conteúdo arbitrário. Porém, à medida em que o seu emprego por parte do legislador se faz livre de qualquer vínculo e sem a observância dos limites quanto ao uso desta técnica, ou seja, sem a observância tanto das garantias fundamentais dos cidadãos como das garantias jurídico-penais que as asseguram, configuram um meio arbitrário de punição (FERRAJOLI, 1998, apud SILVA, P., 2008).

Outro traço característico do Direito Penal do Risco, é o fato de não se sujeitar unicamente ao dano correspondente, agora também passa a tutelar o perigo em abstrato.

Esse aspecto é encontrado no art. 2º, §1º, inciso I da Lei Antiterrorismo:

> § 1º São atos de terrorismo:

[15] O crime não pode ser vago, logo a lei deve ser pautada na taxatividade, na certeza;

> I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; (BRASIL, 2016b).

De acordo com a legislação em apreço, tão somente a ameaça em usar algum dos objetos mencionados, representa uma intimidação para sociedade e por isso, deve haver uma punição. Sucede que a punição é muito elevada para um crime que tutela apenas o risco, qual seja, reclusão de 12 a 30 anos, além das sanções correspondentes à ameaça.

Nessa toada, similarmente é característico do Direito Penal do Inimigo, a desproporcionalidade da pena estabelecida em relação ao ato cometido ou ao resultado lesivo que se pretende punir. A pena pretendida é totalmente desproporcional em comparação a outras existentes em nosso arcabouço jurídico. Veja que a punição de ameaça nesse caso, é equiparada ao crime de homicídio qualificado.

E se o artefato utilizado for falso? Seria uma hipótese de crime impossível,[16] e conforme ditame legal, a tentativa não poderia ser punida. Contudo, sob o ponto de vista do Direito Penal do Risco, o que vai importar é a sensação de terror, mesmo se aquele objeto utilizado for absolutamente impróprio para executar a ação pretendida.

O Direito Penal Expansivo, também reverbera no art. 3º da Lei Antiterrorismo, que prevê pena de reclusão de 5 a 8 anos e multa, para quem promover organização terrorista. Aqui, há novamente a desproporcionalidade da pena e o crime de perigo abstrato, em que se pune a despeito de qualquer dano

[16] Art. 17 do Código Penal - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (BRASIL, 1940).

concreto causado ao bem jurídico. No âmbito comparativo, a pena mais gravosa do crime de sequestro e cárcere privado, é de reclusão de 2 a 8 anos.

> Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:
>
> Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa. (BRASIL, 2016b).

Ademais, o que é promover? De acordo com uma das definições possíveis, é colocar em evidência, dá publicidade, realizar a divulgação de algo. Nessa linha de raciocínio, quem divulga um *post* ou utiliza uma bandeira de uma organização terrorista, a está promovendo.

Insta ressaltar, o artigo que previa punição para quem fizesse apologia ao terrorismo, foi vetado justamente por ter um conceito muito amplo, com penalidade elevada, o que suscita insegurança jurídica e fere o princípio da proporcionalidade. No entanto, o mesmo não ocorreu com o termo "promover", que se diga de passagem, não deve ser confundido com "financiar", o qual já encontra resposta em outro dispositivo da legislação *in comento*.

Ainda no tocante ao art. 2º da Lei Antiterrorismo,[17] outro ponto que merece destaque, diz respeito à inserção do patrimônio na qualidade de bem tutelado pela legislação ora analisada, bem como a referência no inciso IV[18] à sabotagem ou apoderamento de instituições bancárias, como atos de terrorismo.

[17] Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL, 2016b).

[18] § 1º São atos de terrorismo:

Demonstra ser uma situação excepcional quando se depara com legislações de outros países acerca da mesma temática. Além de revelar uma forte influência do contexto social à época da elaboração legislativa, mais precisamente, no tocante às manifestações que se utilizaram da tática de protesto *black bloc*. Por via das ações diretas, alguns grupos atacaram e depredaram símbolos do poder e do capitalismo, sobretudo os edifícios públicos e as propriedades privadas representativas do sistema financeiro global.

Deveras, o terrorismo recorre à utilização de crimes comuns, contudo, o intuito é difundir o sentimento de terror generalizado, com o propósito de se alcançar um objetivo maior. Por esta razão, apresenta-se como violação não só a um bem jurídico, mas a uma pluralidade deles. Conforme verifica Callegari e Linhares (2014, p. 54):

> Em um primeiro momento, o ato terrorista constitui uma afronta ao mesmo bem jurídico protegido pelo delito comum do qual se utiliza; ou seja, a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, etc. por segundo, o terrorismo se consubstancia na violação à paz pública. Por último, direciona-se o terrorismo como agressão à própria democracia, no tocante à tomada de decisões políticas de maneira legítima, considerando-se que é da natureza do ato terrorista o objetivo de forçar o Estado constituído a adotar sua vontade imposta.

Destarte, corrobora Callegari e Linhares (2014), ser necessário que o tipo de violência escolhida seja suficientemente capaz de afetar ou atingir de forma concreta

---

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; (BRASIL, 2016b).

a ordem democrática e essa é a razão pela qual não se deve aceitar, como meio suficiente para a configuração do terrorismo, a lesão unicamente à propriedade, seja privada ou pública:

> Para que o ato tenha capacidade de atingir proporções suficientes para alterar a ordem democrática, deverá afetar bens jurídicos dotados de extrema importância às pessoas, como a vida, a integridade física, a liberdade.
>
> [...] em decorrência disso, entende a autora que os atos que atentem exclusivamente à propriedade ou outros bens materiais ou aqueles que apenas produzem alterações públicas não são capazes de ser qualificados como terroristas (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 55).

Sendo assim, se a violação atinge unicamente o patrimônio, seja público ou privado, não há o que se falar em terrorismo. O mesmo apenas pode ser constatado nos casos que atentam contra os bens jurídicos mais essenciais ao homem, ou seja, a vida, a integridade física, o direito de liberdade.

Ao que se percebe, o legislador deliberadamente amplia a tutela jurisdicional, para quando os demais requisitos legais estiverem presentes, os atos que exponham perigo tão somente ao patrimônio possam ser amparados pela Lei Antiterrorismo. Percorrendo assim, em sentido antagônico em relação às legislações de outros países acerca do terrorismo.

3.4.1 Punição de atos preparatórios de terrorismo

Sabe-se que, em regra, não há punição de atos preparatórios, que são aqueles realizados em momento prévio ao da execução do delito. Ou seja, a fase entre a cogitação e a execução, recaindo a punição apenas em relação ao último.

Os atos preparatórios somente são puníveis quando constituírem, por si só, infração penal, vide o delito de petrechos para falsificação de moeda. Salvo as exceções previstas legalmente, a punição dos atos preparatórios fere o princípio da legalidade, porquanto, inexiste previsão.

O Código Penal apenas previu punição para o crime tentado,[19] que difere dos atos preparatórios. No crime tentado inicia-se a execução do delito, não o consumando por circunstâncias alheias à vontade do agente. Já nos atos preparatórios, a execução do delito não é iniciada, restando apenas a cogitação ou preparação. Em se tratando da preparação, somente haverá crime se o ato preparatório constituir um crime autônomo, como o porte de arma.

Além do mais, quando não constitui infração autônoma, como regra, os atos preparatórios são absorvidos pela infração penal posterior. O crime fim absorve o crime meio, em consagração a aplicação do princípio da consunção.

No entanto, o legislador fez questão de punir os atos preparatórios de terrorismo. Vulnerando o princípio do fato, de acordo com o qual, estabelece ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos. Essa é uma clara aplicação do Direito Penal do inimigo idealizado por Günther Jakobs:

> O Direito Penal do Inimigo se baseia na ideia de periculosidade, sendo que, assim, não é necessário esperar a produção de um dano ou o surgimento de um perigo identificável para intervir penalmente. Isso implica na aceitação pela ciência jurídico-penal da chamada expansão securitária, sob o rótulo de legislação de guerra ou de emergência. Por meio dessa expansão, é possível punir atos

[19] Art. 14 - Diz-se o crime:
II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (BRASIL, 1940).

> praticados em fases anteriores e distantes da execução do crime com penas equiparadas às das intervenções posteriores e mais próximas da conduta lesiva ou perigosa, além da generalização e do aumento das penas de prisão, da restrição de obtenção de benefícios penitenciários, do retorno ao cumprimento sucessivo de pena e medida de segurança e do aumento dos internamentos de segurança antes e depois do cumprimento de pena (RIPOLLÉS, 2005 *apud* PEREIRA, 2018).

Conforme foi estabelecido no art. 5º da Lei Antiterrorismo:

> Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:
>
> Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade. (BRASIL, 2016b).

Tal situação permite a punição de atos baseada no princípio da precaução, a impossibilidade de aceitar riscos autoriza uma série de ações excepcionais. O raciocínio empregado é de um verdadeiro estado de guerra, razão pela qual, as regras do jogo devem ser distintas, os delitos afastam-se da análise no plano concreto e passam a ser ponderados e condenados como perigos abstratos.

Neste contexto, o dispositivo que prevê a punição dos atos preparatórios apresenta um problema teórico. Existe uma clara antinomia jurídica em relação à teoria do crime disciplinada pelo Direito Penal, em virtude da inexistência do nexo de causal entre a conduta do agente e o resultado do crime que nunca repercutiu no plano concreto.

A antecipação da punição é algo inovador e diverge da nossa norma no tocante à teoria do crime clássica. Muito embora, não seja possível afirmar se tratar de uma norma inconstitucional, tendo em vista ser o Código Penal responsável pela regulamentação dessa teoria.

O ponto de referência para punir não é mais o ato cometido, e sim, um ato futuro e incerto, tendência característica do Direito Penal do Inimigo. Uma nova questão pertinente surge: como comprovar o propósito inequívoco de consumar o delito? É uma situação que adentra em um campo demasiadamente subjetivo, e novamente, fica à mercê de interpretações.

3.5 A BUSCA INCESSANTE PELA CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E REIVINDICATÓRIOS

Logo que o Projeto da Lei Antiterrorismo foi remetido ao Congresso Nacional, inúmeros debates a respeito dessa temática inflamaram a Casa legislativa. Naquela época, diversas organizações da sociedade civil exerceram uma forte oposição a vários aspectos do texto. Um dos principais argumentos suscitados era de que essa Lei representaria uma fonte de risco em função da alta probabilidade de ser empregada para criminalizar movimentos sociais e reprimir ações reivindicatórias.

A razão desse temor subsistia sobretudo, em virtude da experiência histórica com a ditadura militar, responsável por reprimir e combater violentamente movimentos sociais e reivindicatórios, principalmente contra a participação social e política de grupos historicamente marginalizados no Brasil.

Uma herança desse período detestável da história nacional, foi a Lei de Segurança Nacional, responsável por definir crimes contra a ordem política e social. Faz também, menção ao terrorismo como forma de subversão e inconformismo político. Embora elaborada em uma época em que se perseguia opositores do Estado, nunca foi revogada expressamente.

Em resposta à violência exercida pelo regime autoritário, surge a resistência. Conquanto singular em cada grupo que a empreendia, havia características de

resistência semelhantes, e que pode ser observada nos movimentos atuais. A mais essencial delas é a participação social.

O contexto político-social instituído no país à época dos debates em torno da Lei Antiterrorismo, evidenciou uma forte movimentação social, como há muito tempo não se via. Em decorrência direta, especialmente em razão da utilização da tática *black bloc* de protesto, revelou-se uma tendência em delinear a presente legislação para dar uma resposta às circunstâncias provenientes das manifestações de 2013/2014.

O simples fato da retirada da excludente de ilicitude para as manifestações direcionadas por propósitos sociais ou reivindicatórios, no momento em que o texto era votado no Senado Federal, demonstra a inclinação da adoção de medidas extremamente duras às ações desses manifestantes. Conforme sustentou o Deputado Izalci – PSDB/DF, em apoio à decisão do Senadores:

> Tal regra de exclusão é totalmente descabida, uma vez que qualquer um que pratique os atos previstos na lei como terrorismo deverá ser submetido ao tipo legal e às suas penas. O discurso de que aquele dispositivo serve para proteger os chamados movimentos sociais, em verdade, protege somente os grupos que já praticas atos de terror, os quais, com a aprovação da lei, passarão a configurar terrorismo. Os movimentos pacíficos não serão atingidos pela lei pelo simples fato de que não praticam tais atos, como incendiar, depredar, saquear, destruir, sabotar, etc. Tampouco obstruem vias públicas com a finalidade de intimidar ou coagir Estado (IZALCI, 2016 *apud* FRANCE, 2017, p. 238).

Essa predisposição em se criminalizar movimentos sociais e reivindicatórios, igualmente transparecia no dispositivo vetado pela Presidente da República. Seria enquadrado como atos de terrorismo "incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado", veja que essas

ações se ajustam perfeitamente ao cenário instaurado pelos *black blocs* no país àquela época.

Neste diapasão, é comum a associação equivocada de atos oriundos de movimentos sociais e reivindicatórios como sendo atos de terrorismo. Para esse segmento, a legitimação das manifestações está condicionada ao pacifismo, entendimento esse que prevaleceu no Substitutivo aprovado no Senado Federal:

> Em um Estado democrático de Direito, as manifestações e reivindicações sociais, sejam elas coletivas ou individuais, não têm outra forma de serem realizadas senão de maneira pacífica e civilizada.
>
> Trata-se de um valor intrínseco ao próprio conceito de democracia constitucional: não há como se conceber uma sociedade democrática sem a garantia do exercício das liberdades de expressão e de ação conjugadas com a manutenção da ordem, da segurança e do bem-estar do povo (BRASIL, 2015f).

Porém, há de se distinguir os atos terroristas das manifestações sociais. Mesmo aquelas que tomam proporções violentas, não estão aptas a satisfazer todos os requisitos do terrorismo.

> Em regra, as manifestações sociais objetivam provocar a alteração de alguma situação política, dirigindo-se o ato ao Estado, como exigência de soluções às reivindicações. Contudo, além de serem as manifestações o exercício de um direito democrático de reivindicação, já em um primeiro momento, se faz ausente nesses movimentos reivindicatórios a característica do discurso do terror. Por mais que algumas manifestações acarretem o sentimento de amedrontamento em determinadas pessoas, esse não é um objetivo do grupo manifestante como o é do grupo terrorista em sua instrumentalização das pessoas (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 57).

Destarte, coaduna Callegari e Linhares (2014, p. 58) que "as manifestações sociais não objetivam disseminar o sentimento de terror ou medo na população civil

mediante ataques violentos à própria população. Ao contrário, em regra, desejam a população local ao seu lado, pois são identificados com eles e, muitas vezes, reivindicam em prol do grande grupo".

> Quando expressada alguma violência em manifestações sociais, o que geralmente é provocado por uma minoria, é ela exercida contra o próprio Estado, geralmente ao seu patrimônio ou contra agentes que atuem em nome dele. Direcionando-se o ataque a bens públicos, [...] não há que se considerar o ato como terrorismo, pois inexistente a violação dolosa a bem jurídico relevante o suficiente para tal configuração (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 58).

Além de mobilizar memórias referentes ao período da ditadura militar, o temor de que a Lei Antiterrorismo fosse empregada para criminalizar movimentos sociais e reivindicatórios, denota clara desconfiança em relação à maneira como a legislação penal é aplicada no Brasil. E os episódios recentes de abusos judiciais consubstanciam isso.

O que se percebe, é a utilização de legislações penais específicas como um instrumento de criminalização excepcional de manifestantes e organizações políticas. O risco que se tinha, era exatamente o da aplicação da Lei Antiterrorismo caracterizar mais um instrumento com esse propósito. Conforme discorre France (2017, p. 117), tanto a Lei de Organizações Criminosas, quanto a Lei de Segurança Nacional já eram aplicadas com esse desígnio:

> A Lei de Organizações Criminosas havia sido sancionada em agosto de 2013 e entrou em vigor no mês seguinte. Passou a viger no ordenamento jurídico justo no auge das manifestações e foi imediatamente aplicada pelas autoridades policiais. Em resposta às manifestações do dia dos professores, em 15 de outubro, foram detidos mais de 190 manifestantes, 84 dos quais ficaram retidos, conforme a Polícia Civil passava a empregar esse novo instrumento legal. Aponta-se, ainda, que 23 ativistas políticos, em sua maioria estudantes e professores,

estariam sob processo judicial, no Rio de Janeiro, enquadrados na Lei de Organizações Criminosas, por terem participado de manifestações contra a Copa, em 2014 (Moraes & Moraes, 2016, p. 110).

[...] No Rio Grande do Sul, 10 pessoas foram denunciadas com base na Lei de Organizações Criminosas por causa da ocupação da Secretaria de Fazenda do Estado, em meio a protestos por melhorias na educação pública. A medida foi severamente criticada como uma "intolerável criminalização dos movimentos sociais", pelo Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Fabiano de Morais, que afirmou ainda que os indiciados "exigiam mudanças, os seus direitos, e isso passa bem longe de ser uma organização criminosa. Fica clara a aplicação errônea da lei nesse caso" (Matuoka, 2016).

[...] A Lei de Segurança Nacional também foi utilizada para enquadrar dois manifestantes (Luana Bernardo Lopes e Humberto Caporalli) em São Paulo, acusados de danificar um carro da polícia civil (Justiça Global, 2013).

Sendo assim, essas circunstâncias alimentam o temor de que as experiências históricas e a má utilização de tipos penais se repitam sob a forma de repressão e violência institucional, o que acaba por enfraquecer a democracia. Desta forma, "o ciclo de desconfiança mútua se perpetua, conforme se ignora ou, ao menos, se relativiza a integralidade do direito de manifestações – liberdade de pensamento, associação e expressão – como Direito Humano básico" (FRANCE, 2017, p. 219).

3.6 INSUFICIÊNCIA DA CLÁUSULA EXCLUDENTE DE CRIMINALIZAÇÃO

A falta de conhecimento dos legisladores sobre a realidade da persecução criminal brasileira, é uma crítica bastante pertinente no tocante ao que se verifica na prática. A fase da investigação criminal é uma conjuntura marcada por ampla discricionariedade das autoridades policiais e predileção ao encarceramento em massa. Segundo France (2017), essa discricionariedade é percebida como grave ameaça, uma vez que o processo de criminalização – e suas repercussões sociais e legais – tem início no inquérito policial.

> [...]. As autoridades policiais têm grande poder por meio do inquérito policial, que é considerado a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. Em tese, deveria ser aberto inquérito em todos os casos em que se verificasse o cometimento de crime ou infração penal. Na prática, as autoridades responsáveis – delegados – têm o poder e a discricionariedade para fazê-lo, motivo pelo qual o inquérito acaba sendo o principal dispositivo de arbitrariedade na esfera policial. Uma vez aberto, o inquérito não poderá ser encerrado pela própria autoridade policial, dependendo o seu arquivamento de requerimento do Ministério Público e anuência do Juiz (MISSE, 2011, p. 19).

A salvaguarda em relação aos movimentos sociais e reivindicatórios, constante no art. 2º, §2º da Lei Antiterrorismo,[20] não se mostra suficiente. A verificação sobre o enquadramento ou não na excludente de ilicitude só se dará no curso do processo penal, sendo assim, não é suficiente para obstar uma instauração processual.

> A justiça criminal, historicamente, tem sido utilizada para criminalizar e segregar determinados grupos vulneráveis. Uma cláusula excludente dizendo que isso não vai acontecer me parece quase ingênua, me parece que demonstra que não há nenhum constrangimento do poder público ao propor uma lei que pode mesmo criminalizar movimentos. Eu não sei se a excludente é ingênua ou propositalmente colocada ali para fingir que estava havendo uma proteção. Acho que é isso: demonstra uma ignorância do sistema penal e de como ele funciona no país (CUSTÓDIO, 2015, *apud* FRANCE, 2017, p. 198).

"A própria realização do inquérito policial, a apresentação e recebimento de denúncia, a aplicação de medidas cautelares diversas, incluindo a prisão, e o transcurso do processo penal antes da sentença já representam iniciativas que

[20] § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. (BRASIL, 2016b).

criminalizam e estigmatizam indivíduos e organizações como um todo" (FRANCE, 2017, p.199).

Um exemplo prático que ilustra a problemática dessa situação, aconteceu em 2013, durante as manifestações de ruas na cidade de São Paulo. O estudante Fábio Hideki Harano e o professor de inglês Rafael Lusvarghi foram presos e acusados de incitação ao crime, associação criminosa, resistência, desobediência e porte de material explosivo.

O que chama a atenção nesse caso, é que ambos permaneceram mais de 1 ano presos preventivamente, sob a principal acusação de portar material explosivo. Sucede que, o juiz responsável pelo processo, decidiu por soltá-los após a divulgação de laudos do Instituto de Criminalística, atestando que o material encontrado nas mochilas não era explosivo e nem incendiário. Ao final do processo, foi decidido pela absolvição de todas as acusações.

Nesse sentido, o poder dissuasivo das normas penais e dos procedimentos adotados pelas autoridades não pode ser desprezado, tendo em vista que movimentos deixam de praticar atos reivindicatórios por temor da repressão e instauração de processos que, por si só já são criminalizantes.

3.7 NOVAS MOVIMENTAÇÕES PARA ALTERAR A LEI ANTITERRORISMO

Desde que a Lei Antiterrorismo foi sancionada em 16 de março de 2016, algumas propostas de alterações legislativas já foram apresentadas, o que comprova a perenidade no embate em torno dessa temática.

O PL nº 5358/2016, de autoria do então Deputado Eduardo Bolsonaro – PSC/SP, pretende redefinir o conceito de terrorismo, suprimir a excludente de

ilicitude referente aos movimentos sociais e reivindicatórios, e criminalizar a apologia ao comunismo.

> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, ou de fomento ao embate de classes sociais, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.
>
> [...]
>
> § 2º SUPRIMIDO
>
> [...]
>
> Art. 5º .....
>
> III – Fazer apologia a pessoas que praticaram atos terroristas a qualquer pretexto bem como a regimes comunistas. (BRASIL, 2016e).

O PLS nº 272/2016, de autoria do Senador Lasier Martins – PDT/RS, tem por objetivo disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo. Basicamente, a proposição recupera itens vetados pela então presidente Dilma Rousseff. Na ocasião, os vetos foram justificados pela intenção de afastar qualquer possibilidade de criminalização de manifestações ou protestos organizados pela sociedade civil. Contudo, de acordo com o entendimento do Senador, a ex-presidente mutilou a legislação, tornando-a inócua:

> Lamentavelmente, porém, a então presidente da República, de maneira equivocada e pouco informada a respeito do cenário internacional, vetou certos dispositivos que, em nosso entendimento, são fundamentais no tratamento do tema. É correto, aliás, afirmar que a então presidente mutilou a Lei Antiterrorismo e, assim, tornou-a, em aspectos fundamentais, inócua. Assim, o debate em relação ao terrorismo não pode ser considerado concluído (BRASIL, 2016d).

A definição assentada para o delito de terrorismo constante no PLS nº 272/2019 é:

> Art. 2º: O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, ou por outra motivação política, ideológica ou social, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública, a incolumidade pública ou a liberdade individual, ou para coagir governo, autoridade, concessionário ou permissionário do poder público a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, por motivação política, ideológica ou social. (BRASIL, 2016d).

Dentre as demais recuperações propostas, uma delas optou por reinserir como atos de terrorismo as condutas de: "incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado". Renovando assim, todo o debate acerca da criminalização dos movimentos sociais e reivindicatórios.

O PL nº 443/2019, de autoria do Deputado Gurgel – PSL/RJ, acrescenta o dispositivo que considera ato de terrorismo atentar contra a vida ou a integridade física dos agentes das Forças Armadas, dos agentes da Segurança Pública, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional. Durante o exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

A justificativa apresentada é que a proposta "objetiva preservar as vidas dos agentes de segurança pública bem como diminuir os ataques sofridos em razão da função ou cargo buscando a paz social e evitando a incolumidade pública zelando pela soberania do Estado brasileiro" (BRASIL, 2019).

Em suma, algumas outras proposições pretendem alterar a definição encontrada para o terrorismo, com a finalidade de inserir o caráter político e ideológico nas motivações dos atos de terror. A supressão da excludente de ilicitude para os movimentos sociais e reivindicatórios é algo bastante pautado, além da ampliação do escopo da Lei Antiterrorismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da Lei Antiterrorismo resultou de uma forte pressão internacional, especialmente, a exercida pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), para que a legislação brasileira combatesse de forma contundente o financiamento do terrorismo. Situação na qual, os parlamentares aproveitaram o momento para tratar de temas não diretamente relacionados às deficiências identificadas por aquele órgão.

Mesmo diante à ausência de atentados terroristas internacionais, criou-se uma noção de que em um cenário de maior risco, as medidas mais excepcionais serão toleradas. Nesse sentido, o Direito Penal brasileiro expandiu frente à necessidade de se combater eventualmente uma suposta ameaça terrorista. A antecipação da punição pelos atos preparatórios de terrorismo, bem como a generalidade e abstração de determinados dispositivos são reflexos desse raciocínio.

As consequências advindas do movimento expansionista repercutem na relativização de princípios e garantias penais, na desproporção das penas aplicadas, bem como possibilita ao aplicador do Direito, larga margem de interpretação. Muito se criticou o fato de que a maioria das condutas inseridas na Lei Antiterrorismo encontravam-se criminalizadas na legislação pátria, o que demonstra uma análise superficial do conjunto normativo já existente pelo legislador.

A priori, pretendiam-se inserir nos atos de terrorismo as condutas de "incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado". Contudo, verifica-se que se um patrimônio público é destruído, por exemplo, a conduta subsumiria-se no crime de dano qualificado. Constante no art. 163, parágrafo único do Código Penal, prevê a pena de detenção de 6 meses a 3 anos, em total discrepância com a pena de reclusão de 12 a 30 anos prevista pela Lei Antiterrorismo.

Conforme coaduna Suarez (2012), o terrorismo é um tipo de ação que vai contra as bases de sustentação da sociedade, minando e deteriorando os laços que as sustentam. Portanto, o seu combate deve partir de uma compreensão contextual e deve ser levado adiante respeitando-se as demandas envolvidas em cada cenário político. Inclusive, até para conceituar o terrorismo é exigido extrema cautela, em virtude que a própria definição guarda um estigma severo, podendo incorrer no erro de criar um inimigo inexistente.

Usualmente, confundem-se ações violentas, quaisquer que sejam, com ações terroristas. Vale ressaltar que o intuito do terrorismo é difundir o sentimento de terror generalizado, sendo assim, o delito praticado é apenas um instrumento que propicia alcançar um objetivo maior. Há de se fazer essa distinção, de preferência em atenção à pré-disposição do legislador em ampliar o conceito normativo para incorporar qualquer ato de violência de sua escolha à legislação antiterror.

Os debates com relação ao terrorismo no território nacional seguiram uma dinâmica peculiar, marcada, principalmente, pela falta de experiência prática nesse campo. Inicialmente, existia uma forte resistência em se normatizar o terrorismo, sobretudo em razão das marcas deixadas pela ditadura militar.

A nossa história democrática é recente, quando comparada com outras nações. Ainda estamos em processo de consolidações de direitos e garantias fundamentais. Verifica-se que a liberdade de expressão, associação e reunião são instrumentos de suma importância os quais possibilitam a sociedade reivindicar diversos outros direitos perante o Estado. Porém, essas são as garantias mais ameaçadas por legislações que combatem o terrorismo.

Diante das peculiaridades da realidade brasileira, mostrou-se necessário afastar o viés político da conceituação de terrorismo, mesmo que orientado em sentido oposto ao do entendimento internacional acerca do assunto, bem como inserir uma causa excludente de ilicitude. Tais providências foram tomadas em consequência dos reflexos da experiência histórica, de como a lei pode ser utilizada para reprimir e criminalizar os movimentos sociais.

Apesar de que, a salvaguarda em relação aos movimentos sociais e reivindicatórios não se demonstra suficiente para obstar uma instauração processual. Ela importa, pois é simbólica e diz muito sobre a intenção do legislador em se apontar o caminho a ser seguido pelo intérprete do Direito.

Noutro giro, a tendência atual é confrontar o entendimento da maioria àquela época. O que se tem posto são várias proposições visando ampliar o escopo de Lei Antiterrorismo. A simples retirada da causa excludente de ilicitude e a inserção do viés político na definição típica, pode significar o aval para a criminalização dos movimentos sociais e reivindicatórios.

REFERÊNCIAS

ABIN. Revista Brasileira de Inteligência. Brasília: Abin, v. 3, n. 4, set. 2007. Disponível em: http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2015/08/revista4.pdf. Acesso em: 4 mai. 2019.

ARAÚJO, Thiago de. Justiça absolve dois manifestantes presos em protesto contra a Copa do Mundo de 2014 em SP. HuffPost. Brasil, 26 jan. 2017. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2015/06/30/justica-absolve-dois-manifestantes-presos-em-protesto-contra-a-c_a_21685166/?utm_hp_ref=br-fabio-hideki-harano. Acesso em: 10 set. 2019.

BARBOSA, Rubens Antônio. Os Estados Unidos pós 11 de setembro de 2001: implicações para a ordem mundial e para o Brasil. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 45, n. 1, p. 72-91, Jun. 2002. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292002000100003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em:16 mai. 2019.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei antiterrorismo e o terror da insegurança jurídica. Canal Ciências Criminais, v. 2, p. 1-6, 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/lei-antiterrorismo-e-o-terror-da-inseguranca-juridica/. Acesso em: 24 ago. 2019.

BATISTA JR., João *et al*. Tiros, bombas e truculência. Veja. São Paulo, 14 jun. 2013. Disponível em: https://vejasp.abril.com.br/cidades/tiros-bombas-e-truculencia/. Acesso em: 8 jun. 2019.

BOARO, Guilherme. O Direito Penal na sociedade de risco. Canal Ciências Criminais, v. 1, p. 1, 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/o-direito-penal-na-sociedade-de-risco/. Acesso em: 24 ago. 2019.

BORGES, Rosa Maria Zaia. Democracia, Liberdade de expressão e Black Blocs. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 354-385, mar. 2017. DOI: http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.21203. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100354&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer de Plenário sobre o Substitutivo do Senado ao PL nº 2016/2015. Define crimes de terrorismo; trata de disposições investigatórias e processuais [...]. Brasília:

24 fev. 2016a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6D844F75EB0D2016084E87CF50EF5A55.proposicoesWebExterno2?codteor=1436040&filename=Tramitacao-PL+2016/2015. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer de Plenário sobre o PL nº 2016/2015. [...] conclui pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; e, no mérito, pela aprovação deste Projeto de Lei [...]. Brasília, 5 ago. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1367523&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+2016/2015. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Plenário. Redação Final do Projeto de Lei nº 2016-F de 2015. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista [...]. Brasília: 13 ago. 2015b. Disponível em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=08CAD974340B723F1E1A86B6AE5AA365.proposicoesWebExterno1?codteor=1373970&filename=Tramitacao-PL+2016/2015. Acesso em 7 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 231, de 2003. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos [...]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-convencao-1-pl.html. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 769, de 2005a. Aprova o texto da Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1999, e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001[...]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-769-30-junho-2005-537683-convencao-30356-pl.html. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 87, de 1998. Aprova o texto da Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-87-3-dezembro-1998-322272-convencao-1-pl.html. Acesso em: 8 mai. 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 890, de 2005b. Aprova o texto da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-890-1-setembro-2005-538342-convencao-33708-pl.html. Acesso em: 11 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999. Promulga a Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3018.htm. Acesso em: 8 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.976 de 18 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3976.htm. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.639 de 26 de dezembro de 2005c. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/Decreto/D5639.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.640 de 26 de dezembro de 2005d. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5640.htm. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016b. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 12 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 5 mai. 2019.

Brasil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 1 mai. 2019.

BRASIL. Mensagem nº 85, de 16 de março de 2016c. [...] decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 2.016, de 2015 (nº 101/15 no Senado Federal), que " Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de

organização terrorista [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-85.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Fazenda. Exposição de Motivos nº 125/2015. Submetemos à superior deliberação de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei que altera a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para dispor sobre organizações terroristas. Brasília: Ministro de Estado da Justiça e da Fazenda, 16 jun. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2015/125.htm. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Exposição de Motivos nº 289/2002. Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em 3 de junho de 2002. Brasília: Ministro de Estado das Relações Exteriores, 30 ago. 2002a. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-890-1-setembro-2005-538342-exposicaodemotivos-142114-pl.html. Acesso em: 8 mai. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Exposição de Motivos nº 313/2002. Submetemos à alta consideração de Vossa Excelência a anexa "Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo". Brasília: Ministro de Estado interino das Relações Exteriores, 19 set. 2002b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-769-30-junho-2005-537683-exposicaodemotivos-141985-pl.html. Acesso em: 6 mai. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei (2015d). Altera a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para dispor sobre organizações terroristas. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EC4E44698CAED3DDBE8C93C98B954C9B.proposicoesWeb2?codteor=1350712&filename=PL+2016/2015. Acesso em: 27 mai. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n° 272, de 2016d. Altera a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, a fim de disciplinar com mais precisão condutas consideradas como atos de terrorismo Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-

getter/documento?dm=4053697&ts=1567535503273&disposition=inline. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 728/2011a. Define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014 [...]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4392947&ts=1567534812330&disposition=inline. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1378/2015e. Insere dispositivos no Código Penal e no Código Penal Militar, para tipificar o crime de terrorismo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1328831&filename=PL+1378/2015. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 443, de 2019. Acrescenta o art. 2º-B e o inciso VI §1º ao art. 2º na lei 13.260 de março de 2016 (lei antiterrorismo) Atentar contra a vida ou a integridade física dos agentes descritos nos Arts 142 e 144 da Constituição Federal [...]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191116. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4674/2012. Dispõe sobre os crimes relacionados a atividades terroristas e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A98C53E0E2CFC827E665CF6B2E7E9981.proposicoesWebExterno1?codteor=1037024&filename=PL+4674/2012. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5358, de 2016e. Altera a redação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 e da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, para criminalizar a apologia ao comunismo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2085411. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Resolução nº 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/regimento-interno-dacamaradosdeputados/arquivos1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2062019.pdf. Acesso em: 27 mai. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e de Constituição, Justiça e Cidadania . Parecer de Plenário. [...] sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 101, de 2015, do(a) Presidente da República, que regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista[...]. Brasília: 20 out. 2015f. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3412473&disposition=inline. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Plenário. Redação Final do Projeto de Lei da Câmara nº 101, de 2015. Define crimes de terrorismo; trata de disposições investigatórias e processuais [...]. Brasília: 28 out. 2015g. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3412545&ts=1567531342654&disposition=inline. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Recurso Crime 1.473/SP. 1. Crimes políticos, para os fins do artigo 102, II, b, da Constituição Federal, são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado [...]. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Márcio Aparecido de Souza. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14217424. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Questão de Ordem na Prisão Preventiva Para Extradição. PPE 730 QO/DF. 1. Extraditando submetido a investigação penal pela suposta prática do "crime de terrorismo" [...]. Requerente: Governo do Peru. Extraditando: Segundo Panduro Sandoval. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866348. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Petição Avulsa na Extradição 1.085. 1. Questão de Ordem na Extradição nº 1.085: A decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, [...]. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de junho de 2011b. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001. Acesso em: 12 mai. 2019.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. 2014. Terrorismo: uma aproximação conceitual. Revista Derecho Penal y Criminología. V. 35, n. 98, p. 39-61, jun. 2014. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4152/4495. Acesso em: 25 set. 2019.

CAMARA, Lisa Belmiro *et al.* A Construção da Lei Antiterrorismo no Brasil pelo viés da Escola de Copenhague. CADN/XV, 12 mai. 2018. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/a_construcao_da_lei_antiterrorismo_no_brasil_pelo_vies_da_escola_de_copenhague.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

CANCELLA, Márcia Lúcia Ferreira. Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 - a colaboração premiada como meio de obtenção de prova para se desbaratar uma organização criminosa. Reflexões acerca da Operação Lava Jato. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 jan. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55104&seo=1. Acesso em: 4 jun. 2019.

CARDOSO, Rafhaella. Resistir ou aceitar o direito penal 'do risco'?. Canal Ciências Criminais, v. 1, p. 1, 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/resistir-ou-aceitar-o-direito-penal-do-risco/. Acesso em: 24 ago. 2019.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros; GOMES, Olívia Maria Cardoso. Lei Antiterrorismo no Brasil e seus reflexos no Estado Democrático de Direito. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, Brasília, 2016. p. 388. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/x7eG0d1rOWz9PuPg.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.

COSTA, Leon Denis da; JUNQUEIRA, Ivanilda Aparecida Andrade. As manifestações públicas de 2013, black blocs e a polícia militar de Goiás. Revista LEVS. Goiás, v. 22 n. 22, p. 19-41, 30 nov. 2018. DOI: https://doi.org/10.36311/1983-2192.2018.v22n22.02.p19. Disponível em:

http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/7962. Acesso em: 3 ago. 2019.

CRETELLA NETO, José. Terrorismo Internacional: inimigo sem rosto, combatente sem pátria, Campinas, Millennium, 2008. Item n. 9.3, p. 441-445.

ESTADÃO. Chegou a hora do basta. O Estado de S.Paulo. São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,chegou-a-hora-do-basta-imp-,1041814. Acesso em: 8 jun. 2019.

FRANCE, Guilherme de Jesus. As origens da Lei Antiterrorismo: os tortuosos caminhos da localização das normas internacionais de combate ao terrorismo no Brasil. 2017. Dissertação de Mestrado Acadêmico em História, Política e Bens Culturais. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O crime organizado na visão da Convenção de Palermo. 2a.. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. Jus Navigandi, fev. 2012. Disponível em: https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo. Acesso em: 30 set. 2019.

GUEDES, Maria Helena. As Jornadas!. Clube de Autores, Vitória – ES, 1ª ed. 2015, p. 190.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 13. ed. São Paulo: LTr, 2015. p.332.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017. p.153.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito?. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 83, p. 27-36, Mar. 2009. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002009000100003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 set. 2019.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 23, n. 53, p. 47-70, mar. 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1678-987315235304. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100047&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 6 jun. 2019.

LIMA, José Carlos. Manifesto do sequestro do embaixador americano em 1969, por Franklin Martins. Jornal GGN, 2 ago. 2016. Disponível em: https://jornalggn.com.br/historia/manifesto-do-sequestro-do-embaixador-americano-rio-1969-por-franklin-martins/. Acesso em: 6 mai. 2019

LUDD, Ned. (Org.) Urgência das ruas: Black Block, Reclaim The Streets e os dias de ação global. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2002.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A aplicação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 22, p. 129-146, 2008. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_convencao_interamericana_contra_terrorismo.pdf. Acesso em: 7 jun. 2019.

MELLO, Daniel. Mais de 100 pessoas detidas para averiguação em protesto contra o aumento da tarifa em SP. Agência Brasil. São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-13/mais-de-100-pessoas-detidas-para-averiguacao-em-protesto-contra-aumento-da-tarifa-em-sp. Acesso em: 8 jun. 2019.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. Soc. estado., Brasília, v. 26, n. 1, p.15-27, apr. 2011. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 set. 2019.

MONTEIRO, Paulo Cezar. Black Bloc: "Fazemos o que os outros não têm coragem de fazer". Revista Fórum. 20 ago. 2013. Disponível em: https://www.revistaforum.com.br/black-bloc-fazemos-o-que-os-outros-nao-tem-coragem-de-fazer/. Acesso em: 9 jun. 2019.

MORAES, Isaias Albertin; VIEIRA, Fernando. Antonio da Costa. As Jornadas de junho de 2013 no Brasil: anarquismo e tática Black Blocs. Revista de Ciências Sociais, v.7, nº 2, p. 165-198, jul./dez. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324363513_As_Jornadas_de_junho_de_2013_no_Brasil_anarquismo_e_tatica_Black_Blocs. Acesso em: 5 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. V. 1. 8. Ed. rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2014. p. 392.

OLIVEIRA, José Carlos. Black blocs são resultado de 'doença institucional' do Brasil, dizem especialistas. Portal de Notícias da Câmara dos Deputados. Brasília: 23 out. 2013. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/418840-black-blocs-sao-resultado-de-doenca-institucional-do-brasil-dizem-especialistas/. Acesso em: 10 jun. 2019.

PEREIRA, Jeferson Botelho *et al.* O terrorismo como a terceira velocidade do direito penal. Jus Navigandi, mar. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/65005/o-terrorismo-como-a-terceira-velocidade-do-direito-penal/3. Acesso em: 30 set. 2019.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 11ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008.

RUDZIT, Gunther. O debate teórico em segurança internacional, civitas – Rev. de Ciên. Soc., Porto Alegre, v. 5. n. 2, p. 297-323, jul./dez. 2005. DOI: http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2005.2.5. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/5. Acesso em 29 mai. 2019.

SANDRONI, Gabriela Araújo. A Convenção de Palermo e o Crime Organizado Transnacional. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

SCHERER-WARREN, Ilse. Manifestações de rua no Brasil 2013: encontros e desencontros na política. Cad. CRH, Salvador, v. 27, n. 71, p. 417-429, ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v27n71/a12v27n71. Acesso em: 8 jun. 2019.

SEIXAS, Eunice Castro. "Terrorismos": uma exploração conceitual. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 16, supl. p. 9-26, aug. 2008. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0104-

44782008000300002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782008000300002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 mai. 2019

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Características de um Direito Penal do Risco. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1816, 21 jun. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11390. Acesso em: 25 ago. 2019.

SILVA, Vânio Pacheco da; TEIXEIRA, Daniela Felix. Criminalização dos Movimentos Sociais: reflexões sobre suas consequências à democracia, à liberdade e ao livre exercício do direito. O Direito Alternativo, v. 3, p. 55-80, 2016. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/1988/1784. Acesso em: 13. Ago. 2019.

SINPOL-MS. Manifestações agradam a 84% dos brasileiros, diz pesquisa Ibope. Sinpol-MS. Mato Grosso do Sul, 8 ago. 2013. Disponível em: https://www.sinpolms.org.br/noticia/manifestacoes-agradam-a-84-dos-brasileiros-diz-pesquisa-ibope/. Acesso em: 8 jun. 2019.

SUAREZ, Marcial A. Garcia. Terrorismo e política internacional: uma aproximação à América do Sul. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 363-396, dec. 2012. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292012000200001.Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292012000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 mai. 2019.

SUGAHARA, Thiago Yoshiaki Lopes. Terrorismo e insegurança no mundo pós 11 de setembro. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2008.

VOLANIN, Leopoldo. Poder e mídia: a criminalização dos movimentos sociais no Brasil nas últimas trinta décadas. O professor PDE e os desafios da escola pública paranaense, v. 1, 2007. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/760-4.pdf. Acesso em: 9 jun. 2019.

Ciências
Criminais

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A CONSTITUIÇÃO: CRÍTICAS À PRÁXIS DO INSTITUTO

André Leonardo Rodrigues Alves

RESUMO

A colaboração premiada é um instituto da justiça negocial criminal, que visa diminuir a resistência do investigado/acusado, antecipando o reconhecimento de culpa e cooperando para que o inquérito policial ou processo judicial ganhe eficiência e celeridade na concretização de um dos resultados previstos na Lei 12.850/13. A justiça negocial criminal é um sistema de aplicação das leis penais que se alia à corrente de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*), de entusiasmo norte-americano. A Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) incorporou o instituto de justiça negocial na ordem jurídica brasileira. O instituto se espraiou de tal forma pelas legislações que aportou o conflito de normas. A utilização da colaboração premiada, como toda norma, deve estar coberta de legalidade e constitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 foi promulgada a partir de uma concepção de Estado Democrático de Direito. A cidadania e a dignidade da pessoa humana passam a ser fundamentos da República, ou seja, agora todas as regras e princípios estão sujeitos à observância da dignidade da pessoa humana. A previsão do princípio da legalidade da pena está estabelecida tanto na Constituição quanto no Código Penal. Esta garantia permite que tenhamos segurança jurídica, uma vez que não se terá pena nem aquém nem além do prevista em lei. Todavia, a colaboração premiada pode ser o caminho para aplicação de penas que não estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Legalidade. Pena. Dignidade. Estado Democrático de Direito

INTRODUÇÃO

O estímulo imposto a todo sistema jurídico com base nas ideias republicanas e democráticas é o ajuste entre os princípios do Estado Democrático de Direito. É inegável que o Direito Penal é forma de controle social que mantém o *status quo* da estrutura social do mundo moderno.

Mesmo que se deseje preterir a importância do Direito Penal, bastaria um exame mais concentrado sobre a lógica que alicerça as sociedades ocidentais, para depreender que os sistemas penais exercem a função central destas sociedades.

Advindo dessas premissas, o presente trabalho tem por objeto de análise a compatibilidade do instituto da colaboração premiada com sistema de direito penal e processual penal, sob a ótica constitucional brasileira, especialmente, em relação ao princípio da legalidade e anterioridade da pena. O tema é, por demais, controverso, sendo que, de um lado, temos a doutrina que aponta diversas anomalias na aplicação do instituto, e de outro, temos os membros do Ministério Público e Delegados de Polícia que afirmam ser o instituto que auxilia na eficiência ao combate ao crime organizado.

No primeiro momento, expor-se-á as diretivas da colaboração premiada, definindo conceitos, funcionamento, base jurídica, base teórica, objetivando sua compreensão. Assim, descrever-se-á o estado da arte da colaboração premiada no Brasil, realizando o levantamento doutrinário e o apresentando o entendimento jurisprudencial.

Em segundo momento, serão apresentados os limites legais e constitucionais da colaboração premiada no Brasil, considerando o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial de qualquer procedimento realizado por agentes estatais.

Por fim, apresentamos as diferenças conceituais, culturais e jurídicas do processo penal nos sistemas jurídicos da *common law* e *civil law*. Destacando, ainda, a assimetria do sistema penal brasileiro com princípio da igualdade, quando importados institutos da *common law* sem que seja realizado um estudo de adequação dos parâmetros constitucionais.

Então, entendemos que o problema do presente trabalho pode ser assim assentado: Quais os limites do instituto da colaboração premiada diante do Estado Democrático de Direito? Secundariamente e do mesmo modo, poderia se questionar se é possível aplicar o instituto da colaboração premiada sem violar premissas básicas do Estado Democrático de Direto, tais como direitos e garantias fundamentais, cidadania, igualdade e dignidade humana

1 AS DIRETIVAS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Na busca de concretizar o poder punitivo de forma mais célere e econômica, os Estados têm desenvolvido instrumentos para atingir tal objetivo. A justificação invocada é a assunção de que o Estado fracassou no combate à "criminalidade organizada", que se revela mais resultado da negligência dos governantes no decurso dos anos, do que verdadeiramente qualquer "organização" ou "sofisticação" operacional da delinquência massificada.[1]

A colaboração premiada é um desses mecanismos que, segundo Vasconcellos, expressa a justiça criminal negocial, uma vez que antecipa[2] o reconhecimento da

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa : Lei 12.850/2013. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00. Acesso 14 mar. 2019. p. 116

[2] O §5º do artigo 4º da Lei 12.850/13 traz a possibilidade do sentenciado colaborar, *in verbis*: "§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos."

culpa pelo indiciado ou réu, e diante disso, passa-se a colaborar com a persecução penal, geralmente incriminando coautores e revelando informação relevante para produção probatória, na busca de um tratamento mais leniente. [3]

Para Santos, os termos colaboração, cooperação e delação premiada são sinônimos, utilizados tanto no meio acadêmico quanto na jurisprudência.[4] Para o autor, tratar a delação premiada como colaboração premiada é utilizar de eufemismo para neutralizar a tacha de traiçoeira e desleal que usualmente lhe é atribuída.

Assim também é a posição de Bitencourt, que sustenta que a colaboração premiada é um termo atenuante com objetivo de ocultar a devida implicação antiética que o procedimento em análise carrega.[5] Por isso, o autor considera sinônimos colaboração premiada e colaboração processual e, ainda, a delação premiada, que se traduz na diminuição da pena (podendo receber o perdão judicial, em algumas hipóteses) para o delinquente confesso que revelar os coautores da atividade criminosa, concedida pelo juiz, sob a condição do cumprimento dos requisitos estabelecidos na lei.

Vladimir Aras conceitua a colaboração premiada como:

> instrumento de persecução penal destinado a facilitar a obtenção de provas do concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade de delitos graves, servindo também para localização do proveito ou do produto de crime ou para a preservação da integridade física de vítimas

[3] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 25

[4] SANTOS Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. Págs. 82 - 84

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa : Lei 12.850/2013. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00. Acesso 14 mar. 2019. Pág. 115

> de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais.[6]

Aras, ainda, assevera que colaboração premiada é o nome apropriado ao instituto, sendo gênero de quatro espécies, quais sejam:

> Delação Premiada – o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador.
>
> Colaboração para Libertação – o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém.
>
> colaboração para localização e recuperação de ativos – o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem.
>
> colaboração preventiva – na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

A lição de Mendroni constata que, apesar de a colaboração premiada sinalizar sua gênese no acordo de vontade entre as partes, não é rigorosamente um acordo, uma vez que se consolida com uma sentença de um juiz alheio a ele, ou seja, que não participa de sua policitação.[7]

O conceito legal retira-se do artigo 4º da Lei 12.850/13, Lei das organizações criminosas. Assim, a colaboração premiada consiste no acordo firmado entre as partes envolvidas no inquérito policial ou no processo penal, podendo resultar em perdão judicial, ou redução da pena privativa de liberdade em 2/3, ou ainda, substituí-la por restritiva de direitos, desde que da colaboração do indiciado ou acusado resulte em dos resultados previstos nos incisos do referido artigo, *in verbis:*

---

[6] ARAS, Vladimir. A Técnica de Colaboração Premiada. Disponível em https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/. Acesso em 07 de abr. de 2019

[7] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. 6. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008289/cfi/6/38!/4/2@0:0. p. 150

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
>
> III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
>
> IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
>
> V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Explorando a justiça negocial criminal é possível verificar que a colaboração premiada é mais um instituto deste modo de prestação jurisdicional, conquanto tenha ganhado relevo e difusão atualmente[8], observa-se que não é o único da justiça penal consensual. Em vista disso, tecer-se-á o quadro da justiça criminal negocial, sem a pretensão de alcançar o exaurimento em torno dos demais instrumentos afora à colaboração premiada.

A justiça negocial criminal é um regime de aplicação das leis penais que se alia à corrente de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*) de entusiasmo norte-americano[9]. Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

[8] Relevo e difusão crescente pela vultuosa utilização na operação "*Lava Jato*". A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiro (http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato. Acessado em 14/04/2019 às 15:06h).

[9] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 29

(CRFB), a justiça negocial criminal foi amplamente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio de várias legislações, desde o fim dos anos 1980 e início dos anos 1990[10].

O diploma que incorporou instrumento de negociação criminal no ordenamento nacional foi a Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) que no seu artigo 8º, parágrafo único, dispôs que: "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços". O mesmo diploma incluiu o §4º do artigo 159 do Código Penal: "Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".[11]

Em seguida, a Lei 9.034/1995 (Organizações Criminosas) tornou a regrar o instituto no seu artigo 6º: "Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria". A partir dessa redação, a doutrina debruçou-se sobre a necessidade ou não da espontaneidade do acusado para colaborar.[12] A Lei 12.850/13, no entanto, revogou expressamente essa previsão.

A expansão do instituto deu-se no ano de 1995 através da Lei 9.080. O referido diploma acresceu o §2º do artigo 25 da Lei 7.492/86, que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro, e, ainda, acresceu o parágrafo único ao artigo 16

[10] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 29

[11] O §4º do artigo 159 do CP foi alterado pela Lei 9.269/96, ficando a redação a seguir: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços"

[12] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 70

da Lei 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, econômica e relações de consumo), ambos com a mesma redação: "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços".

Logo depois, em 1998 foi promulgada a Lei 9.613 (Lei que combate à lavagem de dinheiro). Nela encetou-se o aumento dos benefícios ao colaborador tendo em vista a limitação à redução da reprimenda penal de um a dois terços dos outros dispositivos. Era a redação do §5º do artigo 1º do referido diploma:

> §5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Em 2012, a Lei 12.683/12 trouxe uma alteração ao §5º do artigo 1º da Lei 9.613/98, com o intuito de aumentar ainda mais as possibilidades de cabimento da colaboração espontânea.[13] A redação do §5º artigo 1º da Lei 9.613/98 passou a ser esta:

> §5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

[13] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 42

Em 1999, foi promulgada a Lei de proteção a vítimas e testemunhas. A Lei 9.807/99 trouxe dois dispositivos, de forma mais precisa, quanto ao mecanismo negocial. O artigo 13 prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial para o réu colaborador que for primário, que tenha prestado colaboração voluntária e efetiva com a investigação e o processo criminal, uma vez que tenha resultado em: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. No parágrafo único ainda estabelece condições de análise subjetiva para determinar o perdão judicial, quais sejam a personalidade do colaborador, e ainda, a natureza, circunstâncias, repercussão social e a gravidade do crime cometido.

O artigo 14 possibilitou ao colaborador, caso seja condenado, independente de ser primário ou reincidente, a redução de um a dois terços de sua pena na medida em que a sua colaboração for voluntária com a investigação ou processo criminal e resultar na "identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação".

Outro grande incremento para a propagação da colaboração premiada foi consolidado com o estabelecimento de medidas especiais de proteção e segurança do colaborador no artigo 15 da Lei 9.807/99, estando na prisão ou fora dela, considerando coação ou ameaça eventual ou efetiva.

Já no ano de 2002, foi promulgada a nova legislação de entorpecentes na Lei 10.409/02. O regramento veiculou o instrumento mais análogo ao escopo atual da

colaboração premiada, uma vez que passou a projetar a delação como um acordo entre as partes.[14] No artigo de 32, §2º previa que:

> §2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

No entanto, todo o diploma foi revogado pela Lei 11.343/06. A nova legislação instituiu, novamente, contornos antes materiais do que especificamente de um ajuste entre as partes da legislação anterior, uma vez que bastava o acusado atuar na identificação de coautores ou partícipes para receber a benesse da redução da pena. Nos termos do artigo:

> Art. 41 O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 12.850/13 (Lei da organização criminosa), incorporou-se um benefício no que tange à justiça negocial criminal que escapa aos benefícios do colaborador, porquanto, o legislador cuidou do procedimento a ser exercido para implementar a colaboração.[15]

Malgrado o procedimento observado na Lei 12.850/13 exponha carência e implicações, é também verdade que caracterizou um nítido progresso na busca de

[14] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 72

[15] BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa : Lei 12.850/2013. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00. Acesso 14 mar. 2019. p. 130

um regramento balizador, tornando-se energia para o êxito da justiça criminal negocial no processo penal nacional.[16]

Presente o vasto repertório expedido pelo legislador brasileiro, é válido observar as particularidades no intuito de ordenar o "carnavalesco tratamento"[17] que está sendo dado à colaboração premiada no sistema jurídico nacional. Assim, qual a legislação deve ser aplicada para cada caso quando houver conflitos de normas?

No julgamento do HC 97.509/MG, o STJ estabeleceu que a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) possui a qualidade de sistema geral de delação[18]: "O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício".[19]

A normativa inserida pela Lei 9.807/99, no sentido do direito material da colaboração premiada, estendeu o seu proveito na aplicação a qualquer espécie de delito, independente do tipo ou gravidade do crime.[20] Igualmente, entendeu o STJ no Julgamento do REsp 1.109.485 que "A Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e

[16] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 73

[17] CARVALHO, Natália O. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil_nodrm acesso no dia 19/04/2019. p. 105

[18] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 115

[19] STJ, HC 97.509/MG, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 15.06.2010

[20] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 74

Testemunhas), que trata da delação premiada, não traz qualquer restrição relativa à sua aplicação apenas a determinados delitos".[21]

Todavia, por subsistir outros diplomas no ordenamento, na hipótese do conflito aparente de normas, deverá ser aplicado o princípio da especialidade da norma, consoante majoritária voz da doutrina.[22]

No entanto, há ainda a discussão sobre qual regramento seria mais benéfico na comparação entre a Lei 9.807/99 e da Lei 12.850/13. Imagina-se, diante disso, que o caminho mais producente é o que ampara a observância do regramento mais benéfico concretamente ao acusado.[23]

2 OS LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 1988 e, segundo Barroso, em meio a uma euforia constituinte, que apesar de saudável e inevitável, foi responsável pela edição de uma Constituição mais que analítica, sendo ainda prolixa e corporativa. [24]

Nessa perspectiva, é bem verdade que diversos ramos do direito infraconstitucional (direito administrativo, civil, processual civil, trabalho, penal,

[21] STJ, REsp 1.109.485/df, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza Moura, j. 12.04.2012. Em julgado posterior à Lei 12.850/13, o STJ continua aplicando os dipositivos da Lei 9.807/99: STJ, AgRg no REsp 1.538.372/CE, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07.06.2016

[22] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 116

[23] VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 75

[24] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. Acesso 14 mar. 2019. p. 405

processual penal) tiveram particularidades tratadas dentro do corpo do texto da Constituição. Ou seja, há regras e princípios paradigmáticos para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Essas regras e princípios vinculam o comportamento do legislador infraconstitucional, assim como os Poderes Executivo e Judiciário, na elaboração, execução e aplicação das normas, devendo respeitar o conteúdo material expresso e implícito da Constituição.[25]

A colaboração premiada é instituto que carrega conteúdo tanto de direito material penal como de direito processual penal. No momento em que a atuação do colaborador auxilia na investigação, estamos diante de conteúdo de direito processual; em contrapartida, os benefícios que a lei oferece ao mesmo, carregam conteúdo de natureza de direito material.

Nesse sentido, Silva explica:

> Portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime).[26]

Assim, o instituto deve observar tanto os preceitos constitucionais de direito material quanto os de direito processual. Igualmente, entendeu o STF na ocasião do julgamento do HC 127.483: "Dito de outro modo, embora a colaboração premiada

[25] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. Acesso 14 mar. 2019. p. 406

[26] SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13, 2. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. p. 57

tenha repercussão no direito material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal".[27]

Sem embargos do que fora exposto, é, ainda, importante que se observe a colaboração premiada em face do nível de adequação com Estado Democrático de Direito. Na lição de Nina Ranieiri, o Estado Democrático de Direito se fundamenta na democracia, justiça social e na soberania popular, tendo como finalidade de garantir, promover e salvaguardar os direitos fundamentais, com a dignidade humana sendo o elemento fundante.[28]

Acrescenta, ainda, que:

> Conceito nuclear do regime político jurídico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nele, o "democrático" é a espinha dorsal que lhe dá sentido, direção e conteúdo normativo. Se imaginarmos o Estado brasileiro como uma circunferência, composta de três círculos concêntricos, teremos, no núcleo, a democracia; logo a seguir, no círculo intermediário, os princípios que asseguram a democracia: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que lhe são inerentes, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, o pluralismo político e a declaração da origem popular do poder; acompanham-nos o princípio republicano, a forma federativa e a separação de Poderes. No último círculo, estão as garantias jurídico-processuais relativas ao regime democrático e à vida política.[29]

[27] STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffolli, j. 27.08.2015. p. 24.

[28] RANIERI, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00. p. 332

[29] RANIERI, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00. p. 334

Vieira assevera que o fundamento da discussão em torno da colaboração premiada está na premissa basilar, qual seja: "o modelo de estruturação do Estado brasileiro embasado na proteção especial de um núcleo básico de direitos os quais foram chamados modernamente de direitos fundamentais".[30]

Geraldo Prado afirma que estes direitos fundamentais surgem em:

> tempo singular de convergência entre o pensamento jusnaturalista e a necessidade de positivação do direito, pressupondo um rol de interesses indisponíveis para a vida digna do ser humano, os quais, como o espírito em busca de um corpo, vagaram pela História até encontrarem os documentos escritos originados nos marcos revolucionários.[31]

A partir dessa conjuntura, e num processo de redemocratização, é que surge a Constituição Federal de 1988, positivando princípios e regras que têm como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no seu art. 1º, incisos II e III, respectivamente.

No juízo de Maria Garcia, dignidade da pessoa humana é considerada como "compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente."[32]

Fernandes ensina que a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º da Constituição Federal, foi alçada à condição de meta-princípio que funciona com paradigma de intepretação para os demais princípios constitucionais:

---

[30] VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. Entre os meios, fins e justificativas: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114

[31] PRADO. Geraldo. Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3. Edição, Rio de Janeiro, EDITORA LUMEN JURIS, 2005. p. 41

[32] GARCIA, Maria, Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 211

> Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.[33]

Bitencourt, considera a dignidade da pessoa humana como um bem não só superior aos demais, mas também imprescindível a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si.[34] Nessa perspectiva, considera, ainda, que a dignidade da pessoa humana adquiriu estatura de valor fundante de toda ordem normativa interna com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Logo, todas as regras e princípios, inseridos no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional do ornamento jurídico brasileiro, estão sujeitos à observância do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que "trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de direito, que deve iluminar a interpretação da lei ordinária."[35]

Em um universo de limites (regras e princípios) impostos pelo sistema jurídico penal brasileiro, incluídos na Constituição da República, no Código Penal e no Código de Processo Penal, delineamos alguns que, sobretudo, importam para o debate em torno da conformidade da colaboração premiada frente a esse sistema. São eles: princípio da legalidade e anterioridade da pena.

---

[33] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador. Juspodivm, 2017. p. 408

[34] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 25 ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/0!/4/2@100:0.00. p. 75

[35] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. p. 367

A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XXXIX e o Código Penal em seu artigo 1º estabelecem que não há crime nem pena sem previsão legal anterior à prática de qualquer ato. O que tem trazido desconformidade ao sistema jurídico penal é a possibilidade de, através da colaboração premiada, serem estabelecidas penas sem a previsão legislativa.

A pena, em sua formação axiológica, tem finalidades. Junqueira e Vanzolini classifica as finalidades da pena em prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção específica (positiva e negativa). [36]

A prevenção geral negativa tem como objetivo inibir a coletividade de praticar crimes, através da execução da pena daqueles que violaram a lei. A prevenção geral positiva utiliza a sanção penal para enviar a um cidadão racional a mensagem de que a lei está sendo cumprida. Na prevenção especial negativa o objetivo é inocuizar o transgressor da lei, separando o indivíduo da convivência social para eliminar o risco que ele causa aos concidadãos. Já na prevenção especial positiva, o objetivo é reintegrar o sujeito à convivência social.[37]

[36] JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal : parte geral. 4. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90. p. 520 – 526

[37] Quanto a prevenção especial positiva Junqueira e Vanzolini faz a seguinte abordagem: "Uma abordagem mais crítica, no entanto, afastará o uso da expressão reinserção social ou outros "res", uma vez que a maioria dos atingidos pelo sistema persecutório penal nunca fez parte da chamada "sociedade formal", ou seja, aquela que tem acesso aos serviços de saúde, educação e formação profissional necessários para uma vida digna e, assim, não compartilham dos mesmos valores sociais apregoados pelos detentores do poder e demais formadores de opinião. Não se pode, assim, reinserir na sociedade alguém que nunca esteve inserido ou "socializado". O objetivo da pena seria, enfim, não a ressocialização, mas, sim, a socialização; não a reinserção social, mas a inaugural inserção social. Vale lembrar que o art. 1o da LEP fala em integração social, e não em (re)integração social." JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal : parte geral. 4. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90. p. 524

As penas existentes no sistema jurídico penal brasileiro são aquelas previstas no artigo 32[38], e o regime de cumprimento deve ser estabelecidas nos termos do artigo 33[39], ambos do Código Penal (CP). O *quantum* da pena a ser aplicada ao caso concreto obedece ao sistema trifásico previsto no artigo 68 do mesmo Código.[40] Atendendo à máxima *nulla poena sine lege*, não há que se falar em pena fora desses parâmetros estabelecidos pela lei, pois estes são os previsto na República.

Assim, na hipótese de um agente praticar os crimes de peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, todos em concurso material, terá as penas aplicadas a cada um dos delitos, somadas para se chegar ao regime de cumprimento, conforme artigo 69 do Código Penal. Se, no entanto, houver adesão voluntária a um acordo de colaboração, nesse caso, poderão ser concedidos, conforme o artigo 4º da Lei 12.850/13, os seguintes benefícios: o perdão judicial, a redução em até 2/3 ou a

[38] Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

[39] Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
§ 1º - Considera-se:
a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.
§ 4o O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais

[40] Art. 68 do CP- A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

substituição por restritivas de direito, ou ainda, não ser denunciado pelo Ministério Público.

Esse é o limite legal dos benefícios possíveis ao colaborador, como entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão: "é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal". Desse modo, asseveram que é impossível oferecer benefícios ao colaborador fora do que está previsto na legislação, pois:

> em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei".[41]

Para Barroso, a ordem jurídica é um sistema, portanto deve estar resguardada a sua unidade e harmonia, sendo que a Constituição está incumbida pela unidade, enquanto a prevenção ou a solução dos conflitos está encarregada pela harmonia.[42]

Assim, violações a essas lógicas do sistema podem contribuir para o desarranjo jurídico social. Em análise a três acordos de colaboração premiada no âmbito da operação "Lava Jato", Bottino identificou desconformidades que violam o princípio da legalidade da pena.[43] Os acordos foram firmados entre Ministério

[41] LOPES JÚNIOR, Auri. Fundamentos do processo penal : introdução crítica. 4 ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/3!/4/4@0.00:67.6. p. 95 - 96

[42] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. p. 336

[43] BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na "OPERAÇÃO LAVA JATO" – V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu– Uruguai - disponível em https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf.

Público Federal e Paulo Roberto Costa[44], Alberto Youssef[45] e Pedro José Barusco Filho[46]. Cabe aqui, ressaltar os pontos mais relevantes para a análise em termos de violação ao princípio da legalidade da pena em cada um dos três acordos.

No acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, firmado em 27 de agosto de 2014, o que nos salta os olhos são as cláusula 5ª, I, "b" e "c", que preveem, respectivamente, "a fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto; e o cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto".

Invoca a nossa atenção, dentre os diversos benefícios concedidos no acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público e Alberto Youssef em 24 de setembro de 2014, a cláusula 5ª, III, V "Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais".

[44] Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94. 2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf. Acesso 21 abr. 2019

[45] Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212- 82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707- 53.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçãoyoussef.pdf. Acesso em 21/04/2019

[46] Acordo firmado no âmbito do inquérito policial nº 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf. Acesso 21 abr. 2019

E, finalmente, provoca reflexão o acordo de colaboração premiada assinada entre o Ministério Público e Pedro José Barusco Filho, em 19 de novembro de 2014, a cláusula 5ª I, II, III e IV: "O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em regime aberto diferenciado (sic) pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos".

As cláusulas listadas acima escapam aos limites impostos pela Lei 12.850/13 e a liberdade com que tais acordos de colaboração premiada foram firmados, não encontram abrigo no sistema jurídico penal[47].

Para atuação dos cidadãos, é certa a aplicação do princípio liberal da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei. Gilmar Mendes acentua que "a lei é o instrumento da liberdade". Contudo, para atuação do agente estatal, deve ser observado o princípio da legalidade estrita, prevista no art. 37 da Constituição Federal, em que "só é permitido fazer o que está autorizado pela lei"[48]. Assim, não está o agente público livre para agir sem uma autorização legislativa.

Na mesma esteira, é o ensino de Meireles com o seguinte preceito: "As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos

[47] BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na "OPERAÇÃO LAVA JATO" – V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu– Uruguai - disponível em https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf.

[48] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional, 12 ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/cfi/141!/4/2@100:0.00. p. 887

agentes públicos"[49]. Isso reafirma a necessidade de o agente público agir somente em conformidade com a previsão legal.

Se ao Ministério Público é incumbida a defesa da ordem jurídica, nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988, uma atuação distinta da prescrita na lei, como os acordos acima referidos, revela uma "inconstitucionalidade por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição"[50].

Importante entendimento proferiu o Ministro Ricardo Lewandowski na decisão que devolveu ao Procurador Geral da República o acordo de colaboração premiada veiculada na PET 7265/DF[51]. Na referida decisão, o Ministro observou a ilicitude das partes, Ministério Público ou Delegado de Polícia e investigado/acusado, ao fixarem de forma antecipada pena privativa de liberdade ou perdão judicial, em evidente substituição do Poder Judiciário.

Asseverou, também, sobre a exclusividade da competência da jurisdição ao Poder Judiciário, pujante na Constituição Federal, e, ainda, a certeza de que somente por sentença penal condenatória, exarada por juiz competente, é que se pode fixar a pena privativa de liberdade ou o perdão judicial a qualquer pessoa que esteja sujeita a essa jurisdição.

Barroso afirma que "o Direito Contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da

[49] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. ed. 42. São Paulo : Malheiros, 2016. p. 93

[50] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. p. 424.

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. *Petição 7.265/DF*. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasílis, 14 de novembro de 2017. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf. Acesso 02 fev. 2019.

supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica."[52]

Portanto, é necessário que os órgãos e agentes estatais se inclinem ao atendimento do que está previsto nas leis e na Constituição Federal. Do contrário, estaremos diante da violação do Estado Democrático de Direito.

3 DIAGNÓSTICO E PROGNÓSTICO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

Em outro momento, já expusemos que a colaboração premiada tem origem no sistema jurídico da *common law*, mais precisamente no direito norte-americano. Langer afirma que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e com mais ímpeto após o fim da Guerra Fria, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América (EUA) foi o que exerceu maior influência sobre os demais sistemas jurídicos. Essa influência passou por diversos ramos do direito, desde o modelo da separação dos poderes, passando pelas disciplinas de direito constitucional, civil, empresarial, imobiliário, econômico, penal, valorização da profissão do advogado privado, educação jurídica, reforma do judiciário, até a revisão de decisão judicial.[53]

[52] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. p. 424. p. 113

[53] LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41 . Acesso em: 04 mar. 2019. pp. 21-22.

Os cenários do processo penal nos sistemas de jurisdição da *common law* e da *civil law* guardam profundas diferenças entre si, que devem ser respeitadas para evitar o afastamento do tipo ideal de cada sistema.[54]

Para Garapon, o processo não ocupa o mesmo posto na cultura jurídica da *common law* e da *civil law*. A persuasão disso vem da percepção da força iniciativa do processo em cada sistema. Em segundo plano, cada procedimento apresenta uma energia inicial que ajusta o processo e estabelece as fases processuais. Na *civil law*, o impulsor é o Poder Público, ao mesmo tempo em que a ação de uma parte, ou seja, do indivíduo, é o motor de partida na *common law.*[55]

Nesse sentido, o processo penal americano gera um ambiente de negociação entre as partes, possibilitando ao cidadão, dotado de capacidade, utilizar o seu direito subjetivo, tanto direitos materiais quanto processuais, a lançar mão da análise econômica, às margens do direito, para determinar qual a melhor escolha lhe é possível dentre as apresentadas no início da audiência pública.

Assim também apontam Lima e Mouzinho: "nos EUA o processo é um direito constitucional do acusado, que pode desistir dele, se assim achar vantajoso,

[54] Langer com base na clássica descrição da metodologia de Max Weber elucida que "o uso de tipos-ideais identifica diferenças relevantes entre os sistemas adversarial e inquisitorial e uma mudança concreta no processo penal de um sistema não leva necessariamente à mudança ou ao abandono do modelo. Ao invés disso, esta abordagem apenas rotula o sistema como mais próximo ou mais afastado do tipo-ideal. Além disso, a abordagem do tipo-ideal também pode ser profícua ao se analisar processos penais híbridos, como os tribunais penais internacionais, identificando as características que correspondem a cada tipo."

[55] GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/23532978/garapon-e-papapoulos-julgar-nos-eua-e-na-franca. Acesso em 21 mar. 2019. p. 49.

economizando tempo e recursos de ambas as partes, defesa e acusação."[56] Afirmam, ainda, que é possível a defesa negociar, reivindicando um processo, e a acusação espera que o acusado mude de postura, deixando a resistência e assumindo a culpa, proporcionando uma alteração na tipificação penal que resulta na diminuição da pena.

Aqui, na jurisdição brasileira, processo penal é, em regra, uma iniciativa do Poder Público previsto no art. 129 da Constituição Federal de 1988: "são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"; e também do art. 100, §1º do Código Penal, "a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.", e ainda, do art. 24 do Código do Processo Penal, que reza: "Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."

Dos artigos referidos acima, extraem-se algumas regras (princípios) que são guias do processo penal brasileiro. Para Lopes Jr, a ação penal pública incondicionada é um ofício obrigatório do seu titular, o Ministério Público, e entende a regra da obrigatoriedade assim:

> A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato

[56] LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Vol.9 – no 3 – set-dez 2016. p. 515.

> aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa). A legitimidade é inequívoca diante da titularidade constitucional para o exercício da ação penal nos delitos de iniciativa persecutória pública.[57]

Ao contrário do sistema jurídico da *common law*, o processo penal brasileiro é uma garantia ao indivíduo, e ainda, é o caminho da legitimidade da punição estatal, consagrado no art. 5º, LIV da Constituição federal, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", ou seja, mesmo que preenchida as condições do *fummus commissi delicti*, punibilidade concreta e justa causa, somente poderá o poder estatal atuar nos bens e/ou na liberdade do indivíduo se houver o devido processo legal.

A *common law* dos Estados Unidos da América está inserida um utilitarismo tamanho que nenhuma concepção teórica abstrata aperfeiçoada, que não produza um resultado prático imediato, vai se coadunar com ele.[58] Resultado disso é a discricionariedade atribuída aos promotores que submetem-se a razões políticas e utilitaristas. Além disso, segundo Musso, no referido país, "procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no meio social, exatamente por isso, é a que interessa combater."[59] Todavia, a autora, constata que uma discricionariedade demasiada dos promotores, motivada frequentemente por objetivos políticos em vez de critérios

[57] LOPES JÚNIOR, Auri. Direito processual penal. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso 21 mar. 2019. p. 201

[58] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33

[59] MUSSO, Rosanna Gambini. II Processo Penale Statunitense, 2001, pp 32-35 apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33.

técnicos, com efeito, ofende a segurança jurídica, não raro pessoas em equivalentes circunstâncias jurídico-penal culminam em receber um tratamento desigual.

Nesse sentido, Langer, acentuando a distinção do processo penal na *common law* e na *civil law* destaca que até o sentido da palavra promotor pode variar no contexto do processo penal dos sistemas jurídicos. Na *common law* americana, promotor significa "uma parte em uma disputa com interesses em jogo no resultado do processo", enquanto na *civil law* o promotor é um servidor público imparcial do Estado, cujo papel é investigar a verdade.[60]

No Brasil, o interesse público visa à observância da ordem pública para que os direitos e garantias individuais sejam protegidos. O Ministério Público é órgão independente, autônomo e essencial para o alcance dessa ordem. Nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Desse modo, o princípio da igualdade previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal é luz para os atores do da justiça brasileira. A sua observância é essencial para evitar a violação da segurança jurídica, em que indivíduos, em situações idênticas, tenham tratamento distintos pela justiça.

Logo, o transplante de institutos de um sistema jurídico ao outro, os quais guardam profundas diferenças, não devem ser realizadas sem as devidas reflexões em

[60] LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41. Acesso em: 04 mar. 2019. p. 34

torno da adequação cultural e jurídica, a fim de evitar crises entre a atividade da política criminal e o esforço para assegurar os pilares garantistas do sistema democrático constitucional.[61]

Faria aponta que

> "A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições."[62]

Portanto, importar institutos de outros sistemas jurídicos pode gerar paradoxos, cindindo o processo penal constitucional, rompendo com a cultura social e jurídica brasileira, uma vez que a política criminal se contrapõe a direitos e garantias constitucionais.

Assim, não se deve arriscar a realização de transplantes de institutos de um sistema jurídico para outro, sem a devida reflexão sobre a sua adequação e conformidade, no interesse de resguardar crises sociais, culturais e jurídicas.

CONCLUSÃO

O direito, como meio de controle social, sempre encontra dificuldade de acompanhar os avanços que a sociedade propõe. O sistema jurídico penal brasileiro está diante de questões que a todo momento reivindicam respostas. A sofisticação das organizações criminosas, a dificuldade do seu desmantelo e o compromisso

[61] VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. Entre os meios, fins e justificativas: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114

[62] FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 41.

assumido diante da comunidade internacional[63], levaram o Brasil a adotar o instituto da colaboração premiada como meio para facilitar a repreensão e o combate a tais atividades delituosas.

No entanto, para a aplicação de qualquer instituto jurídico no ordenamento jurídico nacional, há de se guardar conformidade paradigmática com a Constituição Federal de 1988. A oferta de vantagens em acordos de colaboração premiada fora dos parâmetros estabelecidos na legislação altera o equilíbrio do sistema penal constitucional, e ainda, diante de uma análise econômica do acordo, pode determinar afirmações viciadas e exageradas.

Com vistas a efetivar tal supremacia, a atuação de membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Delegados de Polícia e demais agentes públicos, deve guardar os preceitos constitucionais. Assim, não é papel do Ministério Público negociar benefícios ou determinar penas que não estejam previstas em diplomas legais.

O objetivo do Estado Democrático de Direito é a igualdade. Com previsão no art. 5º da Constituição Federal, o direito fundamental da igualdade é violado na medida em que acordos de colaboração premiada são firmados e homologados em termos que se afastam da previsão legal. Isso ocorre, uma vez que o conteúdo previsto no referido artigo garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, se a lei não está sendo cumprida em face de alguns cidadãos, é nítida a violação do mencionado direito.

Assim, somente se garantida a igualdade a todos os cidadãos, por ocasião da aplicação do instituto da colaboração premiada, é que esta poderá ser compatível

[63] O Brasil ratificou a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida sob os decretos, respectivamente, Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004 e Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

com o Estado Democrático de Direito, isto é, para que esteja garantida a igualdade, não se pode, no acordo de colaboração premiada, oferecer a um colaborador benefícios não previstos na legislação.

Nesse cenário, uma vez que os representantes estatais deixem de observar o conteúdo legal na sua atuação, a segurança jurídica fica exposta. Portanto, é importante que o Poder Judiciário, Ministério Público e demais agentes estatais retomem a observância dos direitos e garantias constitucionais, quando da análise do pedido de homologação de colaboração premiada, para que haja segurança jurídica.

É possível que se aplique o instituto da colaboração premiada, sem violar as premissas do Estado Democrático de Direito, desde que tal aplicação observe os princípios que fundamentam o sistema garantista, tais como: princípio da legalidade e anterioridade das penas.

Todavia, é necessário que a importação de institutos de sistemas jurídicos alienígenas guarde compatibilidade com a cultura social e o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com a Constituição Federal de 1988.

De outro modo, estar-se-á apenas somando forças à seletividade do sistema penal brasileiro, o qual proporciona uma legítima e entranhada tormenta à devida observância dos direitos e garantias constitucionais a uma parte segregada e habitualmente escolhida para o sistema penal.

Tal seletividade é causa da desigualdade que tanto atormenta a sociedade brasileira, e, por isso deve ser afastada, ao máximo, das relações sociais e jurídicas, objetivando que atividade de política criminal preserve o empenho para garantir o cajado das garantistas do sistema democrático constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2. Acesso 14 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa : Lei 12.850/2013. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00. Acesso 14 mar. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral. 25 ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em 30 mar. 2019.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na "OPERAÇÃO LAVA JATO" – V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu– Uruguai - disponível em https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf . acesso em 23 fev. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso 13 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.080, de 10 de julho de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9080.htm. Acesso 13 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 13 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm. Acesso 13 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso 13 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso 13 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 97.509/MG*. Quinta Turma. Paciente: Deni Antônio dos Santos. Impetrante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 18 de dezembro de 2007. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+97.509&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.109.485/DF*. Sexta Turma. Recorrentes: Cristiano Campos da Cunha Mendonça e Ângelo Leonardo de Souza. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 27 de janeiro de 2009. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.109.485&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 127.483/PR*. Plenário. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. *Petição 7.265/DF*. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasílis, 14 de

novembro de 2017. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf. Acesso 02 fev. 2019.

CANOTILHO, José Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. ed. 2. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso 19 abr. 2019

CARVALHO, Natália O. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. Disponível em https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil_nodrm. Acesso 19 abr. 2019.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo, Malheiros, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador. Juspodivm, 2017. Disponível em https://docero.com.br/doc/v151e. Acesso 12 mai. 2019.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Disponível em https://www.passeidireto.com/arquivo/23532978/garapon-e-papapoulos-julgar-nos-eua-e-na-franca. Acesso em 21 mar. 2019.

GARCIA, Maria, Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal : parte geral. 4. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90. Acesso 14 abr. 2019.

LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180.

Disponível em: http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41. Acesso em: 04 mar. 2019. doi: https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Vol.9 – no 3 – set-dez 2016 – pp. 505-529

LOPES JÚNIOR, Auri. Fundamentos do processo penal : introdução crítica. 4 ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/3!/4/4@0.00:67.6. Acesso 21 mar. 2019.

LOPES JÚNIOR, Auri. Direito processual penal. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso 21 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. ed. 42. São Paulo : Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. ed. 12. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/cfi/141!/4/2@100:0.00. Acesso 14 abr. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. ed. 6. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008289/cfi/6/38!/4/2@0:0. Acesso 17 de mar. 2019.

PRADO. Geraldo. Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3ª Edição, Rio de Janeiro, EDITORA LUMEN JURIS, 2005.

RANIERI, Nina. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em 14 abr. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SILVA, Eduardo Araujo da. Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13, 2. ed. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso 14 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. Entre os meios, fins e justificativas: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114.

JUSTA CAUSA PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137 DE 1990)

Caio Silva Nava

RESUMO

O presente trabalho tem como pretensão analisar primeiramente as condições da ação no processo penal que são possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade da parte e, principalmente, a justa causa, que é específica dessa área do direito nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90 que tem suas especialidades, principalmente em relação ao seu processo administrativo anterior e à aplicação da Súmula Vinculante nº 24 que determina um momento para ser possível discutir a existência de um crime, justamente por até esse ponto não preencher as condições da ação, o que é exposto a seguir é uma busca de fundamentos que são extraídos desse processo administrativo tributário assim como o inquérito policial nos demais crimes. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica concomitantemente com a análise de decisões reiteradas dos tribunais superiores. O que foi concluído é que as condições da ação nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137 de 1990 podem ser extraídas do próprio processo administrativo sendo o instrumento alheio à esfera penal como instrumento para buscar a prova da materialidade e indício de autoria.

Palavras-Chave: Condições da ação. Justa causa. Crimes tributários. Procedimento administrativo. Súmula vinculante nº 24. Lei nº 8.137/1990. Direito Penal. Direito tributário.

INTRODUÇÃO

O direito penal tem como função proteger os bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento pacífico da sociedade. Não podemos negar o seu caráter subsidiário, sem o qual teríamos uma arbitrariedade do poder punitivo estatal fora de controle. Por esse motivo o direito penal age somente com a ofensividade de um

bem jurídico importantíssimo para a ordem da sociedade e onde as outras esferas do direito não tenham conseguido impedir ou minimizar a ação violadora, isso tudo em decorrência do princípio da ofensividade e da *ultima ratio* do direito penal.

Por óbvio, como em qualquer estado de nosso mundo, é necessária arrecadação de receita para que seja possível a manutenção das entidades estatais que atuam em prol da sociedade. Essa arrecadação se dá, conforme previsto na constituição, através de tributos e por esse motivo a ordem tributária tem bastante importância na ordem social existente, e essa reponsabilidade tributária é imposta para todos.

Dessa maneira a conduta que visa se desobrigar desse ônus de caráter geral acaba violando essa ordem tributária, que nada mais é do que um bem jurídico relevante, e sua ofensa pode fazer necessária a atuação do direito penal para proteger ou reparar esse bem, mas não de uma forma imediata, pois a matéria tributária tem seus próprios meios administrativos independentes da esfera penal, nesse sentido uma esfera não pode interferir na outra.

Mas quando os meios administrativos tributários falham na proteção da ordem tributária? Sendo um bem jurídico de grande relevância deve ter sua proteção ou reparação garantida para a manutenção da ordem, de tal modo deverá o direito penal agir nessa situação, utilizando de seus meios para buscar a punição do agente que comete o delito para evitar o pagamento de tributos.

Com a motivação de punir agentes que cometem esses tipos de crimes, o legislativo atuou na criação da Lei penal especial nº 8.137 de 1990 que trata especificamente dos crimes tributários e suas penas, permitindo a intervenção da

esfera criminal no que, inicialmente, constituía matéria a ser discutida nos limites da esfera tributária.

Apesar de o direito penal, por meio da Lei nº 8.137 de 1990, abrir as portas para se recorrer a esfera penal quando a fazenda pública encontra irregularidade tributária com o dolo de lesar a administração púbica em proveito próprio e após esgotar todos os seus meios legais, não poderá de forma imediata se iniciar uma ação penal, pois quando falamos de provocar o judiciário na esfera penal estamos falando de um ônus enorme para aquele que é acusado, pois além de comprometer sua honra em frente à sociedade, poderá, também, atingir sua liberdade.

Por esse motivo a o processo penal não pode ser iniciado por ações infundadas ou baseadas em suposições do órgão acusador, deve seguir alguns requisitos para que seja no mínimo recebida, conforme o artigo 395 do Código de Processo Penal. Esses requisitos normalmente serão colhidos pelo trabalho comum da polícia, apesar de não ser obrigatório.

Os crimes tributários também não estão isentos de preencher esses requisitos, sendo necessários para que se inicie a ação penal a fim de apurar a ação delituosa. Ocorre que os crimes da Lei nº 8.137 de 1990 têm suas peculiaridades que devem ser respeitadas que são muito discutidas na doutrina e jurisprudência desde a promulgação da lei.

O presente trabalho a seguir analisará os principais requisitos para a ação penal, conhecidos como condições da ação, em especial a exclusiva do processo penal, a "justa causa". Analisar-se-á, também, como é possível extrair os requisitos do que até então constituía somente um procedimento administrativo tributário, mas que em seus atos ordinários podem ser aproveitados no processo penal

1 JUSTA CAUSA NA AÇÃO PENAL

1.1 Condições da ação

O direito de ação que está presente em nosso ordenamento é, antes de mais nada, uma segurança jurídica que, havendo lesão ou ameaça de lesão, é garantido a possibilidade de se recorrer ao judiciário, conforme prevê nossa própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV[1].

O que ocorre ao recorrer ao judiciário para assegurar a integridade desse direito material é o processo, é através dele que se alcança o objeto pretendido, além de ser outra segurança prevista na Constituição Federal, a do "devido processo legal" (artigo 5º, Inciso LIV, Constituição Federal[2]).

É próprio do processo sua onerosidade tanto financeira, como temporal, o que fez o direito, principalmente o direito moderno, ter como um grande princípio norteador a economia processual, evitando assim o encaminhamento inútil de processos, coloca assim o legislador a exigência de alguns pressupostos, tanto de existência, como de validade.

Como entende Afrânio Silva Jardim[3], as condições da ação são requisitos dos atos processuais e não se confundem com as espécies de pressupostos processuais, estes que se de dividem em duas espécies, os de existência, que permitem alcançar o mundo jurídico e podem ser divididos em subjetivos (juiz e órgão investido de

[1] Art.5º, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de março de 2019.

[2] Art.5º, LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de março de 2019.

[3] JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

jurisdição) e os objetivos que abordam a coisa julgada, a litispendência entre outras causas, a segunda espécie, conhecida como os pressupostos de validade, maioria da doutrina entende por não existir no processo, como os juristas Afrânio Silva Jardim e Ada Pellegrini Grinover, pelo entendimento que após preenchidos os pressupostos de existência, deve ser tratada apenas a eficácia de cada ato processual realizado.

José Frederico Marques também discorda que as condições sejam espécies de pressupostos processuais, uma vez que constituem apenas requisitos formais para que o juiz aprecie o mérito, sendo que essa análise de condições deve ser feita após a verificação dos pressupostos processuais em conformidade com o tratamento da teoria geral do processo.

Compete ao legislador na criação de leis, disciplinar o exercício do *jus actionis* para evitar possíveis abusos do acusador, além de evitar a perda de tempo e uma prestação de serviço sem qualquer utilidade material[4].

Por outro lado, e é importante frisar isso, Mougenot explica que o desenvolvimento da ação é subordinado à algumas condições, mas estas não são relacionadas a seu exercício ou ao direito de ação propriamente dito, mas o seu movimento até alcançar o seu final, independente de ser procedente ou não o pedido, será declarada a carência da ação[5].

Se não preenchidas as condições da ação o direito material requerido fica prejudicado de ser analisado pelo magistrado. Não se fala em limitação do acesso à justiça, mas em segurança no processo de duração razoável e menos ônus à burocracia estatal por ações que não levariam a lugar algum.

[4] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.
[5] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

Assim, essas condições de admissibilidade do julgamento da lide tratam de questões alheias ao mérito, apesar de que alguns elementos para sua avaliação são extraídos do que, em tese seriam avaliadas pelo juiz no mérito (como no caso da justa causa que será observada à frente) as condições serão avaliadas apenas superficialmente para ver se é possível alcançar um resultado útil da demanda.

Não se trata de um julgamento de mérito, mas apenas confere-se que tal demanda tem potencial de alcançar um resultado útil, por esse motivo falta ocorrente em uma ação não faz coisa julgada material, apenas formal[6]. É possível entender que além do pedido de direito material, que se trata do mérito da demanda, há também um pedido de avaliação da ausência de causas prejudiciais, das quais as condições da ação fazem parte.

Essas condições não se confundem com as objetivas da punibilidade, que estão relacionadas à esfera fora da tipicidade, não importando se o fato se adequa à teoria tripartida que compõe o crime.

Com relação à avaliação, para que se comprove que estão cumpridas as condições, há duas possibilidades: a primeira é analisar ao decorrer do processo se tais condições se cumprem e, na segunda hipótese, também chamada de teoria da apresentação, é analisada as condições da ação apenas pelo pedido do autor sendo uma análise abstrata da pretensão, parece ser a mais adequada a segunda hipótese se valendo apenas daquilo que é apresentado, deixando o decorrer processual analisar o fato completo.

A falta de condições da ação de acordo com o artigo 395, inciso II do Código de Processo Penal vai causar a rejeição preliminar da denúncia, ou seja, não se chega

[6] GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, V. 15.

nem a analisar o mérito da causa, justamente pela ausência dessa condição para que o processo se desenvolva até alcançar a coisa julgada material.

Com relação às classificações das condições da ação, é interessante a separação que a maioria da doutrina faz é a separação em condições da ação genéricas e condições da ação específicas[7]. As primeiras são as tradicionais relacionadas a todos as espécies de processos, sendo a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte e interesse de agir.

As condições específicas são bem inerentes ao processo penal, são exigidas em alguns casos, sendo mais amplas do que as tradicionais citadas, também conhecidas como condições de procedibilidade, por exemplo, a representação do ofendido nos crimes de ação penal pública condicionada à representação[8].

É a própria lei que determina a necessidade de inclusão de uma condição específica, ausente texto legal exigindo-a entende-se como sendo necessário apenas as condições genéricas, essas necessárias em toda ação[9].

1.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

Para falar de cada uma das condições da ação é necessário que se entenda que a conceituação delas é um campo de grandes debates, até porque a lei é bem omissa em suas definições com relação aos requisitos pre-processuais.

A possibilidade jurídica do pedido no direito processual civil foi bem apresentada por Liebman. Para o autor, se entendia como a situação em que a

[7] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *et al.* Justa causa penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.
[9] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

existência do provimento jurídico necessário, que não esteja expressamente vedado pelo ordenamento.

Obviamente que no âmbito penal o conceito de possibilidade jurídica vai ser moldado de forma diferente de outras esferas do direito, apesar das discussões a respeito da possibilidade jurídica no processo penal, incluindo o pensamento de Ada Pellegrini Grinover[10], que entende como a justa causa a plausividade da acusação, como será falado mais à frente. De tal maneira, é mais forte na doutrina o posicionamento da possibilidade jurídica do pedido como a exordial com fundamento em um fato típico e antijurídico[11].

Existe também o posicionamento de José Frederico Marques que faz um comparativo com a possibilidade da rejeição da inicial quando o fato não constitui crime, previsto no artigo 43, inciso I do Código Penal, assim como a necessidade de estar a pretensão estar vinculada com um direito material resguardado em lei, no caso do processo penal seria o direito do estado de punir, percebe-se que é possível comparar bastante com a condição da justa causa, quando afirma que a possibilidade jurídica do pedido é tratada como um *fumos boni iuris*, bem parecido com a exigência de ações cautelares civis[12].

Podemos entender assim como o fato que consta na denúncia do Ministério Público tem perfeita similaridade com o tipo penal descrito na norma, incluindo seu resultado se assim o exigir, o sentido disso é justamente que não existe maneira de se

[10]GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, V. 15.

[11]Aqui também existe bastante discussão sobre quais os elementos do conceito analítico de crime são analisados para existir a possibilidade jurídica do pedido, como Mougenot que entende ser necessário que do pedido se encontre indícios de um fato típico ilícito e culpável, já Carreira Alvim apresenta a necessidade de análise somente da tipicidade e antijuricidade. Mas maioria da doutrina que segue o entendimento da possibilidade jurídica como o fato narrado constituir crime se vale do preenchimento aparente dos três elementos da teoria tripartida.

[12]MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium, 2003.

concluir o processo em uma condenação se um fato não é sequer crime, só pode existir uma pena se houver um crime, então o fato deve ser típico para existir essa condição a ação, isso também reflete no Supremo Tribunal Federal também adota esse entendimento, afirmando que a denúncia só poderá ser rejeitada conforme o artigo 395 do Código de Processo Penal se for caso de fato atípico sem a necessidade de produção de prova:

> EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 1º, inciso I, do DL nº 201/67. Artigo 41 do CPP. Indícios de autoria e materialidade delitiva. Conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo penal imputado ao denunciado. Presença de justa causa. Recebimento da denúncia. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra o denunciado, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo no caso qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. A denúncia somente pode ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico, certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova (grifo nosso), eis que o juízo acerca da correspondência do fato à norma jurídica é de cognição imediata, incidente, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como se dá na peça acusatória. 3. As imputações feitas ao denunciado na denúncia, foram de, na condição de prefeito municipal, haver desviado, em proveito alheio, valores do erário municipal. 4. Encontram-se preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, havendo justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no inciso I do art. 1º do DL nº 201/67. 5. Denúncia recebida. (Inq 3537, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 03-10-2014 PUBLIC 06-10-2014)[13]

[13]BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Inquérito parlamentar federal. Inq 3537. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que

Além do fato ser constituído crime, a maioria da doutrina entende que para que também não pode o fato ser amparado por uma causa excludente da punibilidade, justamente que nessas situações o pedido de condenação em nenhuma hipótese poderia levar a um resultado possível[14]. Isso é bem criticado na doutrina por entenderem como antecipação de mérito, é uma crítica justa, é muito fácil a confusão com a hipótese de absolvição sumária do artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal[15], que foi acrescentada pela Lei nº 11.719/2008, que é muito apontada como a ação do legislador para tirar a possibilidade jurídica do pedido das condições da ação, basta ver os incisos do artigo, tanto o inciso da extinção da punibilidade, como o inciso III que afirma que será absolvido sumariamente o acusado se "fato narrado evidentemente não constitui crime".

Como afirma Tourinho Filho, na prática o juiz continua rejeitando por falta de possibilidade jurídica do pedido no momento da propositura da denúncia ou

autorize a deflagração da ação penal contra o denunciado, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo no caso qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. A denúncia somente pode ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico, certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova (grifo nosso), eis que o juízo acerca da correspondência do fato à norma jurídica é de cognição imediata, incidente, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como se dá na peça acusatória. 3. As imputações feitas ao denunciado na denúncia, foram de, na condição de prefeito municipal, haver desviado, em proveito alheio, valores do erário municipal. 4. Encontram-se preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, havendo justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no inciso I do art. 1º do DL nº 201/67. 5. Denúncia recebida. Procurador: Procurador-Geral da república. Investigado: Paulo Cesar justo Quartiero Relator Min. Dias Toffoli. 9 de setembro de 2014. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4312867. Acesso em: 30 mar. 2019.

[14]LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

[15]Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: [...] IV - extinta a punibilidade do agente. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

queixa, e posteriormente após apresentada a resposta à acusação, faz uma nova avaliação desses elementos[16].

Assim, a possibilidade jurídica do pedido reflete a necessidade para a o desenvolver da ação, de que o fato narrado na exordial seja possível extrair a tipicidade da conduta e que não esteja abrangida por nenhuma excludente da punibilidade.

1.1.2 Legitimidade da parte

A ação é movida para se alcançar um resultado de direito material, conhecido como mérito, mas somente é possível se a parte requerente é vinculada de forma subjetiva a quem pertence a ação de fato. De tal forma deve haver um interesse no direito material violado ou requerido, a própria lei que vai determinar e assegurar a legitimidade de invocação da tutela jurisdicional para alcançar o direito material.

Ativa é a legitimação para que se promova a ação, apenas as pessoas elencadas por lei é que podem recorrer ao judiciário e solicitarem uma decisão de mérito relacionada à sua pretensão, é uma situação de vinculação subjetiva do indivíduo com o direito material a ser exigido. Se demonstra como condição da ação para o andamento do processo e não como um julgamento de mérito a partir do momento que sua ausência na decisão do magistrado não faz coisa julgada material, mas meramente formal.

O Estado no direito processual penal é o grande detentor desse direito de polo ativo da ação penal, apenas ele tem o interesse de buscar a punição do agente, em razão do seu monopólio do *jus puniendi*. Não há conflito de interesses entre o

[16]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.

ofendido e o ofensor em uma infração, mas sim entre o Estado e o ofensor, porque é ele que atraiu para si o poder de punir.

Ocorre que também existem as causas em que vai propor a ação não é o ministério público, mas sim o ofendido, trata-se das chamadas ações penais privadas. Ocorre que essa possibilidade somente existe em razão de uma política criminal, por isso no artigo 100 do Código de Processo Penal[17] é prevista tal possibilidade. O que ocorre nessa situação é uma substituição processual[18].

Não deve ser confundida com a falta de representação, essa é uma condição específica da ação, vai ocorrer a ilegitimidade da parte quando, por exemplo, houver uma falsa identificação do acusado ou que ele não faz parte na narração fática apresentada na exordial.

Já a legitimidade passiva é a condição a ser imputada a aquele que supostamente praticou o injusto penal e que pode sofrer a sanção, não há que se falar em certeza de autoria em razão de não se analisar o mérito nesse momento.

É muito comum que se confunda a imputação de um fato crime ao menor de 18 (dezoito) anos com falta de legitimidade passiva, mas isso se trata de interesse de agir, até porque o fato tem vinculação material com o acusado menor, mas não é o processo penal através da denúncia o meio adequado para a medida socioeducativa.

[17]"Art. 100, Código de processo penal - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido". BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

[18]Aury Lopes Junior discorda que exista substituição processual no processo penal, já que a ação é sempre de legitimidade do Estado, o que ocorre é uma iniciativa proposta pelo particular, mas o interesse no conflito é unicamente do Estado (LOPES JUNIOR, Aury. 2014. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014).

1.1.3 Interesse de agir

A última das condições da ação genéricas não se ausenta de discussões doutrinárias. O interesse de agir trata da necessidade de invocar a tutela jurisdicional no caso concreto que não possa ser resolvido por outras vias, trata de demostrar o processo como última alternativa para a resolução[19].

O interesse de agir se divide em três partes necessárias para seu alcance, necessidade, utilidade e adequação[20]. A necessidade trata de a busca ao judiciário ser a única maneira de se alcançar o resultado processual pretendido pelo autor, ou seja, que alcance uma resposta positiva ou negativa do processo, não se analisa aqui se há interesse no objeto, isso é discutido no mérito.

Ocorre no direito processual penal, como fala Aury Lopes Junior, que sempre vai ter o interesse-necessidade de agir, visto que o estado tem que buscar a punição do agente, mas em razão do princípio do *nullum crimen sine lege*, é necessário que exista um processo para que se possa aplicar a pena.

O Estado já faz parte do processo penal, não existe forma alternativa para aplicação da pena, sendo assim sempre que o Estado buscar a aplicação da pena ao caso concreto será necessário que sua pretensão seja alcançada pelo devido processo legal.

Já o interesse-utilidade trata de se do processo iniciado e concluído será possível extrair alguma, se esse caminho pode ser idôneo para alcançar o pedido

[19]ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
[20]GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, V. 15.

requerido na inicial, ou seja, se vai ser extraído o resultado útil daquele processo para que se alcance o direito material[21].

O interesse-adequação é a compatibilidade existente entre o fato ocorrido descrito na inicial e a consequência jurídica requerida pelo Ministério Público, ou seja, se o método escolhido pela acusação para alcançar o direito material é o adequado para que se alcance o objeto material do pedido.

Há alguns doutrinadores, como Tourinho Filho, que consideram o interesse de agir relacionado com a justa causa, que o Estado só teria interesse no fato se houvesse prova da materialidade e indícios de autoria com base nos pedidos da inicial, entretanto é uma minoria, como será analisada, a justa causa constitui uma quarta condição da ação[22].

Já para José Frederico Marques o interesse de agir trata da justa adequação de um pedido com a provocação da atividade jurisdicional, e somente vai haver esse adequação quando a providência desejada se encaixa perfeitamente no caso concreto, sendo de certa forma o interesse de agir o pedido da parte, se ela tem alguma causa para requerer aquela providência[23].

1.2 Justa Causa

1.2.1 Conceito

Diferentemente de outros ramos do direito, a ação penal apresenta uma condição a mais, conhecida como justa causa. Não foi sempre esse entendimento,

[21]BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.
[22]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.
[23]MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium, 2003.

quem primeiramente trouxe esse pensamento foi o Afrânio Silva Jardim[24], em razão do processo penal ser tão prejudicial ao *status dignitatis*. Razão que se faz necessário uma segurança maior ao indivíduo sujeito à pretensão punitiva do Estado.

Então, exclusivamente na ação penal, existe uma quarta condição da ação penal chamada de "justa causa". Para avançarmos é preciso saber no que se conceitua a justa causa penal, e como ela é entendida pela doutrina e cada momento do código de processo penal que ela é citada.

O termo justa causa aparece em vários momentos do Código de Processo Penal, podemos citar os exemplos da justa causa, como para o perito se escusar do encargo[25], ou sua condução quando ausente[26], assim como a hipótese de justificativa do tribunal do júri no caso do não comparecimento de testemunha[27], e outras causa previstas no Código de Processo Penal.

Para entender a conceituação da justa causa precisamos buscar o que era apontado nos anteprojetos que serviram como base para nosso Código Penal. Hélio

[24] "Acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro probatório mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado" - JARDIM, Afrânio Silva. 2003. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[25] Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível. Parágrafo único. Incorrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente: a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade; b) não comparecer no dia e local designados para o exame; c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

[26] Art. 278. No caso de não-comparecimento do perito, sem justa causa, a autoridade poderá determinar a sua condução. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

[27] Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-lhe-á a multa prevista no § 2o do art. 436 deste Código. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

Tornaghi em seu projeto não se refere diretamente a justa causa, mas aponta que toda denúncia se faz imprescindível ser acompanhada de "prova de que o fato constitui crime" e "suspeita de autoria", o que é próximo do entendimento relativo a justa causa prevista no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, como veremos adiante. As outras citações a justa causa como as apontadas no parágrafo anterior, têm uma relação maior com "motivo justo".

O anteprojeto de Frederico Marques foi bem mais carregado do termo justa causa, sendo usado em vários momentos distintos com significados diferenciados, o mesmo entende a justa causa como um "conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva", sendo um conceito capaz de abordar as mais possíveis variações da justa causa, incluindo a rejeição da denúncia ou queixa por sua ausência.

Não se chegou a um entendimento sólido e unificado do conceito de justa causa, contudo, parte dos autores entendem que a definição de justa causa fica a critério do juiz ao analisar o caso concreto, mas a maioria deles se limita a dizer que se trata da demonstração da criminalidade do fato e suspeita de autoria, evidentemente não podemos atualmente estabelecer um conceito de justa causa que seja acolhidos por todos os autores.

Inicialmente podemos até concordar, com ressalvas, com o apontamento da Mestre e Doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura[28], que coloca a justa causa como um conceito político em razão de seu significado amplo que pode mudar em cada caso concreto. Mas, e aqui que o pensamento da doutrinadora se destaca, existe

[28]MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

a possibilidade de estabelecer uma base que seria usada para se adaptar ao caso real apresentado.

Parece ser mais seguro dizer que trata, pelo menos na hipótese do artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal[29] que é analisado nesse trabalho, como a presença de prova da materialidade e indícios da autoria do fato criminoso. Sendo um *Fumus boni iuris* necessário para o andamento da ação penal, por isso é muito entendida por autores como o interesse de agir, como por exemplo, apesar de não entender como uma quarta condição da ação penal, o Professor Tourinho Filho entende que o lastro probatório mínimo se faz necessário para que o Estado tenha interesse de agir, assim, a justa causa para o autor se enquadra como necessária para as condições de exercício da ação (nesse caso interesse de agir), mas não uma condição autônoma.[30].

Interessante é a comparação que o professor Aury Lopes Junior[31] faz da justa causa relacionada com o caráter fragmentário do direito penal, esse que trata que esse ramo do direito não deve sancionar todas as condutas graves, mas apenas aquelas que causem dano ou expõem à risco de dano bem jurídico relevante. Assim, a apresentação da prova da materialidade demostraria que o fato atingiu significativamente bem jurídico relevante.

[29]Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

[30]Nesse sentido, Tourinho filho afirma: "Consiste, assim, o interesse de agir, ou legítimo interesse, no Processo Penal, na idoneidade do pedido, consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia ou queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático. Quer dizer, então, que o pedido se diz idôneo quando arrimado em elementos de convicção, quanto à prática da infração penal e sua autoria" - TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.

[31]LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

É preciso que o fato em tese apontado pelo órgão acusador exista no plano da realidade e de que o autor que se imputa a responsabilidade corresponde aos indícios colhidos para que a ação não seja acompanhada de incertezas. Sendo também um antídoto de proteção contra abuso de direito, por isso se encontra em outros dispositivos, fazendo assim que essa segurança contra a arbitrariedade do Estado na persecução penal.

Então se faz necessário uma colheita de informação pelo órgão acusador ou seus assistentes na fase pré-processual para que ao oferecer a denúncia, a mesma esteja cumprindo todas as condições da ação. Por essa razão o legislador positivou a necessidade de que o inquérito policial, que é um procedimento administrativo que tem justamente essa função, deve ele acompanhar a denúncia ou queixa quando servir de base para a justa causa da ação[32].

O que acontece é que o inquérito policial, ou qualquer outra forma de investigação preliminar que resulte em peças de informações não é constituído para que o magistrado analise o mérito da causa, isso vai acontecer apenas na instrução processual criminal, com as devidas garantias do contraditório e ampla defesa, estas que validam a prova. Antes de se iniciar devidamente o processo com o recebimento da denúncia as informações que acompanham a exordial servem apenas para demostrar a viabilidade da ação penal, inclusive não seria de próprio interesse do poder público apresentar uma denúncia leviana, sem justa causa, no máximo que alcançaria em juízo seria uma rejeição da denúncia de acordo com artigo 395 do Código de Processo Penal.

[32]Art. 12, código de processo penal - O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

Outra grande questão a ser discutida é se esse material probatório que acompanha a denúncia ou queixa para demostrar que não é temerária a ação penal, deve ele ser analisado pelo juiz de forma aprofundada, o que vai acabar criando um julgamento antecipado de mérito, ou de forma superficial, o que pode gerar uma injustiça que não seria gerada ao analisar as provas de forma aprofundada.

De bastante decisões divergentes na jurisprudência, nos parece mais razoável o entendimento de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, entre outros autores[33], que fala que a justa causa é apenas um filtro para proteção de uma acusação leviana e para preservação da economia processual. Emissão de um juízo quanto a mera existência. Se essas provas vão prevalecer já é questão de mérito. Assim não se entra em um pré-julgamento.

1.2.2 Falta de justa causa

De início, como foi mostrado, a falta de justa causa, que é uma falta de condição da ação vai fazer com que o magistrado rejeite a denúncia ou queixa de acordo com o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Fazendo coisa julgada formal, ou seja, não existindo avaliação de mérito (até por não existir nem uma base probatória mínima) podendo, caso se encontrem novas provas da materialidade ou de indícios de autoria, apresentada novamente para ter seu mérito julgado pelo magistrado, conforme a súmula 524 do Supremo tribunal Federal[34].

[33]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *et al*. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[34]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 524. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2731. Acesso em: 10 mar. 2019.

Entende-se que em razão da teoria da prospectação se não presente qualquer condição da ação deverá a denúncia ser rejeitada, se a condição for ausente no decorrer do processo até o momento da decisão final proferida pelo juiz, vai depender de que tipo de condição estamos falando, se for a legitimidade da parte, o processo será nulo até seu início devendo todos os atos serem refeitos, já no caso de falta de interesse de agir ou de possibilidade jurídica do pedido, entende-se que deverá ser o acusado absolvido por falta de justa causa ou atipicidade[35].

O recebimento da denúncia é irrecorrível, mesmo que se apresente a falta de justa causa no caso, não poderá apresentar um recurso. É possível, porém a impetração de *habeas corpus*, que prevê uma hipótese justamente para esses casos que é considerada coação ilegal.[36]

Assim, A falta de demonstração da seriedade da ação gera a possibilidade de impetração de habeas corpus na conformidade com o artigo 648, inciso I do Código de Processo Penal, que traz a hipótese de falta de justa causa em razão do pedido do acusador se apresentar implausível por não haver provas significativas para iniciar a ação penal.

2 CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

2.1 Tributação

2.1.1 Histórico do tributo pelo tempo

[35]MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

[36]Art. 648, código de processo penal - A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

A tributação é tão antiga quanto a noção de administração pública, de início podemos entender que se tratava de uma imposição de um poder soberano, sendo um ato unilateral do qual se legitimava em razão em razão da força impositiva do regente. A contrapartida fornecida a população e sua concordância não faziam parte desse início de cobrança de tributos.

A expansão do estado faz com que ele precise extrair recursos com sua força coercitiva de particulares em sua competência sem precisar fazer uma contraprestação aos contribuintes, era uma imposição pela dominância territorial da região.

Com a época medieval, pós queda do império romano do ocidente, a tributação começou a ser dividida em aquela que iria para o estado em razão da proteção e uso da terra, e outra que era destinada a igreja, chamado de dízimo que consistia na décima parte da produção da colheita ou de sua respectiva renda (bem parecido com o imposto de renda atual), além do pagamento de taxas especiais pelo serviços prestados[37].

Posteriormente, com o decorrer da história, essa visão de imposição pelo soberano foi alterada, e o tributo passou a ser interpretado como "preço da cidadania". O Estado deve garantir os direitos fundamentais, ele se compromete a isso, também se torna o principal agente que satisfaz as necessidades coletivas, por essa razão é necessária a manutenção da máquina estatal que exerce esse trabalho. Esse é o motivo que se passa a ver o tributo como "algo necessário" para que nenhum direito fundamental seja suprido do cidadão e a convivência social pacífica seja mantida.

[37]FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 2010.

O tributo vai ser a maior fonte de receita pública do Estado, sendo limitado pelo próprio direito tributário, como se trata de uma cobrança por meio de uma aceitação da sociedade de sua necessidade, não pode ocorrer abusos, por isso que o próprio direito tributário vai ter a função de limitar o poder de cobrar tributos. Nesse assunto, interessante é a colocação do Doutor Hugo de Brito Machado ao afirmar que além de ter a função de manter a máquina estatal como função primária, de modo secundário a tributação tem uma relação com a redução das desigualdades sociais ou econômicas em um certo nível[38].

Quando falamos de acumulação através de receita pelo Estado através do tributos que decorrem do poder de império do estado que arrecada para sua receita pública de pessoas de sua competência, isso sendo legitimado pelo contrato social que estamos onde o Estado administra nossos direitos para que seja possível a convivência em sociedade com as seguridades anteriormente faladas, se tratam de recursos financeiros gerados por terceiros, mas que são arrecadados pelo Estado, diferente das receitas originárias de correntes da administração e disposição do patrimônio público.

2.1.2 Conceito de tributo

O tributo é uma quantia que deve ser paga ao estado conforme preceitua o artigo 3º do Código Tributário Nacional:

> "Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua

[38]MACHADO, Hugo de Brito. 2018. Manual de direito tributário. São Paulo: Atlas, 2018.

> sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."[39]

Esse valor pago não se confunde com a multa, que é uma imposição de cobrança em razão de uma ação omissão prevista em lei que foi descumprida, sendo a decorrência de um ato ilícito, já o tributo decorre de um ato lícito. O tributo a grosso modo resta por exclusão em relação a obrigação da multa ou da indenização, sendo, como foi falado, decorrente do seu poder impositivo de cobrança, já que o tributo tem como característica sua compulsoriedade independente de vontade da parte contrária.

Fala-se em compulsoriedade, não por se tratar de uma obrigação, nesse caso seria um contrato civil comum, mas o tributo tem como característica a ausência de vontade, não possível fazer uma escolha de pagar ou não o tributo, sendo obrigação geral. Por essa razão pouco interessa para o direito tributário de o indivíduo é capaz ou não, incidindo o tributo em pessoas que em tese não estão sujeitas a obrigação, Hugo de Brito Machado até exemplifica com uma pessoa jurídica constituída de forma irregular[40].

Não se fala em obrigação gerada por uma sanção de ato ilícito, essa função é exercida pela multa, de tal forma o tributo vai ser direcionado aos atos lícitos, quando a cobrança visar uma ilegalidade do indivíduo será aplicada uma sanção, essa que não tem fins de arrecadação de receita pública, mas uma função de evitar a prática do ilícito e também caráter sancionatório. Não podemos confundir em se tributar o ato ilícito com a instituição do tributo no objeto adquirido do ato ilícito,

[39]BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

[40]MACHADO, Hugo de Brito. Manual de direito tributário. São Paulo: Atlas, 2018

não pode o ato ilícito ser o ato principal da instituição, mas apenas o que gerou a ocorrência daquilo que vai ser tributado.

Importante ponto a se levantar é que o tributo é pago em dinheiro, não é possível no direito brasileiro, por exemplo, o pagamento in natura, que se trata da quitação da prestação com bens, existe exceção[41], mas em regra, o tributo deve sempre ser pago em dinheiro.

2.2 Lei nº 8.137/90 e o crime de sonegação fiscal

Como foi falado anteriormente a manutenção da ordem tributária é de grande importância para que se mantenha a máquina estatal que vai garantir direitos fundamentais, sendo assim, um bem jurídico relevante para a sociedade. Mas não é de todo errado entender como um *longa manus* do direito tributário, como uma parte da doutrina afirma que o direito penal é um direito complementar, desde a concepção de J. J. Rousseau, sendo o ilícito penal uma ampliação de um ilícito de outra área.

A diferença entre o crime na esfera penal e a infração tributária recai justamente enquanto o crime da Lei nº 8.137 de 1990 requer o dolo de atingir a fazenda pública, a infração tributária não requer isso, é independente do dolo do agente, conforme o artigo 136 do Código Tributário Nacional:

> Art. 136, Código tributário nacional -. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação

[41]É possível a quitação por dação em pagamento de bens imóveis como preceitua o artigo 156, XI, CTN. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

> tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.[42]

É importante esclarecer que a esfera penal não vai agir para cobrar a dívida, quem fez isso é o poder público em um processo administrativo, a esfera criminal e o cumprimento de suas penas não se confunde com uma coerção ao pagamento do tributo, na verdade a atuação do Direito penal, que começou em 1965 com a Lei nº 4.729 que previa sonegação como crime, não surgiu como forma de cobrança adicional, ou um novo mecanismo do poder público para se valer da força da obrigação.

É de todo conhecimento que o direito penal, em razão do princípio da fragmentariedade que é uma derivação do princípio da intervenção mínima, justamente por não poder trivializar o direito criminal, nem tudo aquilo que afeta o bem jurídico vai ser necessário atividade penal, apenas algumas ações, por isso o caráter fragmentário[43].

Dessa maneira será necessário a ofensa a esse bem jurídico tutelado para que se justifique a sanção ao sujeito ativo. Isso também decorrendo caráter subsidiário do direito penal, por esse motivo deve ser a *ultima ratio*, que no caso dos crimes tributários, espera que a esfera tributária esgote seus meios, de tal forma, é necessário que se prossiga toda a via administrativa tributária, caso contrário seria uma forma de compelir o pagamento do tributo pelo contribuinte, que significaria violação de direitos fundamentais.

2.2.1 Bem jurídico

[42]BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

[43]BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral I, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Observando a importância do tributo e seu reflexo na manutenção da sociedade, é bom apontar que o direito penal tem como principal escopo a proteção de bens jurídicos essenciais a convivência coletiva, por isso a tipificação criminal deve ter como foco a segurança contra condutas que lesionam interesses coletivos.

Aqui surge a manifestação do princípio da lesividade no direito penal que permite a aplicação da norma penal somente quando ocorrer uma efetiva lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado dessa forma preservando o caráter de *ultima ratio* do direito penal.

O problema aqui é a definição do que é bem jurídico, que através de diversas discussões doutrinárias teve seu conceito mudado muitas vezes, como Roxin que entendia que o conceito estava relacionado com os princípios constitucionais que asseguram o livre desenvolvimento do indivíduo, como também os direitos fundamentais limitadores do direito penal e os que também o legitimam.

Entendimento que podemos extrair das conclusões da grande parte da doutrina sobre o conceito de bem jurídico é sua relação direta com a proteção e limitação em razão dos direitos previstos na constituição, sendo eles tão necessários para a convivência e progresso da sociedade que o direito utiliza o jus puniendi para preservá-los, mas que ao mesmo tempo não tem uma liberdade total de atuação, sendo limitado na medida que exerce essa função protecionista.

A Lei nº 8.137 de 1990 não se diferencia das outras leis nesse sentido quando falamos de bem jurídico que toda norma penal deve proteger, nessa legislação o que vai ser protegido é justamente o patrimônio do sujeito ativo da obrigação tributária, que é nesse caso o estado, o entendimento de Sanctis ainda acrescenta ao falar que o bem jurídico alcança essa proteção porque a receita tributárias auferida na

arrecadação de tributos é Destinada a sociedade por isso a relevância e a necessidade de proteção pelo direito penal, ou seja, a Lei nº 8.137 de 1990, tem como bem jurídico tutelado o patrimônio do Estado[44].

2.2.2 A lei 8.137 de 1990

Com esse "acordo" social criado para o pagamento de tributos em troca da proteção dos direitos, surgiu a obrigação tributária, e como se trata de uma vinculação ao Estado exigindo um pagamento sobre um fato gerador. E como é de nosso conhecimento, o descumprimento de uma obrigação legal gera algumas consequências, no âmbito que estamos analisando, falamos de uma sanção administrativa, mas em decorrência da Lei nº 8.137 de 1990, esse não cumprimento pode alcançar a esfera penal

A Lei nº 8.137 de 1990 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e vamos centralizar a análise nos crimes tributários, que consiste abordar as condutas que visam lesar o fisco, prevendo diversas condutas que somadas ao ânimo de se evadir da obrigação tributária, que antes só era possível encontrar hipóteses de crimes tributários no artigo 334[45] do Código Penal, que tratava de contrabando e descaminho.

> EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 088, DE 28 DE MARÇO DE 1990, DOS SENHORES MINISTROS DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO.

[44]SANCTIS, Fausto Martin. Direito Penal tributário: aspectos relevantes. São Paulo: Bookseller, 2005.

[45]Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2019

> Excelentíssimo Senhor Presidente da República:
>
> A conceituação dos crimes que têm como consequência o não-pagamento de tributos, e as penalidade imponíveis a seus autores, deixam muito a desejar, mercê de suas imprecisões e lacunas, não só na definição dos fatos tipificadores do crime, como também na fixação da pena aplicável quando de seu cometimento.
>
> 2. Em verdade, o objetivo básico colimado, qual seja o de desestimular a prática criminosa, não vem sendo alcançado, fato esse que tem causado grandes e irreparáveis prejuízos à Fazenda Nacional (grifo nosso).[46]

Um dos principais destaques é a expressividade da prevenção geral, previsto na exposição de motivos do texto do projeto da lei. Assim a referida lei quer assegurar que ninguém vai se descompromissar com atos ilícitos com a obrigação geral tributária para arrecadação de receita pública que é de responsabilidade de todos justamente por ter o fim de concretizar os objetivos estatais, a lógica do texto legal da Lei nº 8.137 de 1990 é essa.

2.2.3 Crime de sonegação

O artigo 1º da Lei nº 8.1337 de 1990 trata do crime de sonegação fiscal, importante apresentar como um crime de ação múltipla, sendo também necessário o resultado, ou seja, um crime material, sem a efetiva supressão ou redução do tributo não será possível se tipificar o delito.

> "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas (...)"

[46]BRASIL, Exposição de motivos nº 088, de 28 de março de 1990, lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8137-27-dezembro-1990-367271-exposicaodemotivos-149643-pl.html. Acesso em: 20 mar. 2019.

É importante destacar aqui a exigência da vontade de reduzir ou suprimir o tributo, não apenas a falta de pagamento, seja total ou parcial que vai ser tipificado o crime, além disso a conduta deve ter a capacidade para o mesmo.

O crime se assemelha muito ao crime de falsidade ideológica do artigo 299 do Código Penal[47], mas diferencia-se justamente porque o artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.137 de 1990 ser mais específico e em razão do princípio da especialidade prevalecer sobre a norma geral, além disso, o crime do código penal não se vale de saber o resultado pretendido pelo agente, mas apenas sua ação de incluir ou omitir informação, já que o bem tutelado é a fé pública.

Já no crime de sonegação a conduta é feita com o ânimo de atingir a fazenda pública, para pagar menos tributos, ainda, como foi falado, o bem jurídico protegido pelo crime de falsidade ideológica é a fé pública, por outro lado na Lei nº 8.137 de 1990, o bem protegido é a receita pública.

O crime de sonegação se divide em várias condutas, no caso da omissão de informação, trata de um não fazer do particular, mas devemos lembrar que o simples esquecimento não configura o delito, como foi abordado, é necessário o dolo de se abster da obrigação tributária. O simples fato de o indivíduo deixar de agir não resta demostrado o dolo, por isso é que vai responder somente na esfera administrativa tributária, até que se comprove a intenção ilícita da conduta do agente para se eximir dos tributos.

[47]Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2019.

Assim, como no caso da omissão, a conduta de fazer declaração falsa implica na necessidade de demonstração do ânimo especial, todos nós estamos sujeitos a erros em nossas ações e como a atividade tributária é complexa é impossível que não se admita erros por atos comissivos. Além disso, mesmo que não se trate de erro por ignorância do contribuinte, se esse o faz sem a intenção de se eximir do encargo tributário não vai incidir na hipótese do artigo 1º, inciso I da Lei nº 8.137 de 1990, pode ser que seja tipificado em outros crimes, mas não nessa hipótese legal.

Essas duas condutas vão sempre ser meios para o objetivo final de eximir, nessa conduta interessante é a definição de Rui Stoco[48] que diferencia a conduta da conduta de suprimir ou reduzir, a conduta não é para que se diminua o imposto, por exemplo, o indivíduo que utiliza de documentação falsa para alegar que o seu veículo automóvel no Distrito Federal que tem mais de 15 anos de compra[49], para assim criar uma situação de isenção que não existe.

Podemos entender eximir como a criação de situação de isenção total ou parcial que no caso concreto pela lei não existiria (lembrando da importância da legalidade para o direito tributário), assim o tributo não foi escondido total ou parcial, ele não existe no mundo jurídico. Aponta-se também que o final do

[48]STOCO, Rui, Sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1992.

[49]Art. 1º Ficam isentos do pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, até 31 de dezembro de 2019: VIII – os veículos com tempo de uso superior a 15 (quinze) anos. DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4.727, de 28 de dezembro de 2011. Dispõe sobre as isenções do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, prorroga a vigência de isenções da Taxa de Limpeza Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=4727&txtAno=2011&txtTipo=5&txtParte=. Acesso em: 20 fev. 2019.

dispositivo fala de tributo, então estamos falando da obrigação originária, todas as espécies tributárias previstas na Constituição Federal no artigo 145[50].

Não estão incluídas nesse inciso as obrigações acessórias, pode ser relacionada com o inciso II que trata dos documentos e livros que devem ser mantidos, por óbvio que se trata de uma norma penal em branca, porque é lei diversa que vai determinar o que são esses livros e como eles devem ser mantidos e escritos, não cabe ao direito penal.

Os incisos restantes são bem parecidos com as condutas faladas, o legislador quis garantir que fosse abortada toda e qualquer conduta capaz de gerar uma isenção inexistente, de forma de manter o princípio da isonomia tributária e da compulsoriedade da forma que os tributos serão pagos por todos sem privilégios não constituídos em lei.

Como foi citado, não é a simples falta de pagamento que vai fazer com que já acione a esfera penal, é por isso que deve ser analisada a função tributária pretérita a constituição do crédito tributário. Existe todo um processo para sanções tributárias antes da ação penal.

2.2.4 Tentativa

Um ponto interessa a ser analisado é a hipótese de o crime tributário ser praticado da forma tentada de acordo com o que diz o artigo 14, inciso II do Código

[50]O Supremo Tribunal Federal acabou adotando a teoria da pentapartição incluindo além dos tributos do artigo 145 da Constituição Federal, sendo eles impostos, taxas e contribuições de melhoria, os do art. 15 do CTN e 148 da Constituição Federal (empréstimo compulsório) e do artigo 149 que trata das contribuições especiais.

Penal[51], que por vontade alheia do agente o crime não se consuma, observação importante é sua diferença com a desistência voluntária do artigo 15 do mesmo código, o qual prevê fim da empreitada criminosa por vontade do agente.

Na doutrina não há um entendimento consolidado sobre a possibilidade de incidência dessa causa de diminuição da pena, como a maioria entende por outro lado que se trata de um crime de resultado, é possível pensar que caberia sim a hipótese. Em sentido contrário, não parece possível um fracionamento da ação de supressão ou redução, de tal maneira que estaria prejudicada essa tese.

Por certo, não há como considerar todos os crimes do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 em uma forma de consumação só, logo por se tratarem de condutas de ações completamente diferentes, sendo alguns plurissubsistentes e outros unissubsistentes, mas novamente, nem todos precisam de um resultado, não seria possível que o crime se limitasse a ser formal, entraria em conflito justamente com o que vai ser debatido, a separação do direito tributário e o direito penal[52].

Führer[53] adota o entendimento de que não seria possível a tentativa em razão do princípio do prejuízo e do arrependimento extintivo, primeiro tratando que se não houver prejuízo ao erário não há crime consumado, já em segundo entende que a qualquer momento pode o tributo ser pago e dessa maneira extinguindo a punibilidade do agente. Assim ou o tributo segue sua cobrança normal ou já está consumado o crime.

[51]Art. 14 - Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2019

[52]LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[53]FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 2010.

Podemos entender que é possível a tentativa nos crimes do artigo 1º da Lei nº 8.137 de 1990, mas não são todos, principalmente se formos analisar os crimes de omissão, já é entendimento mais que consolidado que os crimes cometidos por uma "não conduta" do agente, conhecido como omissão, não é possível a tentativa, por serem justamente, unissubsistentes, assim, os crimes do inciso I, II e V. apesar de ser recente decisões do Superior Tribunal de Justiça pela classificação dos crimes do artigo 1º como crimes de resultado, nesse sentido:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DELITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI N° 8.137/90. CRIME FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. QUESTÕES SUSCITADAS NA IMPETRAÇÃO A SEREM ESCLARECIDAS. CAUSAS DE SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO EM PARTE.
>
> 1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça em relação aos crimes insculpidos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137 /90 é de que são considerados crimes materiais, ou seja, é necessária a redução ou supressão do tributo e, consequentemente, a constituição do crédito tributário definitivo como condição para a persecução penal, ao menos no que toca aos incisos I a IV do referido dispositivo.
>
> 2. Ao contrário, no que diz respeito aos crimes tipificados no artigo 2º, inciso II, da Lei n° 8.137/90, é remansosa a jurisprudência deste Sodalício em afirmar que são formais, ou seja, independe de um resultado naturalístico para sua consumação, sendo que sua aplicabilidade se dá justamente naqueles casos em que a apuração fiscal identificou a omissão ou a declaração falsa antes do dano.(RHC 83.103/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)[54]

[54]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso ordinário em habeas corpus. RHC 83.103/RS. 1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça em relação aos crimes insculpidos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137 /90 é de que são considerados crimes materiais, ou seja, é necessária a redução ou supressão do tributo e, consequentemente, a constituição do crédito tributário

Assim, é possível a tentativa nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90 previstos no artigo 1º, sempre que for possível a divisão das condutas para que seja interrompida a execução entre elas, caso contrário, não me parece razoável falar de possibilidade de tentativa, como em alguns casos do artigo 2º da lei, por isso a possibilidade da tentativa vai depender do tipo normativo da Lei nº 8.137 de 1990 discutido na ação[55].

2.2.5 Da necessidade da atuação do fisco

Após entender como o crime tributário se inicia e se consuma fica mais claro a necessidade de uma atuação da administração pública tributária para que só posteriormente se entenda cabível que o Estado recorra ao direito penal para reparar ou diminuir a lesão causada a fazenda pública, por isso devemos entender que o direito penal atua aqui como um *longa manus* do direito tributário, como foi falado anteriormente, é da própria essência do direito penal seu caráter subsidiário na resolução de infrações, não só nos crimes tributários, mas como em outras leis especiais.

O direito tributário vai funcionar como um filtro para esses contenciosos fiscais, o que é possível ser resolvido pela administração pública tributária

definitivo como condição para a persecução penal, ao menos no que toca aos incisos I a IV do referido dispositivo. 2. Ao contrário, no que diz respeito aos crimes tipificados no artigo 2º, inciso II, da Lei n° 8.137/90, é remansosa a jurisprudência deste Sodalício em afirmar que são formais, ou seja, independe de um resultado naturalístico para sua consumação, sendo que sua aplicabilidade se dá justamente naqueles casos em que a apuração fiscal identificou a omissão ou a declaração falsa antes do dano. Recorrente: Ari Cesar Vieira de Almeida. Recorrido: Ministério Público Federal Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 01 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700806303&dt_publicacao=09/06/2017. Acesso em: 30 mar. 2019.

[55]LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

permanecerá naquela esfera[56], não sendo necessário a intervenção do a área criminal, até porque os crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90 tem como principal diferença da mera infração administrativa tributária, principalmente o crime de sonegação, o *animus*, ou seja, o dolo de querer atingir negativamente a fazenda pública em benefício próprio ou alheio, assim não são todas as irregularidades fiscais que serão consideradas crimes.

Por esse motivo se faz necessário a análise do processo investigativo que dá ensejo a denúncia pelo crime tributário e comparar com outro procedimento de colheita de informações, sendo o mais conhecido, inquérito policial, que apesar de ser o mais comum e usado em uma quantidade enorme de processos criminais, ele não é obrigatório em toda ação, assim como outros procedimentos investigativos, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável (grifo nosso) e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante da ação penal. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso) (ARE 654192 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012)[57]

[56]RIOS, Rodrigo Sánchez. O crime fiscal, reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

[57]BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo regimental em recurso extraordinário. ARE 654192. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável (grifo nosso) e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem

A razão de ser desse entendimento é justamente que cabe ao acusador entender se existe elementos para recorrer ao poder judiciário, obviamente não podemos confundir com a função do magistrado de receber ou não a denúncia para se iniciar o processo que também vai ter sua influência pela peça informativa, mas o inquérito policial, por exemplo, forma a *opnio delicti* do Ministério Público, para que ele ofereça a exordial ou não.

Nisso que é diferenciado em relação ao processo administrativo tributário, pois o entendimento atual, e principalmente pela Súmula vinculante 24[58] promovida pelo Supremo Tribunal Federal, atualmente é entendido que o lançamento do crédito tributário é condição de procedibilidade para a ação penal nos crimes da Lei nº 8.137/90. Nesse sentido o Professor Doutor Aury Lopes Junior fixa o entendimento sobre as investigações preliminares fundamentando: *"A investigação poderá ser obrigatória ou facultativa, segundo condicione o exercício da ação penal à sua prévia existência ou não"*[59]. Assim estando condicionada pela súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, o processo administrativo tributário se faz necessário aqui. por consequência lógica entende-se a indispensabilidade do processo administrativo tributário, mas isso não afasta suas semelhanças com o inquérito policial. Passamos então a análise do processo administrativo tributário e sua relação com a ação penal instaurada posteriormente.

---

respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante da ação penal. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: R D P. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de novembro de 2011. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4128025. Acesso 30 mar. 2019.

[58]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265. Acesso em: 20 fev. 2019.

[59]LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL ANTECEDENTE AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS.

Apesar da administração pública poder modificar seus atos através do seu poder de autotutela[60], podendo anulá-los se forem ilegais, isso não impede que o particular ao ser atingido por uma ilegalidade da própria administração pública faça uso de defesas do processo administrativo, esse que também é constituído pelo contraditório e ampla defesa conforme previsto no artigo 5º, Inciso LV da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;[61]

Assim o procedimento que apura o crédito fiscal, que pode ser tanto para reconhecer um crédito, como para reconhecer um benefício garantido por direito, mas que não foi aplicado no fato analisado, por se tratar de um procedimento de natureza administrativa, deve ser garantido ao sujeito passivo da atividade do fisco o direito de se defender de eventual erro ou ilegalidade do lançamento pela autoridade administrativa. Nas palavras De Hely Lopes Meirelles[62], o processo administrativo fiscal, vai ser aquele que tem como escopo a exigibilidade do crédito tributário, e a aplicação das normas tributárias brasileiras, que poderá resultar em uma correção na dívida fiscal.

O crédito que inicialmente será apenas uma obrigação só deverá ser considerado lançada após o esgotamento de todas as possibilidades de defesa até a constituição da obrigação tributária. Por esse motivo a atividade fiscal prevista no

[60]CARNEIRO, Claudio. Processo tributário: Administrativo e judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.
[61]BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de março de 2019.
[62]MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

próprio Código Tributário Nacional, prevê o procedimento de lançamento em todos os passos e as possibilidades de defesa de uma forma que se permita identificar possível dolo de prejudicar a fazenda pública.

A atividade de fiscalizar e determinar a existência do crédito é de responsabilidade do agente administrativo, conforme o artigo 142 do Código Tributário Nacional[63], pode ser contestado em juízo, mas primariamente é de função do fisco o pronunciamento do crédito, apesar disso, não está o juiz vinculado a decidir pela condenação por sonegação apenas em razão da manifestação do agente administrativo responsável.

3.1 Fiscalização revisional

É importante esclarecer que o processo administrativo que enseja o lançamento onde se discute possível *animus* de prejudicar a fazenda pública é a fiscalização revisional, que é posterior aos outros procedimentos, por homologação ou ofício. No procedimento revisional, aquele superveniente ao lançamento de ofício que apresentou irregularidades, podemos fazer um comparativo do processo administrativo tributário e o inquérito policial, ambos procedimentos investigatórios onde não é aplicado todas as garantias de um processo judicial, por óbvio que algumas são aplicadas, como foi dito, é possível a aplicação da ampla defesa de uma forma menor, mas ainda é aplicável, outros princípios que são próprios desses procedimentos e que não se aplicam no processo judicial, por exemplo, o princípio

[63]Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

da oficialidade e inquisitoriedade, no caso do procedimento administrativo é justamente em razão do processo pertencer a administração pública, não ao sujeito passivo. Esse caráter inquisitório também ocorre porque ambos procedimentos são pré-processuais antes de qualquer ação do poder judiciário relacionado ao mérito[64].

O importante aqui é entender que o fato de existir esse procedimento fiscalizatório é diferente de existir o lançamento do tributo, estaríamos confundindo a investigação prévia com o processo, tanto que no caso dos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90 o prazo decadencial só é iniciado após o lançamento do crédito tributário[65].

O procedimento vai ser regulado pelo Decreto nº 70.235/72, que vai regulamentar o processo administrativo fiscal, que é diverso do processo judicial tributário, no qual já existe um contencioso entre a contribuinte e a fazenda pública, também dotado de um informalismo de similaridade ao inquérito policial, mas em razão da aplicação do devido processo legal, o que está prescrito no decreto não pode ser inobservado pelo agente público, o que se tem é uma discricionariedade maior para a fazenda pública avaliar seus créditos.

O resultado da fiscalização, assim como no inquérito policial, pode dar resultado negativo, onde não existe nenhuma irregularidade nas declarações prestadas ao Estado, desse modo, sendo arquivado o procedimento (no caso do Inquérito policial, apenas o Ministério Público pode pedir o arquivamento e o juiz

[64] MACHADO, Hugo de Brito. Manual de direito tributário. São Paulo: Atlas, 2018.

[65] Art. 173 .O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

decidirá se arquiva ou não). É importante que o lançamento esteja devidamente fundamentado até para que o devedor possa fazer sua defesa, lembrando que posteriormente será designado a possibilidade de ampla defesa ao contribuinte, por isso todos os atos devem ter sua justificativa.

3.2 Lançamento definitivo

Com o lançamento feito, é dado prazo para o pagamento do tributo, caso seja realizado encerra-se o feito, não concordando com o resultado da atuação do fisco no seu procedimento de revisão de contas pode o devedor tributário impugnar, isso decorre do próprio direito de petição garantido na constituição federal, quando o indivíduo se sente violado pela atuação do Estado em violação de direito. Assim no Processo Administrativo tributário é garantido o contraditório e a ampla defesa para após o resultado das investigações do fisco, que pode ter agido com inobservância da lei, isso é uma garantia essencial para que exista o desenvolvimento da regularização das contas da fazenda pública, por esses motivos é necessário cientificar o sujeito passivo da instauração do procedimento pelo Termo de início de ação fiscal[66].

Quando o procedimento se torna contencioso, ou seja, quando há uma discussão entre duas partes, no caso aqui discutido, entre a fazenda pública e o contribuinte, se inicia pela impugnação, não é a única defesa desse procedimento, mas sua primeira, posteriormente pode ser feito recurso voluntário (ou em alguns casos até recurso de ofício em caso de decisão desfavorável ao fisco) para o Conselho administrativo de Recursos Fiscais no prazo de 30 dias. Após seu julgamento pela segunda instância administrativa é possível o recurso especial[67] para a Câmara

[66]CARNEIRO, Claudio. Processo tributário: Administrativo e judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

[67]Art. 79 do Decreto 7.574/2011: Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, no prazo de quinze dias da ciência do acórdão ao interessado, de decisão que der à lei tributária interpretação

Superior de Recursos fiscais com fundamento em decisão não unânime ou contrária a lei ou à prova dos autos, ou se for contrária a outras decisões do Conselho administrativo de recursos fiscais ou do próprio conselho especial[68].

Após as decisões de todos esses recursos vai ser feito o auto de infração que é o documento escrito que declara lançado o do crédito tributário com alguma punição pelo não pagamento devido do tributo, sendo cobrada do sujeito passivo que se realizado pagamento a própria administração pública fazendária declarará extinta a obrigação e extrairá a certidão de quitação do crédito tributário[69].

3.2.1 Parcelamento da dívida tributária

Um instituto relevante a ser entendido é a possibilidade do parcelamento da dívida tributária, no qual o próprio sujeito passivo reconhece a dívida e se propõe a pagar de forma parcelada o que deve. Aqui já é possível separar do devedor tributário inadimplente do devedor que tem dolo de atingir a fazenda pública, justamente por sua espontaneidade de confirmar a dívida fundada em favor da fazenda pública.

Como uma forma de arrecadar tributos daqueles que são devedores, mas não tem condições de quitar por inteiro suas obrigações fiscais foi criado o instituto do

---

divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais. BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7574.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

[68]CARNEIRO, Claudio. Processo tributário: Administrativo e judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

[69]CARNEIRO, Claudio. Processo tributário: Administrativo e judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

parcelamento, no qual há um fracionamento da dívida para ser paga em meses, com ou sem multas e juros, antes mesmo de uma ação de execução promovida pela fazenda pública[70].

Com a Lei Complementar nº 104/2001 inseriu alguns dispositivos sobre parcelamento na legislação tributária brasileira, fazendo com que fosse possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em face ao devedor fiscal[71]. E fazendo com que saia do cadastro de inadimplentes podendo requerer uma certidão positiva de efeitos negativos. É benéfico para ambas as partes, para a administração pública que, mesmo valor inferior, irá receber um montante para os cofres públicos em relação àquela dívida fundada, e para o sujeito passivo da obrigação que poderá deixar a inadimplência através desse acordo.

E, por ser um instituto benéfico para ambos, é possível seu requerimento a qualquer momento do procedimento administrativo, mesmo que o sujeito passivo não tenha sido devidamente notificado pela autoridade da fazenda pública. Como é normatizado no próprio Código Tributário Nacional estabelece onde vão ser encontrados os requisitos para se oferecido o parcelamento da dívida tributária, o que vai variar de acordo com a competência para cobrar o sujeito passivo[72]. Lembrando que ele pode ser revogado caso deixe de cumprir os requisitos ou de cumprir o pagamento das parcelas, podendo ensejar até multa conforme o artigo 155 do Código Tributário Nacional:

[70]LEMOS, Rubin. Parcelamento de débito tributário: enfoque atualizado pela lei complementar nº 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

[71]Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário (...) VI – O parcelamento. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

[72]LEMOS, Rubin. Parcelamento de débito tributário: enfoque atualizado pela lei complementar nº 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica,

> Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido (grifo nosso) e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora[73].

Caso ocorra o parcelamento antes de uma eventual condenação pelo conselho fiscal, não é possível saber se inicialmente o indivíduo agiu de má-fé para a obtenção do benefício, por óbvio que não é típico do direito presumir a má-fé, mas também não se pode o indivíduo se aproveitar de sua própria torpeza para ter o parcelamento da dívida ao seu favor, enquanto o que age de boa-fé não tem o mesmo benefício[74].

3.3 Evasão de tributos

O ponto importante aqui é se o indivíduo desde o início, antes do fato gerador, tem a intenção de se evadir da cobrança de tributos, seja parcialmente ou de todo fato gerador, não podemos interpretar da mesma forma o que deixa de pagar por motivos de inobservância ou por discordar da cobrança, daquele que tem o dolo de prejudicar a fazenda pública em benefício próprio, saindo de uma obrigação que é imposta a todos. Nessa questão é que devemos avaliar qual é o momento em que se pode levantar as mínimas suspeitas de intenção de violação a fazenda pública, para se iniciar uma ação penal pelos crimes da Lei nº 8.137/90.

Sempre foi discutido a necessidade de esgotamento da instância administrativa para a atuação da esfera penal, justamente por não estar esclarecido se há crime ainda que pudesse fazer ir além dos limites da competência tributária, essa

[73]BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

[74]LEMOS, Rubin. Parcelamento de débito tributário: enfoque atualizado pela lei complementar nº 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

discussão de independência das matérias de competência, principalmente os efeitos da decisão administrativa no processo penal, essa discussão vem desde a vigência da lei criada em 1990, serve de exemplo o seguinte julgado posterior a lei discutida:

> PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. CANCELAMENTO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. HABEAS-CORPUS.
>
> Em sede crime contra a ordem tributária, instaurada a ação penal fundada em autos de infração fiscal, a subsequente decisão administrativa, de caráter definitivo, que julga improcedente o lançamento, faz desaparecer a justa causa para o curso da ação, impondo-se o seu trancamento (grifo nosso). - Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido.
>
> (STJ - RHC: 8335 SP 1999/0007458-0, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 25/05/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/06/1999 p. 228JSTJ vol. 8 p. 464RDDT vol. 47 p. 174)[75]

Nesse caso, fica evidenciado a dependência do processo penal da atuação administrativa dos órgãos fiscais, só com o termino desse é que o Ministério Público poderia ser acionado para propor a ação penal, por se tratar de um crime de ação penal pública, por óbvio é que o *parquet* o legitimado para propor[76].

[75]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso ordinário em habeas corpus. RHC: 8335 SP. Em sede crime contra a ordem tributária, instaurada a ação penal fundada em autos de infração fiscal, a subsequente decisão administrativa, de caráter definitivo, que julga improcedente o lançamento, faz desaparecer a justa causa para o curso da ação, impondo-se o seu trancamento). - Recurso ordinário provido. Habeas-corpus concedido. Recorrente: Gilberto de Abreu. Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3º região. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 25 de maio de 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro =201700806303& dt_publicacao=09/06/2017. Acesso 30 mar. 2019.

[76]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 609: É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2700. Acesso em: 10 mar. 2019.

Com a ocorrência da incidência do fato gerador há de ser feito um procedimento com a efetiva intimação que a partir dela vai nascer a obrigação, mas não é por ser uma obrigação nascida que teremos o crédito tributário, como foi falado, será necessário que se chegue na fase de lançamento, considerada por Hugo de Brito Machado como a última fase do procedimento onde surge o crédito, esse sim é exigível e possível de imposição de sanções.

O lançamento é uma espécie de procedimento administrativo que vai analisar se houve ocorrência do fato gerador, além de fazer identificações do sujeito ativo e a legitimidade para a cobrança, também apura e determina o valor do crédito, além de aplicação de sanções, apesar do nome, não é um procedimento, mas um ato administrativo, sendo esse ato privativo da fazenda pública há quem entenda que o crédito no momento da incidência do fato gerador já estaria constituído de forma provisória.

Esse procedimento que no seu percorrer vai apresentar sanções a serem impostas ao contribuinte já é possível uma distinção entre a infração tributária que vai ter competência para legislar aquele ente que é incumbido dessa capacidade, seja a União, Estado ou Município, na infração penal, apenas a lei nacional pode tratar do assunto.

Fica evidente o caráter essencial do lançamento do crédito tributário para que se tenha o referido crime, se ausente o procedimento não há o que se falar em ânimo de fraudar a fazenda pública já que o ônus de comprovar isso é da acusação. Lembrando que até lá a obrigação tributária pode ser extinta, seria protelatório um processo penal em trâmite ao mesmo tempo que um procedimento administrativo que resultasse na extinção da obrigação.

Como foi falado anteriormente o que compõe os crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90, assim como todos os crimes, em consequência da teoria finalista da ação, é o dolo ou a culpa, na espécie criminal aqui analisada, o dolo específico de fraudar a fazenda pública para se evadir de uma cobrança. Ora se no decorrer do procedimento administrativo tributário o sujeito passivo pagar sua dívida ou ao menos faz um acordo de parcelamento demostrando sua impossibilidade de pagar, não há o que se falar em intenção de atingir os cofres públicos em benefício próprio.

No caso em que o crédito tributário é parcelado, não sendo pago na sua integralidade ao ente cobrador, não seria uma hipótese de extinção da obrigação, ainda é possível a inadimplência do contribuinte, não é possível considerar a questão tributária já superada, uma vez que é necessário que o prejuízo ao erário estatal já esteja apagado, mas ao mesmo tempo não é possível que o ministério público fique esperando o pagamento até a última parcela enquanto corre o prazo prescricional, o que poderia gerar negociações da dívida fiscal com essência de má-fé, desse modo o Supremo Tribunal Federal já decidiu com esse pensamento:

> 1. Crime contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º, inciso I c/c art. 71 C.Penal): nos termos da L. 10.684/2003, o parcelamento administrativo do débito fiscal determina a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional; somente com a quitação tem-se a extinção da punibilidade (grifo nosso). Precedentes. 2. Habeas corpus: indeferimento. (STF - HC: 90591 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 27/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-03 PP-00553 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 462-468)[77]

[77]BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus. HC 90591. 1. Crime contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º, inciso I c/c art. 71 C.Penal): nos termos da L. 10.684/2003, o

Por esse motivo é possível que o prazo prescricional penal seja suspenso até que a última parcela do crédito negociado seja quitada, ou seja, o poder punitivo estatal vai esperar a resolução da questão prejudicial que pode resultar na extinção da dívida, e caso não sejam pagas todas as parcelas, poderá o estado buscar a punição independente das parcelas que já foram pagas, não caracteriza um injusto, porque se deixado parte do tributo não paga se caracteriza redução para se eximir da dívida tributária[78].

Seis anos após a edição da lei, e já com a discussão sobre a tipificação do crime antes do lançamento, a Lei nº 9.430 de 1996 que dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, trouxe em suas normas como se dá a representação que, como já foi dito, não é necessária para a proposta da ação, mas que é de grande importância para o regular processamento do feito, o processo administrativo de consulta em seu artigo 83, apontou:

> Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente (grifo nosso)[79].

---

parcelamento administrativo do débito fiscal determina a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional; somente com a quitação tem-se a extinção da punibilidade (grifo nosso). Precedentes. 2. Habeas corpus: indeferimento Paciente: Yone de Oliveira Panella. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2488969. Acesso em: 11 de fev. 2019.

[78]ABRÃO, Carlos Henrique. Crime tributário: um estudo da norma penal tributária. São Paulo. 2014.

[79]BRASIL, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

Da forma da lei então exigia-se para que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público seria necessário que houvesse decisão final administrativa, o crime já existe, mas tratava-se de uma formalidade procedimental para o andamento o início do processo penal, assim que vai fazer de certa forma a primeira *opinio delicti* é o próprio agente da administração pública fazendária em sua atividade comum, e somente quando ele entender pela existência de um dolo específico do indivíduo de atingir.

Tratada a importância da manifestação da autoridade fazendária, é possível entender o porquê o entendimento jurisprudencial que foi se desenvolvendo no sentido de deixar o direito penal de lado, sendo usado apenas como último recurso e com a manifestação final da administração pública, tanto que o próprio Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nesse sentindo, que acabou por estabelecer uma súmula vinculante.

3.4 Súmula vinculante 24

Com a evolução desses entendimentos desde a edição da Lei nº 8.137 de 1990 foi possível o desenvolvimento jurisprudencial da necessidade do crédito tributário para que possa começar a persecução penal além da tutela proporcionada pela lei 9.430 de 1996. Foi nesse sentido em que apesar de não ser uma condição a representação da autoridade fiscal para que fosse proposta a ação[80], em razão de ser

[80]Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 81.611. EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de

pública incondicionada, que em 2009 foi editada a súmula vinculante 24, com o seguinte texto:

> Súmula Vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Foi por fim, consolidado o entendimento da necessidade do lançamento, que como vimos o último passo do procedimento fiscal, para que só assim o órgão acusador pode se valer da persecução penal, até esse momento não há justa causa por ser uma conduta atípica, por isso existe uma diferença do pensamento da súmula e o artigo 83 da Lei nº 9.430 de 1996, na lei tratava-se de uma questão processual, já na súmula vinculante 24 estamos falando de que o fato não constitui crime, o que pode restar como falta de justa causa.

Por esse modo atualmente podemos entender, como melhor explicado por Maximiliano Roberto Ernesto Führer[81], não se trata de condição de procedibilidade, mas o crédito tributário de forma concreta, sem o qual não é possível que se reconheça o crime de sonegação, ou seja, para que o elemento crédito exista nessa relação é necessária a conjuntura de lançamento com notificação e prazo, elementos que fazem parte do processo administrativo.

---

punibilidade ou um elemento normativo de tipo (grifo nosso). 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo. Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de dezembro de 203. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+81611%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+81611%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d36mrn9. Acesso em: 20 fev. 2019.

[81]FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 2010.

Observação importante é que a jurisprudência vem se manifestando no sentido de que o trancamento da ação penal baseado na súmula vinculante 24 em razão de não ter sido lançado o crédito tributário ainda, não impede que o órgão acusador posteriormente retorna ao ajuizamento da ação quando terminado o procedimento administrativo, dessa forma, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário de habeas corpus:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. DENÚNCIA OFERECIDA EM 2010. PROCESSO TRANCADO PELO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA N. 24 DO STF. TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NOVA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO SANAR A FALTA DE JUSTA CAUSA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É cabível a renovação de imputação contra o mesmo réu quando comprovada a materialidade do crime de sonegação fiscal, ainda que acórdão concessivo de habeas corpus haja trancado prematuramente processo anterior - versando sobre idênticos fatos, por aplicação da Súmula n. 24 do STF. 2. Na nova denúncia, o Ministério Público sanou a falta de justa causa da ação penal e registrou expressamente que, "estando os débitos inscritos em dívida ativa da União [...], sem qualquer causa de suspensão da exigibilidade", estaria "vencida (grifo nosso) [...] a materialidade delitiva do crime" (fl. 556). 3. Recurso ordinário não provido. (STJ - RHC: 66061 RJ 2015/0305350-5, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/06/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2016)[82]

[82]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. RHC 66061. 1. É cabível a renovação de imputação contra o mesmo réu quando comprovada a materialidade do crime de sonegação fiscal, ainda que acórdão concessivo de habeas corpus haja trancado prematuramente processo anterior - versando sobre idênticos fatos, por aplicação da Súmula n. 24 do STF. 2. Na nova denúncia, o Ministério Público sanou a falta de justa causa da ação penal e registrou expressamente que, "estando os débitos inscritos em dívida ativa da União [...], sem qualquer causa de suspensão da exigibilidade", estaria "vencida (grifo nosso) [...] a materialidade delitiva do crime" (fl. 556). 3. Recurso

Por óbvio, mas sendo importante lembrar é que a decisão de falta de justa causa para a ação de crime contra a ordem tributária vai fazer coisa julgada formal, ou seja, não se analisa o mérito, podendo o Ministério Público esperar o fim do procedimento para retomar a ação que antes foi rejeitada, muito parecido com o arquivamento por falta de provas no âmbito do inquérito policial, o qual permite sua instauração novamente no caso de novas provas.

Aqui nos crimes contra a ordem tributária, também é bem provável não existir prova da materialidade, que é um dos elementos da justa causa em razão justamente de ser necessário que o crime seja ali demostrado, independentemente de ter ou não conhecimento se foi o contribuinte responsável pelo ato, não poderá ser julgado por um fato que não existiu, lembrando que o dolo é parte integrante do crime, sua ausência ou desconhecimento não.

Da mesma forma, se mostra o tributo constituído, com base nas próprias decisões que levaram a edição da súmula, o tributo não existe até o lançamento pelo ente administrativo responsável, assim o objeto material do delito e o consequente prejuízo da administração pública não passam de meras especulações do agente da fazenda pública ou do Ministério Público, nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes em discussão sobre o assunto:

> "Em princípio, atesto que a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência, nem tampouco fixar o montante da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da decisão final administrativa. Vale ressaltar que, a partir do precedente

ordinário não provido. Recorrente: Waldimir Lauret. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a): Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201503053505. Acesso em: 20 fev. 2019.

> firmado no HC 81.611/DF, firmou-se nesta Corte jurisprudência no sentido de que o crime contra a ordem tributária (art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. É que, em razão da pendência de recurso administrativo perante as autoridades fazendárias, não se pode falar de crime (grifo nosso). Uma vez que essa atividade persecutória funda-se tão somente na existência de suposto débito tributário, não é legítimo ao Estado instaurar processo penal cujo objeto coincida com o de apuração tributária que ainda não foi finalizada na esfera administrativa."(HC 102.477, voto do rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 28-6-2011, DJE 153 de 10-8-2011.)[83]

Exposto o voto do Ministro, é claro o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, se não há o objeto material do crime, ou seja, o tributo, não há o que se falar em crime da Lei nº 8.137 de 1990, parece bem lógico se levarmos em consideração que o crime tributário é um crime material, no qual necessita do resultado de tributo existente, mas suprimido.

3.5 Condições da ação e a súmula vinculante 24

Após a exposição da súmula vinculante 24 e sua fundamentações, podemos entender a importância da separação de esferas, é importante aqui olharmos novamente para as condições da ação e sua importância no processo de crimes da Lei nº 8.137 de 1990, como a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir,

[83]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus. HC 102.477. Habeas Corpus. 2. Crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, I e II). 3. Denúncia oferecida quando o crédito tributário já havia sido devidamente constituído. Ato expedido pelo Secretário da Receita Federal declarando a nulidade das decisões que não tenham admitido o recurso voluntário dos contribuintes por descumprimento do requisito do arrolamento de bens e direitos. 4. Inexistência de lançamento definitivo. 5. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. 6. Ordem concedida. Paciente: Newton José de Oliveira Neves. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de junho de 2011. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3825491. Acesso em: 15 mar. 2019.

legitimidade da parte e, o que diferencia dos outros ramos do direito, a justa causa, como foi o entendimento que abordamos aqui.

Em relação a possibilidade jurídica do pedido, conforme foi explicado, tem seu conteúdo constituído na existência de um fato típico e antijurídico, que é basicamente o que constituí o crime[84], nesse sentido, nos casos dos crimes da Lei nº 8.137 de 1990 como foi discutido, só vai existir o fato típico com o devido lançamento, dessa forma, a importância do encerramento administrativo para a instauração do tributo constituído.

Ora, se só existe possibilidade jurídica do pedido quando existe um crime com todos os seus elementos, e o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o objeto do crime só está constituído com o lançamento, só pode existir essa condição da ação depois do lançamento definitivo, por óbvio, não há consumação, por consequência não há crime, nesse sentido:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Lei 8.137/90, art. 1º. LANÇAMENTO FISCAL: CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. I. - Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento (grifo nosso). [...]- HC indeferido. (HC 85207, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 29-04-2005 PP-00046 EMENT VOL-02189-02 PP-00412 RTJ VOL-00195-02 PP-00567 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 473-481)[85]

[84]MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium, 2003.

[85]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus. HC 85207. Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento (grifo nosso). É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí a prescrição. HC 81.611/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10.12.2003. II. - No caso, o crédito fiscal já está constituído, por isso que não cabe mais nenhum recurso da decisão do Tribunal

A denúncia do ministério público na esfera penal vai buscar uma condenação quando oferecida, mas isso só é possível se existir um crime, por isso a denúncia só vai preencher a condição da possibilidade jurídica do pedido se ela tiver como base um crime tributário com todos os seus elementos já constituídos, caso contrário não será recebida por falta de uma condição da ação.

Já em relação a legitimidade da parte, é um requisito para a denúncia, conforme o artigo 41 do Código de Processo Penal[86], a identificação do suposto autor do crime, sendo vedada a denúncia genérica, devendo ser toda a conduta individualizada, existem posicionamentos a favor da denúncia de forma genérica[87], mas não vamos nos estender nessa discussão, em relação ao entendimento atual é necessária a individualização da atuação de cada agente no fato narrado, caso não tivesse o autor do fato no pedido de condenação com a relação entre sua conduta e o resultado haverá ilegitimidade passiva.

Além disso, como foi falado, a justa causa tem como um dos seus elementos o "indício de autoria", o que é ter provas mínimas para indicar quem possa ter praticado o delito, por essa razão a legitimidade passiva que é uma condição da ação, assim como parte da justa causa serão alimentadas pelo sujeito passivo do procedimento administrativo tributário que vai individualizar de forma inicial as

Fiscal Administrativo: Lei gaúcha 6.537, de 1973, art. 63. III. - HC indeferido. Paciente: Walmir Maciel. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 de abril de 2005. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259787. Acesso em: 20 mar. 2019.

[86]Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

[87]VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ações dos futuros acusados pelo Ministério Público para ser proposta a ação penal com o cumprimento dessas condições da ação[88].

Em relação ao interesse de agir, como foi falado anteriormente, pelo ensinamento de Ada Pellegrini, é dividido em três partes[89], em relação a necessidade, entendida como ser a única maneira de alcançar o resultado pretendido, sendo assim, o que foi mostrado até agora é que o direito penal age subsidiariamente em relação ao direito tributário, assim, se o poder fiscalizatório não conseguiu encerrar a discordância só nos resta recorrer ao direito penal, assim o lançamento do tributo e a representação do agente administrativo na conformidade com a súmula vinculante 24 nos mostra como uma declaração de que se faz necessário recorrer ao uso da esfera penal.

Já em relação ao interesse-utilidade, o caminho do processo penal se demonstra possível existir um resultado útil, tanto na utilidade de buscar punição ao agente que cometeu o delito, já que o meio administrativo com seus juros e multas foi ineficiente, assim como a utilidade para uma possível restituição do valor lesado aos cofres públicos[90].

Por último em relação ao interesse de agir, o interesse-adequação que consiste na compatibilidade do fato ocorrido e o pedido de consequência jurídica solicitado pelo ministério público, podemos entender aqui que existe a adequação quando se chega a conclusão no procedimento administrativo que houve o dolo de atingir a fazenda pública, o pedido de condenação após o lançamento parece adequado a

[88]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *et al.* Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
[89]GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, V. 15
[90]BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

realidade fática de uma conduta que tinha como escopo prejudicar a ordem tributária[91].

3.5.1 Justa causa

Com relação a justa causa, que é entendido por alguns autores como o interesse de agir, aqui nós acabamos por adotar o entendimento de ser a quarta condição da ação penal[92], se constitui de dois elementos, a "prova da materialidade" e o "indício de autoria", que vão ensejar em uma base para que o magistrado receba ou não a denúncia, como uma produção pré-processual para apontar um possível fato criminoso[93].

Em relação a prova da materialidade, por óbvio que no decorrer da ação administrativa todos os elementos que constituem o crime se encontram até o final com o lançamento definitivo, primeiro com o fato típico onde a conduta, que também inclui o dolo em razão da teoria finalista, que nesse caso vai ser o dolo de fraudar a fazenda pública em benefício econômico próprio e que se alcançado teremos o resultado também exigido em alguns delitos da Lei nº 8.137 de 1990, como no caso do crime de sonegação[94].

Em relação a punibilidade que não integra o conceito de crime, mas é decorrente dele para o estado poder aplicar a pena, que pode ser extinta por diversos outros institutos como, por exemplo, a prescrição, o crime tributário que por óbvio também tem incidência das causas extintivas da punibilidade caso se apresente na

[91]MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium, 2003.
[92]JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003
[93]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de,*et al*. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
[94]VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

relação fática, não poderá o direito penal correr pelas vias processuais para impor a punição, justamente por existir uma causa impeditiva.

Em relação a prescrição é interessante o ponto que reforça a ideia do nascimento do crime apenas com o lançamento definitivo, se percebemos como a existência de um crime gera a punibilidade, a mesma não vai existir anterior mente ao crime e como já foi abordado, a prescrição dos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137 de 1990 só tem seu prazo iniciado após o lançamento definitivo[95], nesse sentido, no mesmo acórdão já mostrado:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. Lei 8.137/90, art. 1º. LANÇAMENTO FISCAL: CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. [...] É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí a prescrição (grifo nosso). [...] (HC 85207, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 29-04-2005 PP-00046 EMENT VOL-02189-02 PP-00412 RTJ VOL-00195-02 PP-00567 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 473-481)[96]

Dessa maneira, podemos pensar que não há como se exigir que o estado corra contra o tempo para buscar a punição do agente quando ainda não existe crime, não se persegue um direito que ainda não se concretizou, e reiterando, não há o que se

[95]LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[96]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Habeas Corpus. HC 85207. Falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137, de 1990, enquanto não constituído, em definitivo, o crédito fiscal pelo lançamento (grifo nosso). É dizer, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí a prescrição. HC 81.611/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10.12.2003. II. - No caso, o crédito fiscal já está constituído, por isso que não cabe mais nenhum recurso da decisão do Tribunal Fiscal Administrativo: Lei gaúcha 6.537, de 1973, art. 63. III. - HC indeferido. Paciente: Walmir Maciel. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 de abril de 2005. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259787. Acesso em: 20 mar. 2019

falar em justa causa para a persecução penal quando ainda é inexistente o direito de punir.

Ainda em relação a materialidade, nada veda a utilização de perícia em juízo a pedido das partes, em razão do princípio da ampla defesa e do contraditório, ou pelo próprio juiz durante a instrução criminal, mas na relação pré-processual o que é exigido como prova da materialidade é entender o fato, por isso é possível encontrar no próprio auto de infração, sendo juntados outros documentos, como notas fiscais "calçadas", que são aquelas que tem o valor não correspondente ao produto ou serviço do fato gerador. Assim também podem ser juntadas notas fiscais paralelas encontradas[97].

Todos esses documentos podem ser apoio para ter prova da materialidade suficiente para ser considerada justa causa, e como vem desde muito tempo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o crimes da Lei nº 8.137 de 1990 podem ter o exame de corpo de delito realizado de forma indireta, sendo considerado como exame de corpo de delito a própria atuação do fisco[98], justamente por ser possível demostrar através do término do processo administrativo, por óbvio que não é unanimidade entre todos os crimes tributários, os crimes que envolvem falsidade certamente vão precisar de um exame mais preciso nos documentos colhidos, podendo envolver até, com autorização judicial, a quebra do sigilo bancário.

[97]LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

[98]BARBOSA, Emerson Silva. Sistema de prova no Direito brasileiro e a obrigatoriedade do exame do de corpo de delito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9432. Acesso em 20 mar. 2019.

Em relação aos indícios de autoria como foi falado anteriormente sobre a legitimidade, o próprio procedimento administrativo vai indicar o possível autor do crime, lembrando que aqui são somente "indícios de autoria", não requer uma robustez tão forte quanto a materialidade, podendo se valer de informações menos sólidas, isso não pode ser confundido com apontamentos sem fundamentemos, mas com base em todo procedimento administrativo, apenas para indicar quem possivelmente agiu no fato delituoso que será o legitimado passivo da ação penal.

Por isso é importante a oportunidade de defesa oferecida no procedimento administrativo para que seja possível apurar a autoria da infração, para caso seja identificada a materialidade do delito, também acabe existindo por consequência o indício de autoria.

O que é importante entender nessa exposição é que além de ser uma condição específica de procedibilidade o lançamento definitivo do tributo pelo órgão administrativo que ocorre após todo esse procedimento da esfera administrativa, que da oportunidade de defesa e seu recurso especial, é possível extrair todas as condições da ação penal, isso não é falar em um julgamento prévio para uma condenação, o que é justamente a função dessas condições, evitar uma imputação sem o mínimo de condições fáticas e procedimentais para se iniciar um processo.

Assim, por não existir no processo penal brasileiro um procedimento obrigatório para coletar informações que vão fazer o órgão acusador decidir sua *opinio delicti*, nada impede que o próprio procedimento administrativo tributário ao tratar de uma cobrança que entenda por faltar nos cofres públicos seja aproveitado para dar início a uma ação penal, até porque nos crimes da Lei nº 8.137 de 1990 o

direito penal age como algo distante do objeto do crime, sendo o princípio da subsidiariedade penal aplicado de sua forma mais pura[99].

Como as quatro condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, que tem sua relação com a existência do fato em conformidade com o tipo penal[100] que será extraído do procedimento administrativo tributário que pode constatar a existência de um fato antijurídico no decorrer de seu andamento ao saber das razões de não pagamento do tributo ou irregularidades, é apenas com o lançamento definitivo que vai existir o delito de acordo com a súmula vinculante 24, dessa forma a antijuridicidade se apresenta no encerramento do procedimento administrativo tributário.

O mesmo ocorre com o interesse de agir nas ações penais nos crimes contra a ordem tributária, que tem o entendimento majoritário da doutrina dividida em suas três divisões (utilidade, necessidade e adequação)[101] também se encontram presentes ao decorrer do procedimento administrativo, e principalmente a necessidade que tem uma relação muito forte com o caráter subsidiário do direito penal.

A legitimidade da parte, que se vai ser levada do processo administrativo adiante tanto a passiva, que se relaciona justamente com o sujeito que responde pela irregularidade fiscal perante o órgão da fazenda pública, como legitimidade ativa, que nesse caso, a partir do esgotamento da esfera tributária, tem uma mudança em

[99]LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
[100] MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP: Millennium, 2003.
[101]GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, V. 15.

quem tem a legitimidade anterior ao lançamento é do agente administrativo, após é de incumbência do Ministério Público, por ser ação incondicionada[102].

Por fim a justa causa se apresenta como condição especial no processo penal está em perfeito alinhamento com a conclusão de um processo administrativo, seja por indícios de autoria, que vai ser o próprio sujeito passivo do procedimento que responde perante todos esses atos processuais, que vai exercer sua defesa mais de uma vez antes do lançamento definitivo, lembrando que são apenas indícios, não fazendo assim um julgamento antecipado do mérito.

Em relação a prova da materialidade, que necessita de um exame mais aprofundado que o indício de autoria, tem como base a própria súmula vinculante 24, onde estabelece a existência do crime a partir do lançamento definitivo por só existir tributo com o fim do procedimento, que poderá concluir que o pagamento apenas não ocorreu por motivos que não se confundem com o dolo específico de fraudar, ou com a comprovação da elisão de tributos proposital, que se transforma na prova da materialidade.

Por essas razões a justa causa nasce juntamente com o cumprimento exigido pela súmula vinculante 24 que tem sua incidência no encerramento do procedimento administrativo tributário, e somando a justa causa com todas as condições da ação que também serão colhidas no decorrer desse procedimento, pode ser oferecida a denúncia tão somente a partir do lançamento definitivo.

4. CONCLUSÃO

[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 609. É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario Sumulas.asp?sumula=2700. Acesso em 15 mar. 2019.

Após o apresentado, é claro que no processo penal os meios utilizados para a existência dos elementos constitutivos para se iniciar uma ação penal não têm um procedimento único imutável, podemos ainda dizer que muitas vezes não existe sequer formalismo, dessa maneira, o procedimento que vai colher todas as informações necessárias antes do processo vai depender do crime cometido e do contexto fático.

Por essa razão nada mais adequado que nos crimes contra a ordem tributária seja possível o uso do procedimento administrativo que faz o lançamento definitivo do tributo, por óbvio que isso não veda um possível inquérito policial, mas se logo no processo administrativo for possível a colheita de todas as condições da ação, incluindo a quarta condição, a justa causa, poderá os autos desse procedimento serem suficientes para convencer o acusador em sua *opnio delicti* e propor a ação penal.

Apesar de a denúncia ainda não carregar os elementos definitivos de prova sendo algo bem raso em questão de validade probatória, deve ainda cumprir certos requisitos, ou como o próprio nome do instituto diz "condições da ação", todos os elementos que se faltarem pode ensejar a rejeição da denúncia conforme o artigo 395 do Código de Processo Penal.

Se mostra válido a utilização de um procedimento administrativo para usar de argumentação no preenchimento das condições da ação, principalmente da justa causa, justamente por não haver um procedimento específico obrigatório ou uma formalidade exigida para encontrar qualquer condição ou pressuposto da ação criminal.

Com base na informalidade no procedimento pré-processual penal e no grande acumulo de informações no processo administrativo tributário, que muitas das vezes pode até se tornar desnecessário um inquérito policial, ou sua utilização apenas para algumas informações complementares para agregar aquilo que já vem da esfera administrativa.

Em se tratando das condições da ação penal, em um primeiro momento ao falarmos de legitimidade da parte podemos abordar dois caminhos, na legitimidade ativa, temos um marco de mudança em quem são os legitimados, antes do lançamento definitivo, onde ainda não há crime conforme a súmula vinculante 24, entende-se que a legitimidade para perseguir o cumprimento da dívida tributária é da própria fazenda pública, mas no momento onde ocorre o lançamento definitivo com a devida representação do órgão fiscal em razão de um crime contra a ordem tributária, teremos ai uma legitimidade ativa de exclusividade do ministério público, conforme o próprio artigo 129, inciso I, da Constituição Federal[103] e como os crimes contra a ordem tributária são de ação penal incondicionada de acordo com a súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, não há dúvidas na legitimidade ativa do Ministério Público.

No caso da legitimidade passiva, é evidente que no decorrer do procedimento administrativo teremos o reconhecimento do agente delitivo no crime tributário que inicialmente era apenas um inadimplente do tributo até seu lançamento definitivo, com o lançamento definitivo do tributo e com indício de um delito tributário, o

[103] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de março de 2019.

mesmo agente passivo do procedimento administrativo, não restando dúvida a respeito disso.

Na possibilidade jurídica do pedido, que está relacionada a existência de um crime com todos os seus elementos, a súmula vinculante 24 já estabelece que o tributo só se torna existente com o lançamento definitivo, sendo assim o objeto do crime só vai existir no encerramento da atividade administrativa, antes disso não há o que se falar em possibilidade jurídica do pedido.

Em relação ao interesse de agir e suas três divisões se relacionam com a necessidade podemos entender que com o lançamento definitivo do tributo e a administração esgotou seus meios de cobrar a dívida do delinquente, só resta ao direito penal agir, tudo isso em conformidade com seu caráter subsidiário. Com relação a utilidade, o processo penal vai se mostrar útil para reestabelecer a confiança na ordem fiscalizatória tributária, além de na própria sentença ser possível a condenação a restituição dos valores decorrentes da ação delituosa.

No interesse relacionado à adequação, não resta dúvidas que no esgotamento dos institutos administrativos para exigir o pagamento, e que o agente passivo da dívida poderia ter pago, ou se justificado demostrando sua boa-fé, somado com a identificação de um suposto delito em razão da má-fé do devedor da fazenda pública, o meio adequado não resta dúvida ser a esfera penal.

Agora em relação a quarta condição da ação, a justa causa consistente em indícios de autoria e prova da materialidade, o procedimento administrativo tributário que resulta no lançamento definitivo no seu encerramento possui elementos para qualificar uma autoria (não provas concretas, já que se trata apenas de indícios), isso se mistura bastante com a identificação da legitimidade da parte

passiva, isso porque em todo o procedimento será analisado o autor responsável pela dívida, com a possibilidade de defesa e de recursos. Em relação a prova da materialidade é possível encontrar após o lançamento definitivo da súmula vinculante 24 o tributo do qual o indivíduo se omitiu no pagamento ou agiu com fraude, com o esgotamento da via administrativa e o não pagamento e uma identificação de fraude por parte do fisco, se mostra encontrada a materialidade do crime, sendo assim existente justa causa.

Cumpre-se assim todas as condições da ação através de apenas do procedimento administrativo, podendo o mesmo ser usado para fundamentar uma ação penal proposta pelo ministério público, em razão também de não ser exigido um procedimento obrigatório pré-processual, sendo o inquérito policial dispensável se já existente as condições exigidas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Crime tributário: um estudo da norma penal tributária. São Paulo. 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira . Teoria geral do processo. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral I. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta

relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7574.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2019

BRASIL, Exposição de motivos nº 088, de 28 de março de 1990, lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8137-27-dezembro-1990-367271-exposicaodemotivos-149643-pl.html. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 30 mar. 2019

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172 Compilado.htm. Acessado em 30 mar. 2019.

BRASIL, Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

CARNEIRO, Claudio. Processo tributário: Administrativo e judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *et al*. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4.727, de 28 de dezembro de 2011. Dispõe sobre as isenções do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do

Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, prorroga a vigência de isenções da Taxa de Limpeza Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=4727&txtAno=2011&txtTipo=5&txtParte=. Acesso em: 20 fev. 2019.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, v. 15.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal: Estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LEMOS, Rubin. Parcelamento de débito tributário: enfoque atualizado pela lei complementar nº 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 85-7469-207-7.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOVATTO, Alecio Adão. Crimes tributários: aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Manual de direito tributário. São Paulo: Atlas, 2018. 978-85-97-01561-4.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de processo penal. São Paulo : Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas/SP : Millennium, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo : Malheiros, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo : Atlas, 2007. 978-224-4326-0.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIOS, Rodrigo Sánchez. O crime fiscal, reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SANCTIS, Fausto Martin. Direito Penal tributário: aspectos relevantes. São Paulo: Bookseller, 2005.

STOCO, Rui, Sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2018.

VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 85-7674-532-1

.

Ciências
Criminais

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ACÓRDÃO SOBRE A ADPF 347

Érica Barbosa Tobias da Silva

RESUMO

O presente trabalho abordará a crise institucional do sistema penitenciário brasileiro, e tem como base, a declaração do seu "estado de coisas inconstitucional", na Medica Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF. O objetivo geral do trabalho é analisar a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. E, o objetivo específico é verificar se há legitimidade na atuação do STF na ADPF 347, já que se trata de ativismo judicial. Será demonstrado por meio da metodologia de análise de decisão (MAD), que se trata da prática de ativismo judicial estrutural-dialógico, sem que haja confronto com o princípio da separação dos poderes, e que somente com as transformações estruturais da atuação do Poder Público, será modificado esse estado inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. O estudo da matéria é relevante uma vez que os magistrados ao lidarem com a crise institucional estudada - que é prejudicial para toda a sociedade-, precisam dar uma decisão que seja satisfatória. E, neste sentido, a construção de um diálogo entre os Poderes, portanto, é útil para a efetividade da justiça no caso concreto, tendo como base a Constituição Federal.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a crise institucional do sistema penitenciário brasileiro, e tem como base, a declaração do seu "estado de coisas inconstitucional",

na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF.

A situação penitenciária brasileira é calamitosa e precária, resultando assim, em uma serie de violações aos direitos fundamentais dos presos.

E, nesse sentido, a omissão estatal viola claramente os compromissos assumidos pelo Brasil através de Tratados, bem como ao disposto na Constituição Federal, levando o Poder Judiciário a interferir na atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Trata-se de um ativismo judicial, sem que haja confronto entre os poderes.

Em razão disso, é importante trazer à luz o debate sobre estas constantes violações à preceitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, e o reconhecimento, por parte do Judiciário, sobre a situação inconstitucional, dando a devida importância a este tema, uma vez que somente com as transformações estruturais da atuação do Poder Público será modificado esse estado inconstitucional.

O objetivo geral do trabalho é analisar a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. E, o objetivo específico é verificar se há legitimidade na atuação do STF na ADPF 347, já que se trata de ativismo judicial.

O trabalho foi dividido em dois capítulos.....

Em linhas gerais, no primeiro capítulo, serão expostas as principais violações descritas na petição inicial da ADPF n° 347, que denunciam a precariedade do sistema prisional brasileiro, após será analisado o fenômeno do estado de coisas

inconstitucional e a sua possível aplicação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como as suas consequências.

No segundo capítulo, serão feitos apontamentos doutrinários acerca do princípio da separação dos poderes, proposto por Aristóteles e Montesquieu, e acerca do ativismo judicial (Luís Roberto Barroso, Elival da Silva Ramos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos) e seu possível caráter estrutural-dialógico, para compreender se há legitimidade na atuação do STF na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

1 DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A Corte Constitucional da Colômbia desenvolveu uma técnica decisória para enfrentar e superar as situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, qual seja, o estado de coisas inconstitucional, exigindo uma atuação coordenada de vários atores sociais. Quando usada essa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e determina que os demais poderes do Estado e entidades estatais tomem providências para superar a violação dos direitos fundamentais.[1]

Logo, entende-se, que é uma técnica ou mecanismo jurídico criado e empregado por uma Corte constitucional, reconhecendo e declarando as violações generalizadas dos direitos e garantias fundamentais, cometidas por diversas

[1] GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017. p. 81. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana. Acesso em: 30 out. 2018.

autoridades públicas e, que, somente com a atuação destas autoridades pode cessar tais violações, nesse sentido, destaca-se:

> [...]
>
> Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.[2]

E, para constituir o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte elenca alguns fatores, sendo eles: i) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; iii) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; iv) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; v) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.[3]

---

[2] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 30 out. 2018.

[3] CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-025/04*. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

A primeira vez em que a Corte Constitucional da Colômbia declarou o estado de coisas inconstitucional, foi na Sentencia de Unificación (SU) nº 559 de 1997, sendo fundamentada no dever institucional de colaboração entre os poderes estatais[4]. Nesse sentido, destaca-se do texto da sentença:

> [...]
>
> si el *estado de cosas* que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el e*stado de cosas* no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.

Portanto, a Corte constitucional entendeu que se um "estado de coisas" contraria a Constituição Política, deverá haver uma colaboração entre o tribunal e os demais órgãos do Estado, e, sendo guardiã da Constituição, seria um meio legítimo para a corte agir, com o objetivo de reestabelecer a ordem fundamental violada.[5]

E, é nesse sentido, que foi declarado no caso brasileiro o estado de coisas inconstitucional em seu sistema prisional. Interposto através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347, de 2015, pretendeu-se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, diante do seu estado precário, cenário totalmente incompatível com a

[4] Ibidem.
[5] Ibidem.

Constituição Federal Brasileira, bem como dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, e a Lei de Execução Penal Brasileira.

1.1 A crise no sistema carcerário brasileiro e a ADPF n° 347

Surgindo como uma nova alternativa para a jurisdição constitucional brasileira, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 27 de maio de 2015, foi requerido o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante das profundas e generalizadas violações de direitos e garantias fundamentais dos presos, tornando o cenário prisional deficiente.[6]

A situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, demonstram o descaso e a falta de políticas públicas, por parte do poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário), ferindo diretamente preceitos fundamentais desta excluída parte da sociedade. O PSOL, na petição, logo de início, descreve o cenário fatídico das prisões no Brasil[7], senão veja:

> 2. As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência

[6] SANTOS, Helena M. P. dos. *et al*. Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, Número Especial, 2015. p. 2604. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941. Acesso em: 10 out. 2018.

[7] ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf

> judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.

A petição traz dados que comprovam tais constatações, e alega que há o conhecimento amplo pelas autoridades públicas e pela sociedade. Em complemento, cita relatórios, pareceres e declarações de autoridades públicas acerca da situação prisional do país[8].

Nesse sentido, cumpre destacar os trechos utilizados na petição, como: i) o relatório final da CPI do Sistema Carcerário, promovida pela Câmara dos Deputados, de 2008:

> [...]Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas;[9]

Bem como, ii) a declaração pública, em 2012, do então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo que admitiu ser as prisões brasileiras verdadeiras "masmorras medievais", confessando que preferia até morrer a ser preso numa delas;[10] iii) O ministro Celso de Mello frisou o "descaso, negligência e total indiferença do Estado" em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, ... A pessoa sentenciada

[8] ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf

[9] BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701. Acesso em: 3 fev. 2019.

[10] RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. G1 GLOBO, nov. 2012. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740. Acesso em: 3 fev. 2019.

acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia"[11]. Entre outras citações, por fim, restou claro, estar todos (Estado e sociedade) a par da real situação dos presídios brasileiros.

Ainda, a título de ciência por parte do Estado, sobre a situação real dos presídios brasileiros, faz-se importante a menção acerca dos julgados RE 580.252-RG[12] e RE 592.581-RG[13], onde foram discutidos o direito de indenização do preso em virtude das condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, bem como o dever que o Poder Judiciário tem para determinar a realização de obras e reformas dos presídios em situação de emergência, garantindo assim os direitos fundamentais dos presos. Nesses julgamentos, já tinha sido alertado ao Poder Público sobre o estado inconstitucional do sistema[14].

Ademais, mister se faz a citação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que corrobora com a visível desvirtuação da perspectiva de ressocialização do preso no Estado brasileiro, "quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção,

[11] BALIARDO, Rafael. *et al*. Ministros do STF criticam sistema prisional brasileiro. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro. Acesso em: 3 fev. 2019.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 580.252-RG. Embargos Infringentes, reparação por dano moral, superlotação carcerária [...]. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918. Acesso em: 23 fev. 2019.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 592.581-RG. Repercussão Geral, Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964. Acesso em: 23 fev. 2019.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 3 fev. 2019.

se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação".[15]

Em verdade, o Estado brasileiro tem se mostrado omissivo, mesmo com os alarmantes índices de violações à Constituição, o crescente aumento da massa carcerária e a exposição do país em âmbito internacional, o qual se sabe ter grande importância nas relações com o exterior, principalmente países que aderiram ao compromisso de defesa dos Direitos Humanos. [16]

E, assim, fica claro que o que falta ao Poder Público é o interesse político para mudar tal realidade. Nesse tocante, a petição inicial, no item 13, observa que os presos fazem parte de uma parcela impopular na sociedade brasileira, e nem possuem direito ao voto, fator determinante para que o sistema político não tenha interesse nessa área. Observa ainda, "[...] os direitos fundamentais das minorias têm de ser levados a sério. O seu respeito não pode depender de juízos discricionários, de preferências ideológicas ou de cálculos de conveniência política dos governantes de plantão".[17]

Portanto, muito além de juízos discricionários da sociedade e de políticos, está a observância de compromissos assumidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como nos Tratados e Convenções que tratam da dignidade da pessoa humana, compromissos estes que não fazem distinção de classe, raça ou condição, ou seja, os presos, apesar de sua condição de recluso, também são seres

[15] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 4-5. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

[16] BRASIL, ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

[17] Ibidem.

humanos e fazem parte do Estado, e como tal, merecem ter seus direitos e garantias respeitados.[18]

Em seguida, no item 6 e 8, o PSOL aborda a questão da esfera internacional, isto é, a intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil a cumprir medidas provisórias para solucionar os problemas vividos pelos presos de vários presídios do país. Foram os casos do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, em Recife-PE, da Penitenciária Urso Branco, em Porto Velho-RO, do Complexo do Tatuapé, em São Paulo-SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara-SP, e do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA.[19]

A título de exemplo, cita-se o caso do Complexo de Pedrinhas, em São Luís/MA, que foi imposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua Comissão, o cumprimento de medidas cautelares ao Estado brasileiro, em razão das informações recebidas em outubro de 2013, que devido a conflitos entre facções criminosas rivais e motins, ocorridas neste centro penitenciário, neste mesmo ano, entre outros, houveram 40 mortes violentas, bem como dezenas de feridos. Essa informação foi recebida pela Comissão, por parte das organizações Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, Ordem dos Advogados do Brasil, Justiça Global e Conectas Direitos Humanos.[20]No entanto, o Poder Público já tinha conhecimento há muito tempo das graves violações de direitos fundamentais no sistema carcerário de Pedrinhas, e, mesmo assim, foi ignorado.

[18] Ibidem.

[19] BRASIL, ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

[20] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

Por fim, em meio aos problemas relatados, foi que o PSOL chegou a vários pedidos, cautelares e definitivos, que embora, exaustivos, são pedidos que visão alcançar uma solução para essa questão negligenciada há tanto tempo.[21] E, para uma melhor visão da real situação das prisões brasileiras e o nexo com os pedidos, foram levantados dados, que se verificará a seguir. O inteiro teor dos pedidos encontra-se em anexo.[22]

1.2 Dados do MJ/ INFOPEN e do CNJ que comprovam a crise no sistema prisional brasileiro

Como sabido, a realidade do sistema prisional brasileiro é bem complexa, envolvendo números altíssimos de encarcerados por todo o país. Através do INFOPEN (sistema de informações estatísticas do Ministério da Justiça), que é feito o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, reunindo dados sobre a realidade carcerária nacional e transformando-os em relatórios periódicos.

Cabe salientar, que os dados aqui expostos referem-se ao período de 2014/ 2015, que foram utilizados para a confecção da petição inicial da ADPF n° 347. O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Rede Justiça Criminal, defende a colheita de tais dados, e afirma que, seria através desses dados públicos oficiais, que se deve construir políticas públicas para o setor. "Sem um mapeamento sério do que se passa do lado de lá das grades é impossível problematizar e debater questões centrais".[23]

---

[21] BRASIL, ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

[22] Petição Inicial da ADPF 347/2015.

[23] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. Os números da Justiça Criminal no Brasil. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf. Acesso em 22 nov. 2018.

Adentrando, assim, no que tange aos dados, no levantamento nacional de informações penitenciárias de junho de 2014, com um número altíssimo de encarcerados, uma observação é feita, logo na apresentação, afirmando que o "[...] Relatório do Infopen desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública [...]".[24]

Nesse sentido, os dados revelam que no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil chegou a 607.731, com uma taxa de ocupação de 161%. O número de vagas no sistema prisional é de 377 mil, totalizando um déficit de 231.062 vagas. Importante destacar que cerca de 41 % dos presos são sem condenação, isto é, estão presas sem ter sido julgadas. Pessoas sentenciadas ao regime fechado também estão na faixa dos 41%.[25]

Entre os anos de 1995 a 2010, o Brasil registrou, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, entre os cinquenta países com maior população prisional, com um crescimento na ordem de 136%. Ficando o Brasil em quarto lugar com a maior população carcerária. Entre os anos de 2008 a 2014, o Brasil, dentre os quatros países com maior população prisional do mundo (Estados Unidos, China, Rússia e Brasil), cresceu 33%, enquanto que os outros tiveram suas taxas reduzidas, em 8%, 9% e 24%, respectivamente.[26]

Ainda em relação ao relatório de 2014, de acordo com a Unidade da Federação há diferença quanto ao número de pessoas presas. Existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. O Mato Grosso do Sul tem a sétima

[24] BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view. Acesso em: 22 nov. 2018.
[25] Ibidem.
[26] Ibidem.

maior população prisional do país, em termos proporcionais, é o estado com o maior número de presos: 568,9 para cada cem mil habitantes. O Maranhão, por sua vez, é o estado com o menor número de presos em termos proporcionais, 89 para cada cem mil habitantes. São Paulo, cuja população prisional é a maior em números absolutos, é o segundo da lista, com 497,4 presos para cada cem mil habitantes. O Distrito Federal tem a taxa de 496,8, é a Unidade da Federação com o maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e aproxima-se da taxa de São Paulo, figurando como a terceira maior do país.[27]

Ademais, há ainda problemas estruturais, como, por exemplo, o tempo de existência das penitenciárias do país, existindo 72 presídios com mais de cinquenta anos. Contudo, há também muitas unidades com menos de uma década de existência, e, mesmo assim, as condições são deploráveis. Há os estabelecimentos que não foram feitos para serem estabelecimentos penais, cerca de 36%, que foram adaptados para este fim, os quais deveriam oferecer serviços de saúde, educação e trabalho, porém, apenas 22% oferecem o módulo de saúde, 40% tem o módulo de educação e 17% possuem oficina de trabalho. Já nas unidades que realmente foram construídas para o encarceramento é que são oferecidos em 49% o módulo de saúde, 58% o módulo de educação e 30% tem oficina de trabalho.[28]

O Conselho Nacional de Justiça, em seu informativo Rede Justiça Criminal, também, analisando o relatório de 2014, do Infopen, destaca a falta de acesso à saúde, e diz que apesar da criação do Sistema Único de Saúde – SUS, que é um sistema universal, não se aplica aos presos. Diz ainda que, "menos de 40% das

[27] BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view. Acesso em: 22 nov. 2018.
[28] Ibidem.

unidades prisionais contam com módulo de saúde – e, mesmo assim, em qualidade insuficiente", isto é, não há médicos suficientes nessa já tão escarça área, sendo um número de apenas "[...] 449 clínicos gerais para os mais de 600 mil presos, ou seja, cada médico precisa atender mais de 1.300 pessoas espalhadas pelo Brasil". [29]

Apesar de não estar explícito no levantamento de dados do Infopen o caos que se encontra nos presídios brasileiros, os números são claros e descrevem exatamente a que ponto chegou a situação de renitente violação de direitos fundamentais, bem como anuncia que, de certo, se não tomada providencias, o quadro se agravaria muito, o que atinge não só os presos, mas a sociedade como um todo.

1.3 O julgamento da ADPF n° 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal

Na ação constitucional em que o PSOL requereu o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema prisional brasileiro, seguiu-se a mesma linha da Corte Constitucional Colombiana, postulando, assim, a tomada de ações e à adoção de providências estruturais no tocante as violações a direitos e garantias fundamentais dos presos.[30]

O julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC/ADPF) n° 347/DF, ocorreu em 9 de setembro de 2015,

[29] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. Os números da Justiça Criminal no Brasil. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf. Acesso em 22 nov. 2018.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 22 nov. 2018.

no plenário do Supremo Tribunal Federal, e teve como relator o Ministro Marco Aurélio, e tendo como interessados os Estados e seus respectivos procuradores gerais. E, por maioria e nos termos do voto do Relator[31], foi deferido em parte a medida cautelar.

Inicialmente, verifica-se que, o relator começa seu voto citando vários julgados que trataram sobre matéria de direitos das pessoas presas. Diz que a ADPF vai além de um simples pedido de melhorias ou construção de novos presídios para suprir o déficit existente de vagas. É, também, um pedido para que haja a elaboração, em conjunto, de planos de ação para cessar as violações aos direitos e garantias fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade, bem como acabar com a falta de acesso ao básico, como, saúde, educação, alimentação, trabalho, etc. Importante destacar trecho do voto do Ministro relator[32]:

> [...]
>
> Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema "campeão de audiência", de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contra majoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

[31] Ibidem.
[32] Ibidem.

Deste modo, o Ministro afirma que "há relação de causa e efeito entre os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal", e a alteração do estado de inconstitucionalidade "só é possível diante da mudança significativa do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial"[33].

Sustenta ainda, que, diante do quadro de violações, deve ser "reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro", uma vez que tais problemas e violações não acontecem em um ou alguns presídios, mas em todos existentes no país. O Ministro cita os diversos dispositivos que não são observados[34], dentre eles, destacam-se:

> [...] o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Ainda quanto as violações, o Ministro relator faz menção, à Lei nº 7.210, de 1984, "Lei de Execução Penal", "na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados", e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p.25. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 22 nov. 2018.

[34] Ibidem.

Políticos, à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e à Convenção Americana de Direitos Humanos[35].

Além disso, o Ministro levanta a questão, também, sobre o sistema adotado pelo Brasil, de ressocialização do preso, contudo, este é outro direito que é anulado e não cumprido, e nessa lógica, destaca-se[36]:

> [...]
>
> Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em "monstros do crime". A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

Em seguida, o Ministro tratou sobre a responsabilidade do Poder Público, no caso em julgamento e, assim, afirma não ser a responsabilidade apenas de um dos Poderes, mas dos três (Executivo, Legislativo e Judiciário), e não só no âmbito da União, mas, como também, no âmbito dos estados e Distrito Federal. E, que "[...] a responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada "falha estatal estrutural""[37].

---

[35] Ibidem.

[36] Ibidem.

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 28. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 25 fev. 2019.

No que se refere ao possível papel do Supremo, o Ministro fala que a Corte Constitucional, no exercício de sua função típica, trataria apenas dos quesitos jurídicos-penais, como por exemplo, a "cultura do encarceramento" (um dos fatores que levam a superlotação dos presídios), os números de prisões provisórias decorrentes da má aplicação da legislação penal e processual penal, contudo, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional reconhecidos, pode o Tribunal Constitucional intervir, em adequada medida, na seara política, sem afronta aos princípios democrático e da separação dos poderes[38].

Para exemplificar e fundamentar tal entendimento, o Ministro cita novamente, um julgado da Corte, o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, tratando-se de entendimento pacificado, que independentemente de dotação orçamentária, é possível sim que o Poder Judiciário imponha que a União e os estados façam obras em presídios para assegurar os direitos dos presos, pois trata-se de uma "legitimidade do Poder Público em geral", a efetividade de direitos. [39]

Tendo em vista, também, como já foi falado, tratar de "pauta impopular", assunto de pouco interesse tanto para a sociedade quanto para a política, cabe ao Judiciário intervir na defesa dos direitos fundamentais, mesmo que tenha que intervir na esfera política[40], como bem colocado pelo Ministro em seu voto, veja-se:

[...]

[38] Ibidem.

[39] Ibidem.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 37. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 25 fev. 2019.

> Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.

O Ministro Marco Aurélio, concluiu, quanto aos pedidos cautelares, que juízes e tribunais: (i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; (ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; (iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; (iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; e (v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.[41]

Em seguida, deu-se os votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Melo, que, por fim, deferiram a cautelar em relação a três pontos: a i) que realizem audiências de custódia, em até 90 dias; ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário

[41] Ibidem.

Nacional; e iii) a determinação para que União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.[42] Inteiro Teor do Acórdão em anexo.[43]

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DO STF NA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Como já mencionado no capítulo anterior, com a crescente ausência do Estado nas mais diversas prestações públicas aos cidadãos, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir cada vez mais nas políticas públicas quando das decepções sociais. Isto é, a história política brasileira mostra que assuntos polêmicos são frequentemente evitados pelo Poder Legislativo, fazendo com que a sociedade vá ao Judiciário, em busca de uma solução para suas demandas. E, este, para resolver essas questões, muitas vezes excede os limites da sua função jurisdicional legitimada pela Constituição, muitas vezes, sendo encarada tal postura como ativista.[44]

Dessa forma, muitas questões políticas, sociais ou morais estão sendo decididas em última instância, pelo Poder Judiciário, tratando-se de uma transferência, para os tribunais, controvérsias políticas, que em tese deveriam ser tratadas no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo[45]. Rodrigo Monteiro da Silva diz que, no contexto do ativismo judicial, é evidente que este esteja interligado à

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. p. 4-5. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 25 fev. 2019.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015.

[44] TORRES, Suzana A. de Q. A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos "casos difíceis" a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

[45] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

crescente judicialização dos conflitos que também é um meio de participação mais amplo na realização de políticas públicas.[46]

À vista disso, é necessário compreender a esfera de atuação do Poder Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como se o controle das atividades dos outros poderes (Executivo e Legislativo), nos termos e nos limites da interpretação constitucional, é essencial para a garantia dos direitos fundamentais[47].

Importante destacar trecho da pesquisa de Bruno Castro e Paulo Ramos[48], que fala sobre esse papel mais ativo e necessário do Supremo Tribunal Federal, porém com certa deferência ao Legislativo e Executivo, senão veja:

> [...]
>
> É construída, assim, uma dualidade entre ativismo judicial e deferência ao legislativo, quer dizer, por um lado, um papel mais ativo do judiciário, no caso do Supremo Tribunal Federal, que em última instância acaba funcionando como legislador, na medida em que delibera sobre questões que efetivamente competiriam ao Poder Legislativo, e em contrapartida, com posição mais conservadora, posição de obediência às deliberações do Poder Legislativo, funcionando o Poder Judiciário apenas como guardião da Constituição, sem qualquer tipo de decisão mais criativa, tudo com o objetivo de

[46] SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4628/pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

[47] TORRES, Suzana A. de Q. A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos "casos difíceis" a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

[48] CASTRO, B. D. V.; RAMOS, P. R. B. Entre O Ativismo E (In) Operância Legislativa: Deliberação E Legitimidade Das Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Sede De Controle De Constitucionalidade Em Um Contexto De Novos Arranjos Institucionais E De Revisão Da Teoria Da Separação Dos Poderes. 2014. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.BEB61213&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip,uid. Acesso em: 30 mar. 2019.

> evitar ser visto como criador do direito, porquanto tarefa típica do Poder Legislativo. Existe uma ligação intrínseca dessas visões com a concepção não problematizada da Teoria da Separação dos Poderes. No início do século XX, com um modo de legislação baseado em cláusulas gerais, e com o pós-guerra e a inflação de constituições que incorporaram inúmeros princípios, o papel do judiciário, do legislativo e do executivo mesclaram-se de tal forma, de modo que o judiciário foi empurrado a desempenhar não somente o seu tradicional papel de aplicar a lei formulada pelo Parlamento.

Nesse mesmo sentido, segue Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior, que diz que a Corte, em suas decisões, estão atentos e tentam ser cautelosos a respeito do "núcleo essencial do princípio da separação e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF)", e, que, por este motivo, o STF tenta fazer um balanceamento entre direitos e princípios constitucionais, no intuito de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e garantir a não transgressão do direito a integridade física e moral dos presidiários.[49]

Diante de todo o exposto, tratando-se de uma situação extrema, o caso em análise, qual seja, a falência do sistema prisional brasileiro, que foi levado, em última instância, ao poder Judiciário, ao anseio de uma resposta efetiva de justiça para com aqueles que sofrem com o descaso de todo o Poder Público, bem como da sociedade brasileira, algumas perguntas surgem quanto a essa atuação mais ativa do Judiciário, quais sejam: Há legitimidade na atuação do STF no caso do sistema penitenciário brasileiro? Qual a fundamentação da legitimidade na decisão da ADPF 347 tomada pelo STF?

Para tentar responder tais questões, é feito, a seguir, breves explicações acerca do Princípio da Separação dos Poderes, passando por Aristóteles e Montesquieu que

[49] VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516692. Acesso em: 23 de mar. 2019.

trouxe ao meio acadêmico as noções iniciais sobre poderes de Estado. Também serão feitas breves explicações acerca do ativismo judicial e o seu caráter dialógico estrutural, cabe salientar que a análise aqui feita é voltada para o caso em tela - sistema prisional brasileiro, o seu estado de coisas inconstitucional e a efetividades dos direitos fundamentais das pessoas presas-, partindo-se daí para a análise do acórdão da ADPF 347, buscando identificar se há legitimidade na declaração feita pelo STF.

2.1 O Princípio da Separação dos Poderes

Quando grupos de pessoas resolveram se unir, formou-se as sociedades, estando o seu funcionamento vinculado a criação de normas, com o objetivo de organizar a vida em sociedade. Porém, a pura criação de um ordenamento jurídico não bastava para um cumprimento efetivo das leis, dessa necessidade surgiu as instituições como uma forma de garantir a obediência e o respeito as normas estabelecidas. E, através destas instituições que se introduziu a noção de poderes de Estado e de sua separação. Introdução esta que se deu através de Aristóteles, que combinou a existência de três poderes em qualquer governo, sendo eles: o deliberativo, o executivo e o judiciário[50].

Neste sentido, cumpre destacar a exposição da professora Cintia Garabini Lages[51]:

[50] FIGUEIREDO, E. Fin de; GIBRAN, S. M. O Ativismo Judicial, O Princípio Da Separação Dos Poderes E a Ideia De Democracia. Revista Percurso, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 104–124, 2016. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=122106750&lang=ptbr&site=edslive&authtype=ip,uid. Acesso em: 30 mar. 2019.

[51] LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 11, n.58, out. 2008. Disponível em:

> Considerado como o primeiro teórico do princípio da separação dos poderes, afirmou Aristóteles que em todo governo existem três poderes essenciais, o que delibera sobre os negócios do Estado, o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e aquele que abrange os cargos de jurisdição [...]. A partir daqui, já no século XVIII, sua essência foi resgatada e possibilitou o nascimento de um novo modelo de Estado que encontrou na lei o seu limite, atribuiu ao governante a responsabilidade pelos seus atos e que promoveu a divisão do poder de modo eficiente. A limitação do poder político, tão necessária quanto desejada, possibilitou o surgimento de um novo paradigma de Estado, até então desconhecido, o Estado de Direito.

Por sua vez, o princípio da Separação dos Poderes se consolidou no mundo jurídico a partir da obra "o espírito das leis", do pensador francês, Montesquieu, que se baseia nas principais funções do Estado, que são estruturalmente orgânicas e independentes entre si, isto é, possuindo especialização funcional, cada aparato orgânico exercerá suas funções predominantemente que lhe foram conferidas[52]. Montesquieu, defendeu, não só a separação dos poderes, mas, também, "a criação de um mecanismo de equilíbrio e controle reciproco".[53] Assim, merece destaque trecho do pensamento do Barão de Montesquieu[54]:

> [...]

---

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 30 mar. 2019.

[52] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-113.

[53] CARICATI, Fabiana B. S.; *et al*. A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional. Percurso – Anais do v congresso luso-brasileiro de direitos humanos na sociedade da informação, v.3, n.26, p. 337-358, 2018. DOI: 10.6084/m9.figshare.7430312. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/3147/371371679. Acesso em: 30 mar. 2019.

[54] MONTESQUIEU, B. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 169-170. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000001770&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip,uid Acesso em: 30 mar. 2019.

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
>
> Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (grifo nosso).

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes foi consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 2º, dispondo que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Dada a sua importância, foi considerado como uma cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, III, in verbis[55]:

> "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> [...]
>
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> [...]
>
> III - a separação dos Poderes; (grifo nosso)."

Este dispositivo expressa a proibição de se alterar essa divisão. Para dar mais sentido ao estudo deste princípio, é importante entender o que é poder. Este, se caracteriza como sendo "um fato da vida social", isto é, "o Estado é o grupo social

[55] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

máximo o qual detém o poder político que é superior a todos os demais poderes sociais".[56]

Em sendo assim, nos termos expressamente previstos na Constituição Federal, é admitido, em certo grau, o compartilhamento das funções do Estado entre os Poderes, entretanto, o núcleo essencial de cada função só é passível de ser exercido pelo poder competente, ou seja, não há interferência na função essencial de cada poder.[57]

Nessa lógica, Hely Lopes Meirelles, explicita que o "equilíbrio entre Poderes" de Montesquieu, resultou no nosso sistema de freio e contrapesos, o chamado de *check and balances*, o que significa dizer que um poder é limitado pelo outro, e que, a governança e a administração é uma consequência da comunicação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.[58]

Rafael Laffitte e Rocco Antonio Rangel[59], segue nesse mesmo raciocínio, senão veja:

> Percebe-se, portanto, que cada poder, através de funções típicas e atípicas, tem a responsabilidade de promover a solidificação dos direitos fundamentais. A noção clássica do papel do poder judiciário assevera que a função do juiz é aplicar a lei ao fato concreto, lei está fruto do trabalho do poder legislativo. Os magistrados seriam a "boca da lei", como

[56] TORRES, Suzana A. de Q. A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos "casos difíceis" a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

[57] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

[58] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

[59] FERNANDES, R. L.; et al. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: http:// dx.doi.org/10.18359/prole.27209. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2017000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. 2019.

> disse Montesquieu (2007). Posteriormente, aos juízes foi reconhecido o direito de interpretar as leis, mas dentro da lógica jurídica estabelecida pelo Parlamento. Com o passar do tempo e o surgimento do controle de constitucionalidade, o poder judiciário, em diversos países, recebeu autorização constitucional para funcionar como "legislador negativo", podendo invalidar leis e atos dos demais poderes que contrariassem a Constituição.

Observa-se que o princípio da separação dos poderes não é absoluto, havendo mecanismo de interação e controle recíproco, evitando assim, os abusos. E, partindo-se dessa ideia, ergue-se o possível papel criativo dos tribunais que traz novas contribuições para o Direito, através do chamado ativismo judicial, que é quando o Poder Judiciário vai além de suas funções, atuando onde "a lei não se mostra suficiente ou quando é necessária uma interpretação do texto de lei".[60]

Portanto, a atuação do Poder Judiciário está vinculada ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, logo não há como usar o princípio da separação dos poderes, bem como a falta de legitimidade democrática, como fundamentos para o não julgamento de determinados casos, em que se tratam de defesa das minorias.[61] Visão que será melhor esclarecida nos tópicos seguintes.

2.2 O ativismo judicial estrutural -dialógico

O Ativismo Judicial é o exercer além das funções precípuas do Poder Judiciário, atuando através da interpretação do texto da lei ou quando esta seja

[60] LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v.11, n.58, out. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 3 abr. 2019.

[61] SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, n.1, 2017 p. 13-27.

deficiente, contudo, não há consenso quanto ao conceito de ativismo judicial, o que existe são acepções para o termo, alguns com sentido negativo.[62]

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, "os Estados Unidos são o berço do tema e do termo 'ativismo judicial'". O ativismo judicial surgiu com o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, em 1803, onde pela primeira vez uma lei federal foi julgada inconstitucional e declarada nula. O juiz da causa afirmou a possibilidade do *judicial review*, ainda que não previsto expressamente na Constituição americana de 1787.[63]

Em terras brasileiras, com a Constituição de 1988, o Brasil adotou uma nova ordem constitucional, estabelecendo um Estado Democrático de Direito, alicerçado em direitos e garantias fundamentais, contrapondo-se ao Estado autoritário, adotando assim o fenômeno do ativismo judicial.[64]

Dessa forma, o debate sobre o ativismo judicial no Brasil teve início com a ascensão institucional do Poder Judiciário, muito evidenciado pela atuação do Supremo Tribunal Federal, e desde a promulgação da Carta Magna de 1988 este tema vem ganhando mais visibilidade, com destaque no final do século XX e no começo deste século.[65]

---

[62] FERNANDES, R. L.; NELSON, R. A. R. R. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: http:// dx.doi.org/10.18359/prole.27209. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2017000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 3 abr. 2019.

[63] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[64] SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v.7, n.1, 2017, p. 13-27.

[65] Ibidem.

Nesse sentido, leciona o então Ministro do STF, Luís Roberto Barroso[66]:

> *Ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

No Brasil, com as grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, o Supremo ganhou espaço no cenário sociopolítico brasileiro. A partir da Constituição de 1988, o Supremo passou a se comunicar mais com os Poderes Executivo e Legislativo, deixando de ter um papel secundário, para participar ativamente na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.[67] Nesse sentido, destaca-se:

> [...] mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma

[66] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-371.

[67] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

> gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto o papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar anseios sociais e políticos favorecidos pelas coalizões majoritárias, mas que, em função do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (deadlocks) intransponíveis na arena legislativa.[68]

O papel institucional do judiciário, a partir da Carta Suprema de 1988 e com a redemocratização do país, deu um salto, aumentando gradativamente sua atuação no cenário do país. Com essas mudanças no país, o acesso ao Judiciário foi facilitado, como demonstra Carlos Alexandre Campos[69]:

> [...]
>
> Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.

Cabe salientar que o texto da Constituição Federal de 1988, mudou todo o direito constitucional brasileiro, bem como "as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal", catalogando o vasto rol de direitos fundamentais e sociais, dotados de grande valor moral e regulamentar e, registrando ainda, o crescimento e consolidação da jurisdição constitucional e

[68] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[69] Ibidem.

deliberações do Supremo. E, assim, promoveu também mudanças nos modelos de controle de constitucionalidade, aumentando os tipos de ações e os legitimados a iniciar os processos.[70]

Nessa perspectiva, destaca-se algumas atividades que tem desempenhado o STF, de maneira mais ativa: resolução de diversos casos por meio de práticas interpretativas e decisórias; suprimento de lacunas legislativas; alteração do sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais, conformando-os à Constituição Federal de 1988; aumento do alcance de sua interpretação constitucional processual, bem como os efeitos de suas decisões; e interferência na área de políticas públicas. Observa-se que tudo isso reflete seu novo espaço institucional.[71]

Ainda nessa linha, importante destacar também[72]:

> O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal. Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, o Tribunal vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a "proteção insuficiente" no âmbito de políticas públicas sociais.

[70] Ibidem.

[71] CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[72] Ibidem.

Tratando-se do estado de coisas inconstitucional, não há consideração judicial nas "arbitrariedades das instâncias políticas eminentemente representativas", por isso que a aplicação desta técnica de decisão (ECI), que busca a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, defende a intervenção do Judiciário na área das políticas públicas.[73]

Diante da inconstitucionalidade no sistema penitenciário brasileiro, o STF aplicou ao caso o denominado litígio estrutural, como uma tentativa de "reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento"74. Isto é, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional traz consigo a responsabilidade de correção das falhas estruturais do Estado e, com isso, o juiz expede comandos aos Poderes, para que sejam feitas tais correções e, assim, extinguir "a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais", tratando-se de um ativismo estrutural.75Neste sentido, veja-se:

> Acrescenta-se, ao termo em estudo, a palavra "estrutural", porquanto as ações do Judiciário, ao imiscuir-se das típicas funções dos outros Poderes, na defesa dos direitos fundamentais e outros valores aos quais se pretende defender, têm o escopo precípuo de corrigir falhas na estrutura social,

[73] CAMPOS, 2016 *apud* SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. Jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes/1. Acesso em: 3 abr. 2019.

[74] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 3 abr. 2019.

[75] COUTO, Edenildo Souza. O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no "estado de coisas inconstitucional". Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359. Acesso em: 7 abr. 2019.

> decorrentes da ineficiência das políticas públicas, até então aplicadas ou, até mesmo, por conta de sua inexistência. [76]

Nessa mesma linha de raciocínio, Carlos Alexandre de Azevedo Campos[77], explora em seu livro, a ideia de multidimensionalidade do ativismo judicial, tratando-se da complexidade inerente às decisões essenciais, Tratando-se do estado de coisas inconstitucional, não há consideração judicial nas "arbitrariedades das instâncias políticas eminentemente representativas", por isso que a aplicação desta técnica de decisão (ECI), que busca a efetividade dos direitos fundamentais e sociais, defende a intervenção do Judiciário na área das políticas públicas.[78]

Diante da inconstitucionalidade no sistema penitenciário brasileiro, o STF aplicou ao caso o denominado litígio estrutural, como uma tentativa de "reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento"[79]. Isto é, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional traz consigo a responsabilidade de correção das falhas estruturais do Estado e, com isso, o juiz expede comandos aos Poderes, para que sejam feitas tais correções e, assim, extinguir "a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais

---

[76] COUTO, Edenildo Souza. O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no "estado de coisas inconstitucional". Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359. Acesso em: 7 abr. 2019. p.81.

[77] CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[78] CAMPOS, 2016 *apud* SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. Jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes/1. Acesso em: 3 abr. 2019.

[79] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 3 abr. 2019.

Nessa mesma linha de raciocínio, Carlos Alexandre de Azevedo Campos[80], explora em seu livro, a ideia de multidimensionalidade do ativismo judicial, tratando-devendo ser reconhecida positivamente para a compreensão das decisões ativistas, senão veja:

> [...] A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

Na mesma obra citada, foi feita a descrição e a sistematização das diferentes dimensões do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, e de forma breve e sem adentrar nas especificidades de cada uma dessas dimensões, neste trabalho, cita-se[81]:

> **I)Dimensão metodológica:** interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas. II) **Dimensão processual:** autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e duas decisões. III) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e

[80]CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[81]Ibidem.

> incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos. IV) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas. V) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo. (grifo nosso).

O ativismo judicial na dimensão estrutural ou horizontal, como dito acima, é a intervenção severa nas decisões dos demais poderes, podendo ocupar a zona de atuação desses poderes (legislativo e executivo), não prestando deferência legal ou epistêmica. Nessa dimensão, portanto, não se trata de "como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (*dimensão metodológica*), ou de como utiliza os instrumentos de decisão (*dimensão processual*)", mas no quanto ele se envolve nas decisões reservadas aos demais atores políticos.[82]

O que caracteriza essa dimensão é que, nas decisões do Supremo não há consideração e espaço para discussão acerca da capacidade constitucional dos outros poderes, afirmando sempre que a sua independência e legitimidade advém da Constituição, e que as suas decisões são justificadas com a melhor interpretação da Constituição que assim o entenderem, e acreditam que toda e qualquer matéria ali discutida tem base ou implicações constitucionais, estando assim, legitimados a imiscuir-se nas decisões políticas dos outros poderes.[83]

[82]CAMPOS, Calos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[83]Ibidem.

Diante da falha estatal estrutural, do sistema penitenciário brasileiro, que gerou a violação e a perpetuação massiva e sistemática dos direitos, exige-se a utilização de remédios constitucionais para a determinação de "mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes", aos órgãos responsáveis.[84]

Com a complexidade do caso analisado, a Corte, através de comandos e execução complexa, passa a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais das pessoas presas, isto é, tem um alcance coletivo e, não mais individual, configurando assim o chamado litígio estrutural. E, como meio de enfrentamento deste tipo de litígio, diferentemente dos casos com decisões mais rígidas, a Corte constitucional brasileira utilizou-se dos remédios estruturais, que formulam e executam novas políticas públicas, e nesse sentido, é importante destacar[85]:

> Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (grifo nosso).

[84] CAMPOS, C.A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 7 abr. 2019.

[85] Ibidem.

O autor supracitado, acredita não ser possível a utilização de instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional para superar tal estado inconstitucional. O que dentro dos limites, e de forma flexível, se justifica tal heterodoxia dos remédios judiciais, devendo haver diálogo entre os Poderes, quebrando assim, a ideia de supremacia judicial, dessa forma, "o ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico".[86]

Para aferir se o ativismo judicial no caso da declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, é constitucional e legítimo, pode ser usada a técnica de sopesamento ou ponderação, entre o princípio da separação dos poderes e a efetividade dos direitos fundamentais dos presidiários.[87]

Há na sociedade brasileira constantes choques de natureza axiológica, isto é, percebe-se que conflitos entre princípios jurídicos são constantes, e estes são harmonizados por meio de ponderação. Dessa forma, entende-se que não existe direito absoluto, ou seja, "todo e qualquer direito pode ser limitado, notadamente, para a manutenção da harmonia social".[88]

Para Robert Alexy, quando há colisão entre princípios, deve-se fazer uma ponderação, e assim, prevalece o que tem mais importância no caso em análise, e diz que a ponderação é um elemento da proporcionalidade e, assim, ela se subdivide em subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. E, para se

[86]CAMPOS, C.A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 7 abr. 2019.

[87] COUTO, Edenildo Souza. O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no "estado de coisas inconstitucional". Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359. Acesso em: 7 abr. 2019. p.111.

[88] Ibidem.

chegar a proporcionalidade, o caminho deve ser traçado primeiramente pela adequação e pela necessidade, existindo uma ordem a ser obedecida e seguida. [89]

Nesse sentido, Alexy explica que, para se alcançar determinado fim, na adequação deve-se escolher o meio que irá promover tal alcance, e na necessidade analisa-se o meio escolhido e se este restringe outro direito fundamental, se sim, outros meios devem ser buscados para que não ocorra tal restrição. Em sentido estrito, na proporcionalidade, que corresponde a ponderação, deve ser feita a análise sobre a real importância do princípio que está sendo contraposto e se este justifica a restrição do outro princípio.[90]

Logo, por meio da ponderação, a limitação ou atenuação de um princípio, só terá legitimidade se o objetivo for proteger valores constitucionais tão importantes quanto ao que está sendo restrito, não podendo também, esvazia-lo completamente, tendo como a melhor solução, para também não ferir o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, a delimitação do ativismo judicial, através do diálogo institucional.[91]

Portanto, resta claro que o princípio da separação dos poderes deve ser atenuado e limitado, para proteger os direitos fundamentais atingidos e sua máxima eficácia, sendo tomadas medidas para tanto, através do ativismo judicial estrutural dialógico.[92]

---

[89] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

[90] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

[91] COUTO, Edenildo Souza. O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no "estado de coisas inconstitucional". Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359. Acesso em: 7 abr. 2019. p.111.

[92] Ibidem, p. 112.

2.3 Legitimidade do Supremo Tribunal Federal na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional

Como dito no capítulo I, em 27 de maio de 2015, foi requerido o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante das profundas e generalizadas violações de direitos e garantias fundamentais dos presos, tornando o cenário prisional deficiente, através da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sendo reconhecido, liminarmente.[93]

Diante de toda a pesquisa feita até aqui, o trabalho teve como escopo a pergunta sobre a legitimidade na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, feita pelo STF. Essa decisão, gerou várias discussões no mundo jurídico quanto a legitimidade de tal fenômeno, até então inexistente na jurisdição brasileira, sendo "uma técnica processual complexa, típica das cortes constitucionais contemporâneas". E, ao reconhece-lo, o STF admitiu haver o denominado litígio estrutural no sistema penitenciário brasileiro, e afirmou ser uma tentativa de transformar todo o cenário já descrito, diminuindo a superlotação dos presídios e eliminando a degradação advinda do confinamento.[94]

A petição inicial da ADPF 347, menciona a real situação do sistema carcerário brasileiro, e afirma a configuração do chamado estado de coisas inconstitucional,

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 03 fev. 2019.

[94] SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529. Acesso em: 8 abr. 2019.

fenômeno advindo da Corte Constitucional da Colômbia, cabendo destacar trecho que diz respeito a legitimidade de uma atuação mais ativa do STF[95]:

> [...]
>
> Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de "estado de coisas inconstitucional", sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis. Conforme esclarece, a técnica da declaração do "estado de coisas inconstitucional" permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de "bloqueios institucionais" nos outros Poderes. (grifo nosso).

A inicial deixa claro que seus pedidos não buscam "determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal", mas, que através do diálogo e cooperação entre os poderes estatais, o Tribunal elabore ordens flexíveis, possibilitando a formulação de planos, em conjunto, para a solução do estado inconstitucional.[96]

Da análise feita no acórdão da ADPF 347, extrai-se várias informações as quais afirmam essa legitimidade de atuação do STF, sendo também uma técnica

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 16 fev. 2019.

[96] Ibidem.

legitima, mesmo que inovadora em âmbito nacional.[97]Dessa forma, os ministros passaram a analisar os pedidos, e fiel a esta ideia de cooperação e diálogo entre os entes responsáveis pelas mudanças estruturais, passaram a votar. Concluíram, em sede de liminar, que se aplica ao caso do sistema penitenciário o estado de coisas inconstitucional, e deferiram a cautelar em relação a três pontos: a i) que realizem audiências de custódia, em até 90 dias; ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e iii) a determinação para que União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.[98]

Nas sustentações orais, houve objeções contrarias a aplicabilidade do ECI no Brasil, e uma delas vai ao encontro com o objetivo específico deste trabalho, qual seja: que o STF não possui legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas.[99]

No que tange a esta objeção, foi alegado que a decisão seria ativista e sem legitimidade, por interferir em assuntos de natureza administrativa, orçamentária e política. Acreditam que por não serem eleitos e submetidos ao voto popular, os ministros não estão em posição de representatividade política e, por isso, são ilegítimos para determinar medidas de caráter político.[100]

---

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 16 fev. 2019.

[98] Ibidem.

[99] CAMPOS, C. A. de A. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Rio de Janeiro, set. 2015. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 8 abr. 2019.

[100] SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de

Neste sentido, Luís Roberto Barroso[101] ensina que:

> [...]
>
> As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados; e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.

Logo, deve-se ter presente a ideia de que, ainda que o Judiciário atue de forma mais ativa para a defesa dos elementos essenciais da Constituição, estaria agindo em defesa da democracia. O autor supracitado também ensina que a democracia contemporânea abrange três dimensões, quais sejam: i) a representativa, atuando os parlamentares e os chefes do executivo; ii) a constitucional, conduzida pelo Poder Judiciário, notadamente, pelo STF; e iii) a deliberativa, dirigida pela sociedade civil, através de suas entidades.[102]

Barroso, vai mais adiante, e diz que a função típica do Poder Judiciário baseia-se na aplicação do direito a um litígio entre partes, e ao decidir tal contenda,

---

poderes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529. Acesso em: 8 abr. 2019.

[101] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[102] BARROSO, 2015 *apud* SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529. Acesso em: 8 abr. 2019.

"o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei". Contudo, há uma reserva de poder público feita por muitos Estados democráticos, para que seja exercido pelo Judiciário, não sendo estes eleitos pelo povo, isto é, a Constituição Federal concede competência para que o Judiciário resolva os litígios de forma geral. Assim, cumpre destacar[103]:

> [...]Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica. (grifo nosso).

O ministro relator Marco Aurélio, ao analisar o possível papel do Supremo, no ECI, diz que há uma certa dificuldade quanto ao exercício atípico de suas funções, interferindo, excepcionalmente, nas políticas públicas e escolhas orçamentárias. Diz ainda que, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional preenchidos, as controvérsias teóricas não são aptas a afastar tal convencimento, podendo assim, a Corte tomar parte, na adequada medida, em esfera essencialmente política sem que haja ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes.[104]

Então, somente o Supremo tem a capacidade de combater os bloqueios políticos e institucionais que frustram as formas de solução, retirando os demais Poderes da inércia. Diante da constante omissão, e a já falada pauta impopular,

---

[103] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[104] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 8 abr. 2019.

somente o Judiciário pode intervir na questão e, nesse sentido, não há que se falar em ferir o princípio democrático, pois "bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos", fazendo pouco sentido citar princípio democrático enquanto há elevado padrão de omissão dos poderes políticos frente a generalizada violação dos direitos fundamentais.[105]

Nessa mesma linha, seguiu o voto do ministro Luís Roberto Barroso106, no tocante a legitimidade do Supremo nessa matéria, destaca-se, então:

> [...] Não é necessário maior aprofundamento, porque é notório o fato de que os presos são uma minoria invisível, uma minoria não representada politicamente, uma minoria incapaz de vocalizar, em qualquer foro relevante, as suas demandas, as suas necessidades. Como consequência, são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares vulnerados. Portanto, a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional no mundo é precisamente a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria. Por fim, a justificar a atuação do Judiciário, o preso está preso por uma decisão do Estado, ele está sob uma relação especial de sujeição para com o Estado. Portanto, o Estado tem deveres mínimos de proteção em relação a esse indivíduo.

Os votos dos outros eminentes ministros, tiveram o mesmo entendimento, seguiram a mesma linha de raciocínio, e ante todo o exposto, percebe-se que há sim legitimidade na atuação do STF na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista que o próprio instituto do ECI, deriva de uma visível omissão de todos os poderes do Estado, e que diante da falta de interesse e inércia dos parlamentares e dos administradores, na solução desse quadro inconstitucional, o Judiciário se autolegitima a julgar o caso, dando efetividade nos

[105] Ibidem.
[106] Ibidem.

direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, isto é, fazendo valer a supremacia da Carta Magna.[107]

CONCLUSÃO

Os presídios brasileiros encontram-se em situação precária, cenário incompatível com a Constituição Federal Brasileira, bem como dos Tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, e a lei de Execução Penal Brasileira, revelando assim, o descaso por parte do poder público (Executivo, Legislativo e Judiciário), ferindo diretamente preceitos fundamentais dos que se encontram sob a tutela do Estado. Dessa forma, espera-se que soluções sejam tomadas para que venham garantir, pelo menos, o mínimo de condições de vida aos presos.

Precipuamente, este caso deveria ser tratado no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, por tratar da falta de políticas públicas, ou da boa aplicação das já existentes, bem como da fiscalização dos estabelecimentos prisionais, entre outras coisas de fundo político. Entretanto, diante da omissão do Estado (engloba-se aqui os três poderes) na prestação efetiva nessa área, o caso foi levado em última instância ao Judiciário, buscando-se, assim, justiça e efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Carta Constitucional.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da medida cautelar na ADPF n° 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, e teve como requerimento principal, o reconhecimento do estado de

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 8 abr. 2019.

coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante do seu cenário deficiente, o qual foi reconhecido e declarado, em sede liminar.

Nesse sentido, buscou-se analisar neste trabalho, essa nova alternativa para a jurisdição constitucional brasileira, o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional, que foi aplicado ao caso do sistema penitenciário brasileiro, diante da sistemática e massiva violação dos direitos fundamentais dos presos. Essa técnica que tem origem na Corte Colombiana, foi desenvolvida no intuito de superar as situações de renitente violação a direitos fundamentais, exigindo uma atuação coordenada de vários atores públicos. Essa parte encontra-se no primeiro capítulo, bem como a comprovação da falência do sistema carcerário brasileiro, feita através de dados informativos do INFOPEN e do CNJ, referentes aos anos de 2014 e 2015, época em que se deu o julgamento da ADPF n° 347, pelo STF.

O problema de pesquisa girou em torno da declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, feita pelo STF, que teve como consequência, questionamentos acerca da legitimidade deste fenômeno e de seu reconhecimento, pois trata-se da prática de ativismo judicial, tema que tem muitos adeptos contrários a essa atuação mais ativa do Judiciário, atribuindo-lhe uma conotação negativa, tendo como principal fundamento o de ilegitimidade democrática e afronta ao princípio da separação dos poderes. Contudo, no caso em análise, procurou-se demonstrar que a atuação mais incisiva do Supremo se justifica por tratar-se da defesa dos direitos fundamentais dos presos, diante da omissão do poder público, e que o ativismo judicial estrutural combinado com o diálogo entre os poderes do Estado, torna a atuação do Supremo legítima.

É certo que, a função do Poder Judiciário está vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, isto é, tem a função de proteger a dimensão objetiva dos

direitos fundamentais das pessoas presas, uma vez que tem como missão a defesa de minorias, e os presos são tratados como parcela impopular na sociedade e, por isso, falta interesse político na solução de tais problemas, pois a própria sociedade considera como perdida a dignidade humana destes que cometeram crimes, dessa forma coube ao Judiciário interferir e tirar os outros poderes desse estado de letargia.

Nesse sentido, no segundo capitulo, foi trabalhado, de forma breve, sobre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial revestido de sua forma estrutural-dialógica, e sobre a legitimidade do Supremo Tribunal Federal nesse caso.

O princípio da separação dos poderes consolidado pela Constituição Federal Brasileira, se baseia nas principais funções do Estado, que são harmônicas e independentes entre si, contudo, evidenciou-se, que na divisão de poderes, deveria haver um equilíbrio entre eles, sendo regulado pelo sistema de freios e contrapesos, admitindo que houvesse uma interação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesses termos, deve haver um controle reciproco, já que não se trata de um princípio absoluto, logo não há como usar o princípio da separação dos poderes, bem como a falta de legitimidade democrática, como fundamentos para o não julgamento de determinados casos, em que se tratam de defesa das minorias.

Quanto a falta de legitimidade democrática, restou claro que quando o Judiciário atua em defesa dos elementos essenciais da Constituição, está agindo em defesa da democracia, ainda que ultrapassando suas funções típicas, pois a Constituição faz uma reserva de poder político para que seja exercido pelo Judiciário, ou seja, é concedido competência para que o Judiciário resolva os litígios de forma geral, e assim, estará concretizando a lei, a vontade do constituinte originário. E, no caso da ADPF 347, estando os pressupostos do estado de coisas inconstitucional preenchidos, as controvérsias teóricas não afastam a aplicação deste fenômeno,

usando de argumento a afronta ao princípio da separação dos poderes e o principio democrático.

Verificou-se, assim, que ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, o STF aplicou ao caso o denominado litígio estrutural, fenômeno que tem a responsabilidade de corrigir as falhas estruturais sociais do Estado, para que assim seja cessada a violação dos direitos fundamentais dos presos, que alcançam uma perspectiva do coletivo, não se tratando mais da esfera individual, o que demanda um julgamento diferenciado, configurando assim o ativismo judicial na dimensão estrutural. Tal dimensão se caracteriza pela intervenção severa nas decisões dos demais poderes, podendo ocupar a zona de atuação do legislativo e executivo, não prestando deferência legal ou epistêmica, contudo, no caso em análise, acrescenta-se a essa dimensão o diálogo institucional.

Tendo em vista as falhas estruturais e as omissões legislativas e administrativas, deve-se concluir, que acaba sendo necessário a pratica do ativismo judicial com a intenção de impulsionar a superação dos bloqueios políticos, ainda que em uma democracia, essa pratica se faz longe do ideal. E, assim, dentro dos limites e de forma flexível, o ativismo judicial estrutural se justifica, mas deve haver o diálogo entre os Poderes, para que a ideia de supremacia judicial caia, e dessa forma, a pratica, excepcional, do ativismo judicial estrutural- dialógico traga soluções para o caso concreto analisado.

Por fim, entende-se que há sim legitimidade na atuação do STF na declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, e esta legitimidade se fundamenta na necessidade de superação dos bloqueios políticos e institucionais, como um meio eficaz de modificar esse estado de paralisia legislativa, administrativa e judiciária. Este assunto é muito importante para o meio jurídico, e

espera-se que o STF, em julgamento definitivo, uma vez que só foi julgado a questão em medida cautelar, em cooperação com os demais poderes, possa alcançar uma solução para os problemas que só tem crescido no âmbito do sistema carcerário brasileiro, pois muito além de juízos discricionários da sociedade e de políticos, os presos, apesar de sua condição de recluso, fazem parte do Estado e merecem ter seus direitos e garantias respeitados, nos termos da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALIARDO, Rafael. *et al*. Ministros do STF criticam sistema prisional brasileiro. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro. Acesso em: 3 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, ADPF 347/2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Informativo Rede Justiça Criminal. Os números da Justiça Criminal no Brasil. N. 8, p. 1-16. Janeiro de 2016. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf. Acesso em 22 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf/view. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 347/DF. Custodiado, integridade física e moral [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 3 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 580.252-RG. Embargos Infringentes, reparação por dano moral, superlotação carcerária [...]. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. RE 592.581-RG. Repercussão Geral, Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964. Acesso em: 23 fev. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1. Acesso em: 30 out. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, B. D. V.; RAMOS, P. R. B. Entre O Ativismo E (In) Operância Legislativa: Deliberação E Legitimidade Das Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Sede De Controle De Constitucionalidade Em Um Contexto De

Novos Arranjos Institucionais E De Revisão Da Teoria Da Separação Dos Poderes. 2014. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.BEB61213&lang=ptbr&site=eds-live&authtype=ip,uid. Acesso em: 30 mar. 2019.

CARICATI, Fabiana B. S.; et al. A Separação dos Poderes e a Liberdade Jurisdicional. Percurso – Anais do v congresso luso-brasileiro de direitos humanos na sociedade da informação, v.3, n.26, p. 337-358, 2018. DOI: 10.6084/m9.figshare.7430312. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/3147/371371679. Acesso em: 30 mar. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no "estado de coisas inconstitucional".** Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359. Acesso em: 7 abr. 2019.

FERNANDES, R. L.; et al. Da capacidade de inovação normativa do poder judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, v. 20, n. 39, p. 11-28, 2017. DOI: http:// dx.doi.org/10.18359/prole.27209. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121182X2017000100002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. 2019.

FIGUEIREDO, E. Fin de; GIBRAN, S. M. O Ativismo Judicial, O Princípio Da Separação Dos Poderes E a Ideia De Democracia. Revista Percurso, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 104–124, 2016. Disponível em:

http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=122106750&lang=ptbr&site=edslive&authtype=ip,uid. Acesso em: 30 mar. 2019.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017. p. 81. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana. Acesso em: 30 out. 2018.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 11, n.58, out. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 30 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU, B. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, p. 4-5. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. G1 GLOBO, nov. 2012. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740. Acesso em: 3 fev. 2019.

SANTOS, Helena M. P. dos. *et al*. Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, Número Especial, 2015. p. 2604. Disponível em: http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941. Acesso em: 10 out. 2018.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4628/pdf. Acesso em: 23 fev. 2019

SILVA, R. H.; ABREU, I. de S. O estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e o ativismo judicial no panorama político-democrático brasileiro frente ao princípio constitucional da separação de poderes. Jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58529/o-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario-e-o-ativismo-judicial-no-panorama-politico-democratico-brasileiro-frente-ao-principio-constitucional-da-separacao-de-poderes/1. Acesso em: 3 abr. 2019.

TORRES, Suzana A. de Q. **A atuação do supremo tribunal federal, após a constituição de 1988, na solução dos "casos difíceis" a partir do pensamento de Ronald Dworkin e dos processos de ativismo judicial e judicialização da política**. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2012.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 23 de março de 2019.

ANEXO A- PEDIDOS CAUTELARES

a) .. Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) .. Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o

comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c)... Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) .. Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e)... Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) ... Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) .. Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas "e" e "f" acima.

h) .. Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

ANEXO B – PEDIDOS DEFINITIVOS

a)... Declare o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;

b) .. Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional ("Plano Nacional") visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.

c)... Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

d) .. Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a

superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

e)... Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item "c" supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas;

f) ... Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF;

g) .. Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

h) .. Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

ANEXO C – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea "b", para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo

Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea "h", por maioria e nos termos do voto do Relator, em deferir a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até sessenta dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; em indeferir as cautelares em relação às alíneas "a", "c" e "d", vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea "e", vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea "f"; em relação à alínea "g", por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, que reajustou o voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas..

Ciências
Criminais

A MULHER ENCARCERADA DISCUSSÃO A RESPEITO DA DECISÃO DO STF NO HC 143.641/SP E SEU IMPACTO NA LEI 13.769/2018

Giovanna Senedese

RESUMO

O presente artigo visa analisar a situação das mulheres gestantes e mães de crianças ou deficientes que se encontram sob a custódia do Estado na perspectiva da Lei 13.769/18, com o objetivo de demostrar a sua pertinência e importância jurídica. Para tanto, será dividido em três partes. Inicialmente será dado um panorama de quem são essas mulheres, por meio de dados e levantamentos, bem como a condição em se encontram presas e as consequências desse encarceramento para seus filhos. Nesse momento inicial será abordada toda a legislação pertinente ao tema, a fim de se demostrar a inaplicabilidade desses dispositivos nos casos concretos. Na segunda parte será exposto o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que teve grande repercussão para essa questão, já que resultou na edição da referida Lei. Por fim, em um terceiro momento, será analisada a Lei 13.769/18, que estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para essas mulheres e disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Serão mostrados os desdobramentos e discussões a seu respeito, afim de que fique demostrada sua importância tanto para proteção integral da criança e do deficiente, quanto para reduzir o encarceramento em massa de mulheres, oriundo de prisões provisórias.

Palavras-chave: Lei 13.769/18. HC 143.641/SP. Encarceramento feminino. Grávidas encarceradas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo verificar se a edição da Lei 13.769/18 resolveu juridicamente o problema decorrente das grávidas e mães com filhos menores ou deficientes encarceradas.

O tema revela-se importante porque no atual cenário das penitenciárias brasileiras, vive-se uma cultura do encarceramento, no qual mesmo sendo notória a ineficiência da reclusão como forma de redução das taxas de criminalidade, e com dispositivos legais permitindo formas alternativas de execução da pena, ela continua sendo feita.

Assim, esse artigo mostrará as causas do encarceramento feminino e as mudanças que foram feitas na legislação a fim de reverter esse cenário, especialmente por se tratar de mulheres em uma condição especial – a gestação - e seus filhos - crianças e pessoas com deficiência- que têm assegurados direitos e proteção integrais.

Para bem analisar o tema, o artigo será dividido em três seções.

Na primeira seção será analisada a problemática da mulher encarcerada. Na primeira parte, abordará os dados e levantamentos a respeito de quem são essas mulheres, os delitos que cometeram e as condições que se encontram nas penitenciárias. Além de estudos e exposições a respeito das crianças que são encarceradas com as suas genitoras e aquelas que perdem esse vínculo materno, bem como as consequências disso.

Na segunda parte da primeira seção serão abordadas as principais normas que regulam o tema, sua consequente inaplicabilidade e ineficiência e a edição do Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que ao promover mudanças na legislação, tentou regularizar a questão.

Na segunda seção será examinado Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que apontou como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e teve por objeto a conversão de prisão cautelar em prisão domiciliar (BRASIL, 2018a). O tema revela-se de suma importância, já que sua impetração se deu como consequência do Marco da Primeira Infância, e assim, será apresentada a solução que o Supremo Tribunal Federal deu ao julgar o *writ*.

Na terceira seção serão apontadas as consequências do julgamento do Habeas Corpus e a edição da Lei 13.769/18, que surgiu na sequência dessa decisão e positivou o entendimento dado pela Suprema Corte. Serão abordados também os desdobramentos dessa nova lei e o entendimento que tem prevalecido no momento da sua aplicabilidade a luz do caso concreto.

2 O PROBLEMA DA MULHER GRÁVIDA ENCARCERADA

Nos dois seguintes tópicos serão mostradas as causas fáticas e jurídicas que geram o problema das mães de crianças que se encontram sob a custódia do Estado. Em um primeiro momento será abordado, por meio de dados e pesquisas do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, quem são as mulheres presas, o cenário em que se encontram - especialmente no que diz respeito às acomodações para gestantes e lactantes e a disponibilidade de berçários e creches – bem como as consequências desses encarceramentos para seus filhos.

Em seguida, serão abordados os principais dispositivos legais que regulavam o direito à maternidade no cárcere e a proteção integral da criança, até o momento precedente à impetração do Habeas Corpus 143.641/SP, e a forma como esses

dispositivos eram desrespeitados, em decorrência lógica dos dados apresentados no tópico anterior.

2.1 Do problema social: dados

No presente tópico será dada uma breve explicação, por meio de dados e estatísticas, a respeito de quem são as mulheres encarceradas, quais são seus delitos e sua relação com o gênero, além de mostrar, dentro desse panorama, a situação em que se encontram seus filhos.

É possível verificar no contexto da sociedade brasileira desse século, a partir da análise da população carcerária feminina e dos dados coletados nas pesquisas sobre mulheres que cometeram delitos, quais são as mulheres mais suscetíveis de serem submetidas ao sistema prisional, quais condutas são controladas com maior rigor pela justiça criminal e, em que medida o gênero é relevante no estudo do complexo fenômeno da criminalidade.

Apesar do fenômeno da superpopulação carcerária ser uma tendência mundial, o Brasil, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – com dados consolidados referentes a todo o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2016 - além de estar entre os três países com maior número de pessoas presas no mundo, apresentou a maior taxa de crescimento da última década. (BRASIL, 2016)

A explicação para isso é a continuidade do processo de encarceramento como principal mecanismo de controle social e seu desenfreado uso para solução de questões socioeconômicas, desacompanhado de políticas públicas efetivas voltadas para a substituição do cárcere por formas mais razoáveis de prevenção do crime.

Nem mesmo alterações legislativas que introduziram medidas cautelares alternativas a prisão processual foram capazes de reduzir o encarceramento em massa. Essa é a fórmula para que os índices de aprisionamento subam de forma contínua.

Segundo Walmsley (2012 apud ISHIY, 2014, p. 93), atualmente, o Brasil possui cerca de 35.223 presidiárias, que representam 6,41% da população carcerária nacional. Apesar desse índice ser relativamente baixo, ao longo da última década, o ritmo de crescimento da população feminina presa tem sido maior do que o da masculina, sendo esse aumento uma tendência mundial.

> A intensificação do processo de aprisionamento das mulheres tem sido frequentemente relacionada aos movimentos feministas emancipatórios e interpretada como resultado da inserção das mulheres no mercado de trabalho e da mudança de comportamento na sociedade. Mas, o ritmo acelerado de crescimento populacional nas prisões, tanto feminina, quanto masculina, também deve levar em conta os reflexos da atual política criminal de encarceramento e da dinâmica da relação entre o tráfico de drogas e a polícia, e não apenas as mudanças socioculturais decorrentes dos movimentos feministas. (ISHIY, 2014, p. 96).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 50% da população prisional feminina é formada por jovens, consideradas até 29 anos; e 62% é composta por mulheres negras; 66% da população prisional feminina ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Apenas 15% da população prisional feminina concluiu o ensino médio. Entre esta população, destaca-se a concentração de pessoas solteiras, que representam 62% da população prisional. (BRASIL, 2018b)

Além disso, muitas delas são mães solteiras e revelam históricos de violência física ou sexual na infância, adolescência e até mesmo pelos policias e carcereiros (MUSUMECI; ILGENFRITZ, 2002 apud ISHIY, 2014, p.100). Esse levantamento de

dados não cria uma categoria de mulheres criminosas, mas mostra que determinadas pessoas são, de fato, mais vulneráveis ao sistema de justiça criminal.

Ainda conforme com o Infopen, de modo geral, pode-se afirmar que os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico. Em sequência, vêm os crimes de roubo (11%) e furto (9%). (BRASIL, 2018b)

Em se tratando das mulheres condenadas por crimes relacionados às drogas, um estudo realizado pela Associação Internacional de Redução de Danos (2012 apud ISHIY, 2014, p. 101) relata que a maior parte delas apresenta históricos de abuso sexual e físico, coexistindo distúrbios psicológicos, baixa autoestima e doenças sexualmente transmissíveis. Essas mulheres são geralmente desqualificadas, mães solteiras, sem suporte da família ou economicamente dependentes do companheiro, envolvido no tráfico de drogas.

As mulheres presas por tráfico de drogas (SOARES; IIGENFRITZ, 2002) - indicam pesquisas - estão inseridas predominantemente em atividades periféricas, subsidiárias e vulneráveis: são "buchas", consumidoras, "mulas" ou "aviões", "vapores", "cúmplices" e "assistentes/ fogueteiras".

O Relatório sobre Mulheres Encarceradas no Brasil aponta as consequências do fator gênero nesse cenário:

> Todo o quadro acima apresentado e revelador da dinâmica de desequilíbrio e desigualdade de poder nas relações de gênero na sociedade e de como isso impacta sobremaneira as mulheres quando vivenciam uma situação de encarceramento. São todas situações exemplares do quanto o padrão de

> discriminação sofrido pelas mulheres na sociedade se reflete e se reproduz ainda mais cruelmente na realidade vivida pelas mulheres encarceradas. Claramente presente aqui estão, pelo menos: a construção social de estereótipos de gênero, a tradicional divisão de papeis sociais em nossa cultura marcadamente machista e patriarcal e a estigmatização das mulheres denunciadas há séculos, e que vão sendo cultuadas, reforçadas e reproduzidas ativamente pelo protagonismo carcerário do Estado. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p. 40)

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias mostra que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos, enquanto no mesmo período observado, 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos. Isso, de acordo com o levantamento, apontam para uma importante desigualdade na distribuição de filhos entre homens e mulheres no sistema prisional e demandam, assim, a formulação de serviços e estruturas penais capazes de responder, por um lado, à possibilidade de institucionalização da criança e, por outro, aos efeitos da separação da mãe na vida das crianças e comunidades. (BRASIL, 2017, p. 51)

Nesse cenário, o levantamento ainda aponta que dentre o total de estabelecimentos femininos ou mistos que contam com cela ou dormitório adequado para custodiar gestantes, apenas 55 unidades em todo o país declararam apresenta-lo, o que representa 16% do total. (BRASIL, 2017).

O Infopen ainda acrescenta:

> Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com seus filhos e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, a Tabela 8 demonstra que apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. As unidades que declararam ser capazes de oferecer este espaço

> somam uma capacidade total para receber até 467 bebês. (BRASIL, 2017, p. 32)

A respeito das crianças inseridas nesse contexto, o levantamento aponta que, apenas 3% das unidades prisionais do país declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos e que o total de crianças em presídios de 0 a 3 anos, até o 2017, era de 1.111. (BRASIL, 2017)

Assim, a inexistência desses espaços, que permitam a amamentação e o desenvolvimento saudável da criança, impõe improvisação de berçários em celas, onde o tratamento desumano dado às mulheres presas estende-se a essas crianças, fazendo com que seus filhos sejam inseridos dentro desse ambiente hostil e insalubre.

A insalubridade dentro dos presídios é fato notório. Ainda assim, a ADPF 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio reconheceu o estado de inconstitucionalidade dos presídios brasileiros em 2015, justamente devido ao problema da superlotação, assinalando em seu voto, que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (BRASIL, 2015)

A situação torna-se ainda mais grave ao inserirmos gestantes, recém-nascidos, bebês e crianças dentro desse contexto, que por estarem em uma situação de fragilidade, correm risco de vida:

> A maioria dos presídios brasileiros possui problemas referentes à superlotação e péssimas condições estruturais e de salubridade, predispondo a proliferação ou agravamento de diversas doenças infectocontagiosas, traumas, doenças crônico-degenerativas, além de transtornos mentais. Em algumas instituições as celas são improvisadas como enfermarias, dispondo de poucos equipamentos e profissionais qualificados. A carência de escolta policial dificulta que as presidiárias sejam levadas para tratamentos de saúde nos hospitais de referência. Há falta contínua de medicamentos e os tratamentos para diversas doenças acabam se reduzindo à prescrição de analgésicos para alívio dos sintomas. Praticamente inexiste o pré-natal e os programas voltados à prevenção dos cânceres de colo de útero e de mamas. Essas situações, que afetam quase todas as mulheres em sistema prisional, ficam ainda mais graves quando elas se encontram grávidas, tendo em vista a maior fragilidade física e emocional própria deste período. (MILITÃO; KRUNO, 2014, p. 76).

O Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias (2009) estabeleceu que deva ser garantida a permanência de crianças, no mínimo, até um ano e seis meses, visto que a presença materna nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humana.

É o que afirma o professor Marinus H. van IJzendoorn (2005, p. 22) Ph.D. nos estudos sobre criança e família na Universidade de Leiden na Holanda:

> O apego – o vínculo afetivo entre o bebê e o genitor – desempenha um papel central na regulação do estresse em momentos de aflição, ansiedade ou enfermidade. Os seres humanos nascem com uma tendência inata no sentido de se apegar a um cuidador protetor. Mas os bebês desenvolvem tipos diferentes de relações de apego: alguns bebês desenvolvem uma relação de apego seguro com seu genitor, e outros encontram-se em uma relação de apego inseguro. A implicação mais importante para políticas e saúde mental é

> que as práticas parentais de fato fazem diferença para o desenvolvimento socioemocional da criança.

A falta de creches nos estabelecimentos penais afeta também um elevado número de mulheres presas que possuem filhos menores e não contam com ajuda do pai ou de outros familiares na criação da criança. Atualmente, essas mulheres continuam sendo as principais responsáveis pela família, o que significa que encarcerá-las, afeta diretamente aqueles que estão sob seus cuidados.

Nesse sentido, Rogerio Greco (2010 apud ISHIY, 2014, p. 114) afirma que:

> A ausência de planos estatais no sentido de aproximar a condenada de sua família dificulta, ainda mais, o cumprimento da pena, pois, além da dor pela separação, os filhos criados longe da presença materna tendem a não ter limites e, muitos deles, acabam também enveredando pelo caminho do crime. Assim, ao contrário do que em regra geral ocorre, o contato das presas com seus filhos, principalmente aqueles menores, que ainda estão em fase de formação de caráter, deveria ser facilitado, o que não se dá na prática.

Como não há estrutura para os filhos das detentas permanecerem nos presídios, é importante ressaltar que o destino dessas crianças muitas vezes é incerto, já que o vínculo familiar não se sustenta no período em que mãe está detida.

De acordo com o Relatório de Mulheres Encarceradas no Brasil, a Fundação Nacional de Assistência aos Presos (FUNAP) informa que apenas 20% das crianças ficam sob a guarda dos pais quando a mãe e presa, enquanto quase 90% dos filhos de presos homens permanecem sob os cuidados da mãe. A taxa de abandono, internação em orfanatos e até mesmo nas unidades de internação de crianças abandonadas corresponde a 1/5 dos filhos das presas. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p. 40).

Dessa forma, conclui-se que o encarceramento das mulheres se dá, na grande maioria dos casos, por mulheres desqualificadas, mães solteiras, que em algum momento da vida sofreram violência física e sexual, que não tiveram suporte familiar e que foram denunciadas pelo crime de tráfico de drogas, geralmente por influência dos companheiros.

Depreende-se que os ciclos de gestação e puerpério desassistidos geram riscos de morte da mãe, do feto e da criança. Afetam, de forma permanente o desenvolvimento dessa criança, que por ser separada da mãe, tem os vínculos fundamentais de um processo de socialização e integração prejudicados. Assim, o cárcere das genitoras viola os direitos dessas crianças, mostrando que o sistema prisional e o sistema de justiça criminal têm se apresentado como óbices à consolidação de políticas verdadeiramente universais de proteção integral.

2.2 Da previsão jurídica aplicada

Neste tópico será abordado, de forma sucinta, os principais dispositivos legais que regulam o direito à maternidade no cárcere. Tanto a proteção à maternidade quanto proteção integral da criança são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. O art. 5°, L da CF assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, enquanto o art. 227 da Constituição Federal garante os direitos das crianças. (BRASIL, 1988).

Outros diversos diplomas normatizam os direitos das mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade, no âmbito prisional, como as Regras de Bangkok, as Regras de Mandela, a Lei de Execuções Penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

A Lei de Execuções Penais reconhece a obrigatoriedade da construção de berçários e creches nas unidades prisionais femininas, no intuito de que o direito à maternidade seja viabilizado a essas mulheres quando custodiadas em prisões sob a responsabilidade do Estado brasileiro, estabelecendo o seguinte:

> Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.
>
> § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.
>
> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:
>
> I – Atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas;
>
> II – Horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (BRASIL, 1984).

De acordo com o que é estabelecido pelas normas de direito nacional e internacional, a mulher no período gestacional e de amamentação deve receber um tratamento diferenciado, justamente por ocupar uma posição singular. A preocupação deve ser ainda maior quando se trata de ambientes de total confinamento como são os cárceres.

O artigo 14, §3° da Lei de Execução Penal prevê assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, que compreenderá atendimento

médico, farmacêutico e odontológico, e assegura acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (BRASIL, 1984).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 9º, garante que poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade. (BRASIL, 1990)

Todas essas normas em conjunto buscam assegurar o melhor interesse à criança, alcançado quando lhe é garantido o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos (art. 15 do ECA). Deve-se, em resumo, colocar criança a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, degradante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990)

Diante da importância desse tema, em 2016, foi editado o Marco da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) que estabeleceu princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, alterou alguns artigos do mencionado Estatuto, da Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

As alterações no ECA se deram, principalmente, no seu Capítulo II, que versa sobre o direito à vida e à saúde, e no que diz respeito às gestantes e mães que se encontram encarceradas:

> Art. 8°, § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem

> interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade
>
> Art. 8°, § 10 Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. (BRASIL, 1990).

A Lei da Primeira Infância também promoveu alterações no Código de Processo Penal, afim de viabilizar a concessão da prisão domiciliar às presas provisórias, em duas situações especificamente direcionadas à maternidade: I) quando a presa estivesse gestante; e II) quando a presa possuísse filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL, 2016)

A grande questão no que diz respeito às previsões jurídicas mencionadas se dá quanto à aplicabilidade. Assim, apesar de haver normas que disciplinam como deve ser a maternidade dentro dos presídios, elas não surtem os efeitos desejados na prática.

O fato da maioria dessas unidades ter sido construída para receber homens e posteriormente se converteu em unidades prisionais femininas faz com que a estrutura seja improvisada. Desse modo, não há espaço apropriado – que é assegurado na legislação – para amamentação, berçário e creche, que seria imprescindível para a acomodação de mães e seus filhos que nascem sob a custódia do Estado.

A inexistência desses espaços, que serviriam para os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável da criança e para amamentação, obriga as mães a

improvisarem berçários em celas, onde o tratamento desumano dado às mulheres presas estende-se a essas crianças, em total desrespeito à legislação vigente.

Ainda em desconformidade com os preceitos legais, o Relatório de Mulheres Encarceradas no Brasil aponta que a precária assistência à saúde, falta de profissionais da área médica e do acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) afeta especialmente as gestantes, que a despeito do artigo 14, §3º da LEP, o qual assegura a essas mulheres o acompanhamento médico, não realizam os exames do pré-natal, expondo a saúde da mulher e da criança, a vários riscos, inclusive de contaminação em casos de doenças sexualmente transmissíveis. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007).

O referido Relatório, em seu capitulo V, afirma que:

> As brasileiras encarceradas, quando grávidas, sofrem mais com o descumprimento das normas constitucionais, ao não terem garantido o direito à assistência médica especializada durante o período gestacional: a maioria durante a gravidez, não realiza um único exame laboratorial de imagem, expondo a saúde da mulher e do feto a vários riscos, inclusive de contaminação em casos de doenças sexualmente transmissíveis, AIDS, tuberculose, muitas vezes desconhecidas até o momento posterior ao parto. A vaga em estabelecimento que permita a internação pós-parto, com local apropriado para receber a detenta e seu filho, não é direito assegurado para a grande parcela de parturientes no sistema prisional, uma vez que são raras as unidades prisionais que contemplam esse tipo de acomodação com berçário apropriado. Na maioria das unidades prisionais, especialmente nas Cadeias Públicas o berçário é uma cela improvisada, com as mesmas características de insalubridade comuns a esses locais. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL, 2007, p.38)

Além disso, nem mesmo as alterações que foram trazidas com o Marco da Primeira Infância foram capazes de sanar os problemas estruturais dos presídios, e

apesar de incluir no Código de Processo Penal a possibilidade de conversão da prisão preventiva para a domiciliar para as mulheres que são mães de crianças, na prática, tal medida não era concedida.

Assim, a problemática no que tange à previsão jurídica se dá em sua materialização. As leis específicas para atender às necessidades peculiares da gestação e maternidade no cárcere, para a proteção da criança que se encontra em tal situação e até para conversão da pena em medidas alternativas existem. Ocorre que, na prática, não são aplicadas, e consequentemente não surtem os efeitos esperados.

3 A SOLUÇÃO DADA PELO STF

O presente tópico irá abordar o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, que foi impetrado, com pedido de medida liminar, por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (2017), em favor de todas as mulheres presas preventivamente que se encontravam na condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

É importante ressaltar que aqui não será abordada a questão da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o caso, a legitimidade ativa das partes ou a admissibilidade do HC em sua forma coletiva, que, apesar de terem sido alvo de muita discussão no momento da impetração, o Supremo reconheceu o seu cabimento, sem objeções, e adentrou ao mérito.

O pedido do Habeas Corpus mencionou o impacto desproporcional que ficou ainda mais evidente com a prisão preventiva da ex-primeira dama do Estado do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo, que foi prontamente substituída pela prisão domiciliar pelo Tribunal Regional Federal da 2ª região. O caso, que simplesmente indicou a

forma correta da aplicação da lei penal, acabou escancarando a seletividade da justiça.

Nesse sentido, o pedido da impetração do Habeas Corpus 143.641/SP afirmou:

> A esse respeito, convém reiterar o impacto de uma sociedade desigual na pavimentação do acesso à justiça. Estudiosos da administração da justiça constatam uma complexa teia de condicionantes que determinam a experiência concreta de indivíduos e resultam na assimetria da defesa de seus interesses. Para além de obstáculos econômicos, o exercício do acesso efetivo à Justiça também é modulado por fatores sociais e culturais, cujo enfrentamento depende da clareza sobre suas causas e da formulação de respostas adequadas. No Brasil, mesmo com a criação de uma instituição pública para a defesa e promoção sistemática dos interesses de pessoas pobres, seu alcance insuficiente ainda se faz notar nas falas aqui registradas de mulheres que não tiveram contato com seu defensor ou advogado; que não tiveram oportunidade de defesa no âmbito dos processos que lhes implicou a perda do poder familiar sobre os filhos; que se referem à Justiça com desconfiança. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017)

Em consultas feitas por meio da ferramenta de busca do STJ, constatou-se que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres gestantes ou com filhos pequenos foi negada em aproximadamente metade dos casos. Os argumentos para isso, vão desde a considerações sobre as condições pessoais da mulher, apurada a partir da gravidade do delito supostamente praticado, até a alegação de necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017)

Tendo sido reconhecida a deficiência de caráter estrutural no sistema prisional sem percalços, mesmo porque a ADPF 347 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, já tinha declarado o estado de inconstitucionalidade dos

presídios brasileiros em 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC, reconheceu a necessidade de conter o número de prisões provisórias decorrentes de possíveis excessos na forma de interpretação e aplicação das legislações penal e processual, e afirmou:

> Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a "cultura do encarceramento", vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças. (BRASIL, 2018a, p. 23)

No voto do julgamento desse Habeas Corpus, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a incompatibilidade da situação com os parâmetros constitucionais:

> O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente

> incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI. (BRASIL, 2018a, p. 15)

A atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de minimizar esse quadro, foi plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

O ministro cita ainda um trecho que utilizou para apresentação das regras de Bangkok, durante sua presidência no Conselho Nacional de Justiça e afirma que embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

A abordagem dessa questão sob a perspectiva da diminuição do encarceramento feminino é de suma importância. Não só porque a cultura do encarceramento não resolve os problemas da criminalidade na prática, mas principalmente porque se trata de prisão preventiva. Sendo assim, como ainda não

houve o trânsito em julgado, muitas dessas decisões são convertidas em absolvição, no fim das contas.

Além do descumprimento do art. 227 do texto magno, o qual estabelece os direitos básicos das crianças, o art.5º, XLV da Constituição Federal que garante que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", também está sendo contrariado, já que no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas aos seus filhos. (BRASIL, 1988)

Diante desse cenário, foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal e teve implicação direta e de grande relevância, tanto para a impetração quanto para o julgamento do mencionado writ.

O art. 318 do Código de Processo Penal teve a seguinte redação:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
>
> IV - Gestante;
>
> V - Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (BRASIL, 1941)

Com a nova redação restou dúvida de que parâmetros deveriam ser utilizados para a substituição de que se trata a lei. A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae* do Habeas Corpus em questão, foi de considerar que o "poderá", constante do caput do artigo, deveria ser lido como "deverá", para evitar que a discricionariedade do magistrado fosse, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta devia ser formulada sempre considerando a particularidade do caso em concreto. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça, uma vez que encarceramento feminino ocorre de forma discriminatória e seletiva, já que tem impacto desproporcional sobre as mulheres pobres e suas famílias.

Diante de soluções díspares e para evitar a arbitrariedade judicial que tem suprimido Direitos Fundamentais, o ministro entendeu que a melhor saída consistia em conceder a ordem do *habeas corpus.* Em suas palavras:

> Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. (BRASIL, 2018a, p. 33).

É válido ressaltar que a extensão da ordem de ofício foi dada às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

Diante desse cenário, o Habeas Corpus se mostrava como o remédio constitucional mais rápido e eficiente para contornar a situação. Até que fossem tomadas todas as providências necessárias para que os presídios femininos estivessem em conformidade com o que está estabelecido na lei (aqui mencionada de forma genérica, uma vez que o desrespeito normativo vai desde a Constituição

Federal até a LEP), a saída encontrada foi determinar de forma expressa a conversão da prisão preventiva para a domiciliar para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência.

4 LEI 13.769/18

No presente tópico serão abordadas as consequências da concessão do Habeas Corpus 143.641/SP e a Lei 13.769/18, que entrou em vigor em 20 de dezembro de 2018. A referida lei estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e disciplinou o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação (BRASIL, 2018e). O enfoque desse tópico será a referida substituição da pena.

Quando o Marco do Primeira Infância (Lei 13.257/2016) entrou em vigor, incluindo no artigo 318 do CPP os incisos IV e V, que concedia a possiblidade de conversão de prisão preventiva para domiciliar para as gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos incompletos, havia discussão a respeito se essas hipóteses seriam facultativas ou obrigatórias. (BRASIL, 2016).

O STF, ao proferir a decisão do HC 143.641/SP, entendeu que, em regra, o benefício teria que ser concedido às mulheres que se enquadravam nessa situação, excepcionando àquelas que houvessem praticado crime mediante violência ou grave ameaça; contra seus descendentes (filhos e/ ou netos) ou ainda, em situações excepcionalíssimas, na qual o magistrado deveria fundamentadamente explicitar o motivo de ter denegado o benefício. (BRASIL, 2018a)

Em 24 de Outubro de 2018, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu uma decisão em relação ao acompanhamento do cumprimento da ordem concedida pela

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em habeas corpus coletivo. Nela, foi reiterado o pedido de concessão do Habeas Corpus uma vez que de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, até então, apenas 4% das mulheres tiveram a prisão substituída. (BRASIL, 2018a)

Após a ordem de concessão do Habeas Corpus, grande parte dos pedidos de conversão da prisão preventiva para a domiciliar – aproximadamente metade, de acordo com o relatório do referido writ - continuavam a ser denegados pelos magistrados, especialmente tendo como justificativa, motivo excepcional fundado do crime de tráfico de drogas. É o que se depreende pelos seguintes julgados:

> CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO CONSTRITIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. PRISÃO DOMICILIAR INCABÍVEL. ORDEM DENEGADA. 1. O entendimento do c. Supremo Tribunal Federal (HC coletivo nº 143.641) afastou a concessão de prisão domiciliar para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes quando os crimes por elas praticados envolverem violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelo Juízo. 2. Na hipótese dos autos a paciente e seu comparsa transportavam quase 100 kg de maconha. Além disso, embora tenha comprovado que possui dois filhos menores, não comprovou que eles dependam exclusivamente de seus cuidados. 3. Ordem denegada. (DISTRITO FEDERAL, 2018).
>
> ROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE CONVERSÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. MENOR SOB CUIDADOS DA AVÓ DESDE O NASCIMENTO. SUPERVENIENTE PERDA DA GUARDA DEFINITIVA.REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.RECURSO DESPROVIDO. 1. O Supremo

> Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.2. No caso, o indeferimento do pedido de substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar foi devidamente fundamentado, pois, conforme ressaltaram as instâncias ordinárias, a criança não se encontra desamparada, vive sob os cuidados da avó materna desde o nascimento, tendo a Recorrente, inclusive, perdido a guarda definitiva.3. O Juízo de primeiro grau deixou consignado, ainda, que há fortes indícios de envolvimento da Recorrente em organização criminosa, de elevado número de participantes e estruturada para a tráfico de entorpecentes, circunstância apta a inviabilizar a concessão da prisão domiciliar em substituição ao encarceramento preventivo. Precedentes.4. Para se afastar as conclusões que justificaram a negativa do pedido de prisão domiciliar, seria necessário proceder ao revolvimento fático-probatório dos autos, o que não é cabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.5. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, 2018b)

Em decisão posterior, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que tal crime não poderia ser utilizado como fundamento para negar a concessão. Em suas palavras:

> [...] esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar. Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos

> garantidos na legislação nacional e supranacional. (BRASIL, 2018a)

Mesmo após essa decisão, o STJ continuou a entender que o crime de tráfico de drogas, apesar de cometido sem violência ou grave ameaça, guardava acentuada gravidade, como se depreende do seguinte julgado:

> V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes. (BRASIL, 2018d)

Na esteira da decisão do Habeas Corpus Coletivo proferido pelo STF, veio a Lei 13.769/18, em 19 Dezembro de 2018, alterando o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos, para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.(BRASIL, 2018e)

A nova lei, ao alterar de forma material o Código de Processo Penal, inserindo os artigos 318-A e 318-B, positivou o entendimento da Suprema Corte. Os artigos mencionados foram redigidos da seguinte forma:

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
>
> I - Não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
>
> II - Não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).
>
> Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 1941)

Nota-se que o legislador não incluiu a possibilidade, ainda que de forma excepcional, de o magistrado negar a concessão do benefício de substituição, conforme o caso concreto. Além disso, no inciso II, falou em filho ou dependente e não descendentes.

De acordo com o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2018) a aprovação da lei foi positiva, pois garante a aplicação de direitos previstos nas Regras de Bangkok em um contexto de encarceramento em massa de mulheres e uso excessivo de prisões provisórias. Na prática, afirmou que a decisão estabelece parâmetros de interpretação da lei, visando harmonizar as decisões judiciais e determinar sua aplicação obrigatória a partir de requisitos objetivos, devendo ser justificada a sua não aplicação.

O Instituto acrescenta que a Lei 13.769/2018 também incorpora alguns pontos da decisão do STF e estabelece no Código de Processo Penal critérios objetivos de substituição da prisão preventiva por prisão albergue domiciliar.

A problemática se deu quanto à possibilidade de o magistrado negar a concessão do benefício em caso de situação excepcionalíssima. Se por um lado a

nova lei garante que não há mais a possibilidade de diferentes interpretações para as "situações excepcionalíssimas", que acabam sendo impeditivos ao enquadramento das mulheres, mesmo quando atendiam aos requisitos objetivos, por outro não parece ser possível conceder tal benefício de forma generalizada e automática, sem levar em conta o caso concreto.

Rogério Sanches Cunha (2018), em seus breves comentários a respeito da nova lei, faz críticas ao legislador, afirmando haver a desconsideração do cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo, e ainda afirma que:

> A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal. (CUNHA, 2018, p. 3)

O Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Estado do Paraná (2019) realizou apontamentos sobre a prisão domiciliar, especificamente sobre a maternidade no cárcere e a Lei n. 13.769/2018, onde afirmou que, de toda forma, muito embora o legislador tenha sido omisso, a possibilidade do Juízo fundamentar o indeferimento de qualquer medida cautelar é norma que figura como uma consequência lógica do próprio sistema que rege a aplicação das cautelares. Afinal,

toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição.

Dessa forma, apesar de a lei ter como objetivo uniformizar as decisões, de forma a impedir que o magistrado utilize qualquer situação que considere grave como situação excecionalíssima e negue a concessão do benefício, retirar sua discricionariedade também não parece ser o caminho mais adequado.

Diante desse cenário, o entendimento majoritário tem se pacificado no sentido de que apesar da hipótese de o juízo analisar o caso concreto e considerar a situação excepcional, como previsto no HC 143.641/SP, não estar positivado na nova lei, presume-se que o magistrado está autorizado a decidir pela concessão ou não da prisão domiciliar conforme o caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu a seguinte decisão:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA.SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO. EXPRESSIVAQUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES, ALÉM DE PETRECHOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO.ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FRATERNIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADEABSOLUTA DA CRIANÇA. *HABEAS CORPUS* COLETIVO N. 143.641/SP. PREVALECE A APLICAÇÃO NA PARTE QUE A LEI NÃO REGULOU – SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS POSITIVOS ENEGATIVOS PARA PRISÃO DOMICILIAR. CUMULAÇÃO COM MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ORDEMNÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO

> DE OFÍCIO. [...].5. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. **13.769/2018, estabelece um** poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.6. A normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no H*abeas Corpus* n. **143.641/SP, nos pontos não alcançados** pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.7. Assim, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. (BRASIL, 2019a, grifo nosso)

Além disso, a principal questão tratada, não só pela nova lei, mas também pelo HC Coletivo é a proteção integral da criança. Dessa forma, ao analisar as circunstâncias à luz do caso concreto, de forma excepcional e fundamentada, pode-se chegar à conclusão que em determinadas situações a presença da mãe junto aos filhos pode ser prejudicial à formação de seus valores, personalidade e até mesmo sua segurança.

Ao se comparar dois Habeas Corpus que foram julgados no início desse ano pela 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a importância de manter a discricionariedade do magistrado para analisar o caso concreto. No primeiro deles,

foi reconhecida a existência de situação excecionalíssima e negado o pedido de prisão domiciliar, uma vez que a ré, presa em flagrante, era apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região e exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo.

Nesse Habeas Corpus (AgRg no HC 426.526/RJ), de relatoria Ministro Joel Ilan Paciornik, havia informações de que a paciente mantinha em sua casa "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Dessa, forma concluiu-se acertadamente que manter a genitora afastada da residência e dos filhos mostrava-se a solução mais adequada para assegurar os direitos dos menores, sobretudo em razão do efetivo perigo atraído pela presença dela, decorrente do profundo envolvimento com a criminalidade e com ações de elevado risco pelo uso de arma de fogo, inclusive com registro de disparos por ela efetuados. (BRASIL, 2019b)

No segundo Habeas Corpus (HC 470.549/TO), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, não foi reconhecida a existência de situação excecionalíssima e foi determinada a prisão domiciliar. Nesse caso, a ré, que havia sido presa em flagrante por tráfico de drogas, estava sendo investigada pela suposta prática de outros delitos. O magistrado, na primeira instância, negou o pedido de prisão domiciliar, afirmando que seus três filhos eram cuidados pela avó, como restou comprovado nos autos. (BRASIL, 2019a)

O STJ entendeu que a decisão foi errônea. Isso porque a necessidade dos cuidados maternos nos primeiros anos de vida da criança é indiscutível, sendo indispensável a presença física da mãe para o desenvolvimento físico e emocional. A separação excepcionalíssima da mãe, que ocorre com a decretação da prisão, somente pode ocorrer quando violar direitos dos filhos, tendo em vista a força normativa da nova lei que regula o tema. Embora a paciente tenha sido

investigada por tráfico, não era reincidente e o fato que deu origem à prisão não ocorreu na residência onde moram os filhos. Além disso, não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas. Dessa forma, o STJ concluiu que apesar de se tratar do crime de tráfico, deveria haver a concessão da prisão domiciliar tendo em vista o melhor interesse da criança.

Assim, conclui-se que manter a discricionariedade do magistrado se mostra a alternativa mais adequada, tendo em vista que o legislador não consegue prever todas as situações da realidade social, uma vez que apenas duas exceções previstas no artigo 318-A do Código de Processo Penal são incapazes de comportar todas as soluções para os casos concretos. Além disso, a interpretação da norma de maneira restritiva pode representar risco à criança ou ao deficiente, o que é inadmitido, tendo em vista que a proteção deve ser prioritária e integral. (BRASIL, 1941).

Desta maneira, a nova Lei representa um avanço para as gestantes e mulheres com filhos menores ou deficientes que se encontravam encarceradas por apresentar uma solução jurídica efetiva para reverter o encarceramento em massa que era causado por prisões provisórias.

5 CONCLUSÃO

No atual cenário das penitenciárias brasileiras, vive-se a cultura do encarceramento, especialmente quando se trata do crime de tráfico de drogas. Assim, mesmo sendo notória a ineficiência da reclusão como forma de redução das taxas de criminalidade, e com a constante inclusão de dispositivos legais que permitem formas alternativas de execução da pena, o encarceramento continua sendo a solução dada.

A situação fica ainda mais delicada ao inserirmos crianças nesse contexto, que passam a ser aprisionadas junto com suas genitoras ou perdem o vínculo materno, e por consequência, tem seus direitos individuais transgredidos em todos os aspectos, desrespeitando a legislação que garante sua proteção no âmbito integral.

Quando o Marco da Primeira Infância entrou em vigor (Lei 13.257/2016), alterando o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, cabia à discricionariedade do Poder Judiciário substituir aquela prisão por esta. Ocorre que em aproximadamente metade dos casos esse pedido era indeferido. (COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS, 2017).

Isso porque o encarceramento ocorre de forma seletiva e discriminatória. Abaixo de determinado nível de escolaridade e pobreza, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza. Inseridas nesse contexto, mulheres pobres e suas famílias eram destituídas do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Apesar da substituição da prisão preventiva pela domiciliar não ser direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura prisional adequada, sendo inadmissível que cumprissem pena em regime mais gravoso daquele ao qual foram condenadas.

Diante dessa situação, foi impetrado um Habeas Corpus 143.641/SP em 08/05/2017, que apontou como pacientes todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua

responsabilidade e das próprias crianças e teve por objeto a conversão de prisão cautelar em prisão domiciliar. (BRASIL, 2018a)

Ao julgá-lo, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada. (BRASIL, 2018a)

Ocorre que a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal não foi suficiente para resolver a questão. Apesar de ter sido dada a ordem para converter a prisão provisória para a domiciliar, os magistrados continuavam a indeferir o pedido de substituição. A denegação era sempre fundada em situação excepcionalíssima, especialmente quando se tratava do crime de tráfico, que é a principal causa do encarceramento feminino.

Nesse cenário, foi editada a Lei 13.769/18, que além de alterar a LEP, alterou de forma material o Código de Processo Penal, inserindo os artigos 318-A e 318-B, positivando, assim, o entendimento da Suprema Corte. A nova Lei definiu que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (BRASIL, 2018e)

A Lei foi de suma importância no sentido de criar parâmetros de interpretação de lei, estabelecendo critérios objetivos e sendo sua não aplicação a

exceção, afim de reduzir o encarceramento em massa por meio de prisões provisórias.

O impasse se deu quanto à possibilidade de o magistrado negar a concessão do benefício em caso de situação excepcionalíssima. Se por um lado a decisão do Habeas Corpus garantia essa possibilidade, a nova lei não a positivou, uma vez que ela abria margem para diferentes interpretações do que seria uma "situação excepcionalíssima" e acabava sendo um impeditivo para o enquadramento das mulheres.

O STJ pacificou o seu entendimento no sentido de que a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no H*abeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação finalística da lei, bem como a proteção no âmbito integral das crianças e pessoas com deficiência.

Dessa forma, a lei 13.769/18 se mostra como um importante passo para solucionar juridicamente a questão das gestantes e mulheres com filhos menores ou deficientes encarceradas, tendo em vista que busca reverter a cultura do encarceramento e garantir seus direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018e.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069Compilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: atualização - junho de 2016. 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2018b. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Mulheres encarceradas:* diagnóstico nacional. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. *AgRg no HC 426.526/RJ (2017/0307335-4)*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 12 de fevereiro de 2019b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678477891/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-426526-rj-2017-0307335-4. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. *HC 470.549/TO 2018/0247260-3*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 12 de fevereiro de 2019a. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/678480137/habeas-corpus-hc-470549-to-2018-0247260-3/inteiro-teor-678480149. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. *RHC 100.568/SP*. Rel.: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 18 de setembro de 2018b. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643665276/recurso-em-habeas-corpus-rhc-102206-ms-2018-0216568-6 Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). Habeas Corpus. *HC 471.503/RJ*. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 13 de novembro de 2018d. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631618802/habeas-corpus-hc-471503-rj-2018-0253688-0. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 143.641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de outubro de 2018a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdf Voto.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 347/MC DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600 Acesso em: 22 abr. 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DO ESTADO DO PARANÁ. *Prisão domiciliar do CPP x Prisão domiciliar da LEP*. 2019. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/mesmo-apos-lei-137692018-que.html. Acesso em: 22 abr. 2019.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL. *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. 2007. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-

content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

COELHO, Gabriela. *Lewandowski determina acompanhamento de HC coletivo a presas mães*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-24/ministro-cobra-cumprimento-hc-coletivo-presas-filhos. Acesso em: 22 abr. 2019.

COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS. *Habeas Corpus de presas grávidas e mães de crianças de 12 anos*. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/hc-presas-gravidas-maes-criancas-12-anos.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. *Resolução CNPCP n. 3, de 15 de julho de 2009*. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-resolucao-cnpcp-no3-de-15-de-julho-de-2009-mulher-encarcerada-e-filhos.doc. Acesso em: 22 abr. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. 2018. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/breves-comentarios-leis-13-76918-prisao-domiciliar-13-77118-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual/. Acesso em: 22 abr. 2019.

D'ÁVILA, Maria Clara. *Aprovado Projeto de Lei que garante prisão domiciliar para mães e gestantes*. 2018. Disponível em: http://ittc.org.br/aprovado-lei-13769-prisao-domiciliar/. Acesso em: 22 abr. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1. Turma). Agravo de Instrumento. *AI 0714683-05.2018.8.07.0000/DF*. Rel.: Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 30 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/173168490/processo-n-0707501-0220178070000-do-tjdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FARIAS, Emili Caroline Cota de Jesus. *Maternidade no cárcere.* 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62457/maternidade-no-carcere. Acesso em: 22 abr. 2019.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *ITTC analisa Infopen Mulheres 2016*. 2018. Disponível em: https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/ittc-analisa-infopen-mulheres-2016 . Acesso em: 22 abr. 2019.

ISHEY, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MILITÃO, Lisandra Paim; KRUNO, Rosimery Barão. Vivendo a gestação dentro de um sistema prisional. Saúde (Santa Maria), Santa Maria, v. 40, n. 1, p.75-84, jan./jul., 2014. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistasaude/article/download/9180/pdf_1. Acesso em: 22 abr. 2019.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras*: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

VAN IJZENDOORN, Marinus. *Apego nos primeiros anos de vida (0-5) e seu impacto no desenvolvimento das crianças*. 2005. Disponível em: http://www.enciclopedia-crianca.com/sites/default/files/textes-experts/pt-pt/2277/apego-nos-primeiros-anos-de-vida-0-5-e-seu-impacto-no-desenvolvimento-das-criancas.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

.

Ciências
Criminais

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: UM ESTUDO DE DADOS À LUZ DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS NACIONAIS E DO PROTOCOLO DE PALERMO

Hanneli Aresi Rasia

RESUMO

O objetivo do trabalho desenvolvido é analisar os dados referentes ao crime do tráfico de pessoas no Brasil e, mais especificamente no Distrito Federal, à luz das diretrizes normativas das políticas públicas previstas no ordenamento pátrio e de informações que refletem quais ações de fato são promovidas a fim de se combater o crime. Para isso, a pesquisa envolveu uma análise panorâmica sobre o ilícito do tráfico de pessoas, envolvendo o estudo de seu conceito e aspectos históricos importantes, além de uma pesquisa quanto à legislação que estabelece políticas públicas de enfrentamento a serem promovidas no país e, por fim, um estudo quanto aos dados do crime em âmbito nacional e distrital. Com base na pesquisa desenvolvida constatou-se que, embora algumas diretrizes previstas em normas de enfrentamento ao ilícito já estejam sendo estabelecidas, muito ainda há que se promover para se atingir um efetivo combate ao tráfico de pessoas no Brasil, em especial no relacionado à produção de pesquisas sobre o tema e na divulgação de informações.

Palavras-chave: enfrentamento ao tráfico de pessoas; Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; Lei 13.344/2016; Protocolo de Palermo.

1 INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é um dos crimes mais rentáveis no mundo, tanto em uma análise da prática do ilícito em âmbito nacional como em âmbito transnacional. Diversos são os relatórios e diagnósticos do Ministério da Justiça e do UNODC

(Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes) que expõem informações quantitativa e qualitativas sobre o crime, trazendo à luz uma reflexão necessária, que será o objeto central deste estudo: diante da prática reiterada do crime de tráfico de pessoas no Brasil, quais são as políticas de combate ao crime adotadas pelo país?

O presente trabalho versa sobre as políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil e o desenvolvimento da pesquisa é de absoluta relevância, posto que há diversidade quanto à legislação de combate ao crime, como o decreto que institui a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5948/2006), os demais decretos que instituíram os Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/2016, mas há relevante carência de trabalhos que relacionem as determinações legais com as políticas efetivamente praticadas pelo Estado e os dados sobre a prática do crime e seus desdobramentos, sendo que esta é a proposta deste estudo.

Como fonte de informação relevante e abrangente, versando sobre diversos aspectos referentes ao crime, a pesquisa desenvolvida é fruto de compilação e análise de diversos documentos desenvolvidos pelo Ministério da Justiça, dentre outros órgãos. O trabalho é um instrumento que busca proporcionar um longo estudo sobre o crime do tráfico de pessoas e de seu combate, abordando desde referências históricas importantes e de seu conceito no cenário internacional (incluindo sua evolução no cenário nacional) até os dados mais recentes sobre o crime. O seu desenvolvimento é importante porque o tráfico de pessoas é um crime de extrema abrangência e de elevada rentabilidade aos exploradores, devendo, portanto, ser efetivamente combatido e o Estado, por meio de políticas públicas, é o principal responsável pelas propostas e atividades de combate ao crime. Sendo assim, é

importante estudar quais as propostas no campo teórico de enfrentamento ao ilícito e quais delas são de fato executadas.

No estudo, utilizaram-se como meios de pesquisa materiais teóricos como livros e também diversas pesquisas desenvolvidas sobre o tema, além de extenso arcabouço normativo. Foi realizada também visita à sede da Gerência de Enfrentamento ao Tráfico e Apoio ao Migrante e ao Pró-Vítima, ambos pertencentes à Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania do Distrito Federal (SEJUS).

O trabalho foi dividido em três capítulos. O capítulo I dispõe sobre aspectos introdutórios da temática, essenciais para a devida compreensão do crime e para o entendimento sobre as políticas desenvolvidas no Brasil de combate ao tráfico de pessoas. A abordagem fez referência a questões históricas importantes e trata do ilícito como um problema internacional e nacional, incluindo um estudo de caso confirmando a prática do crime no Brasil. Importante aspecto é o estudo do conceito de tráfico de pessoas no Protocolo de Palermo e o seu desenvolvimento em âmbito nacional.

O capítulo seguinte diz respeito sobre os mecanismos de combate ao crime do tráfico de pessoas no país. Aborda, portanto, a atividade do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) em âmbito nacional. Neste capítulo há também um estudo sobre a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e os Planos Nacionais, especialmente no que se refere às suas diretrizes. Ademais, promoveu-se uma relação entre o Protocolo de Palermo, a Lei 13.344/2016 e as principais mudanças que essa norma promoveu, em especial, na definição do tipo penal do crime na legislação interna.

Após todo o estudo teórico dos primeiros capítulos, por fim, o capítulo III tem como abordagem informações sobre a prática do crime no país, fazendo referência a diversos dados e fontes. O estudo versa inicialmente sobre dados nacionais relevantes e na segunda parte sobre informações distritais da prática das políticas desenvolvidas na capital federal.

Isto posto, observa-se que o estudo amplo sobre o tráfico de pessoas e seus desdobramentos, conjugado com a análise teórica das políticas públicas de combate ao crime propostas no ordenamento brasileiro proporciona o desfecho do trabalho, por meio do cotejo entre o proposto na teoria e o que ocorre na prática por meio da análise dos dados conjugados no último capítulo.

2 TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS IMPORTANTES DO ESTUDO DO CRIME

O presente trabalho, conforme já mencionado, objetiva uma análise sobre as políticas públicas de combate ao tráfico de pessoas no Brasil em seu aspecto normativo e prático. Porém, antes de se prosseguir a esse estudo, necessário é um exame panorâmico da temática do crime do tráfico de pessoas, por meio de estudos de seu conceito, amplitude, além de aspectos históricos relevantes. Esse é o estudo desenvolvido no primeiro capítulo.

2.1 A violação dos direitos humanos decorrente do tráfico de pessoas

Para se falar de proteção internacional da pessoa humana e, em especial, do combate ao crime de tráfico de pessoas, basta se observar os acontecimentos históricos do século XX. Em decorrência da II Guerra Mundial, por exemplo, nasceu no cenário internacional uma preocupação muito grande de dispor em um

documento universal, que fosse ratificado pelos atores internacionais, os direitos fundamentais, inerentes ao homem desde o seu nascimento, e que deveriam ser observados e respeitados por todos – trata-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Em 1948 a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e objetiva estabelecer a proteção universal dos direitos humanos com especial atenção à liberdade, direito reiterado no próprio preâmbulo do documento. Ademais, proclama também a necessidade da adoção de medidas nacionais e internacionais que assegurem o pleno exercício da dignidade humana e dos direitos dela decorrentes.

Ocorre que, segundo o professor Hédel de Andrade Torres, diversos direitos humanos são diretamente violados pelo tráfico de pessoas. Sendo assim, pode-se afirmar que, ao contrário de diversos tipos penais que violam um bem jurídico apenas, o tráfico humano viola diversos bens, como por exemplo, a vida, a liberdade e a dignidade humana.[1]

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto também entendem o mesmo, ao afirmarem, a respeito do tráfico que,

> No entanto, percebendo que os documentos internacionais assinados pelo Brasil dão ao delito um alcance bem maior, abrangendo outros tipos de exploração, que não a sexual, a Lei 13.344/2016 removeu o crime do Título VI – dos crimes contra a dignidade sexual -, migrando-o para o Capítulo IV do Título I, dos crimes conta a liberdade individual. Eis o bem jurídico tutelado. Contudo, bens outros aparecem no espectro

[1] TORRES, Hedel de Andrade. Tráfico de mulheres: exploração sexual – liberdade à venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 53.

> de proteção, como a dignidade corporal, a dignidade sexual e o poder familiar. [2]

Pois bem, analisar-se-á um panorama da violação de alguns direitos humanos atingidos pela prática do crime de tráfico de pessoas.

O artigo 3º da DUDH afirma que todo ser humano tem direito à vida, juntamente com o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual estabelece que o direito a vida é inerente à pessoa humana. [3]

Diretamente ligado à vida, tem-se a ideia de dignidade, isto é, as pessoas têm direito a uma vida digna. Não se trata apenas do direito de nascer e de não ter sua vida tirada, mas de viver com qualidade, com um mínimo de dignidade e com a capacidade de se desenvolver.

Em um caso de tráfico de pessoas, esse direito é violado. Do tipo penal (artigo 149-A, CP), observa-se que uma das finalidades do tráfico é o trabalho escravo. No trabalho escravo, não há qualquer garantia de dignidade para as pessoas exatamente por que no que tange a esta prática, viola-se o próprio artigo 5º da Declaração, o qual dispõe que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. [4]

---

[2] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tráfico de pessoas: lei 13.344 comentada por artigos. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 141.

[3] BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração internacional dos direitos humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso dia 30 de abr. de 2018.

[4] ORGANIZAÇÃO DAS NACÕES UNIDAS. Declaração internacional dos direitos humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018; BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

Como exemplo recente da prática, tem-se o caso da Fazenda Brasil Verde, onde as pessoas eram enganadas sob a promessa de receber um salário atrativo, mas na prática os trabalhadores viviam uma vida em circunstâncias absolutamente degradantes. O caso será mais bem abordado em momento próprio, mas agora resta suficiente para exemplificar a violação ao direito à vida e ao mínimo existencial ideal de dignidade.

Outro direito violado na prática do tráfico é a liberdade. Conforme afirma Hélder Torres, "a liberdade tem um profundo enraizamento na cultura humana como valor".[5]

Esse direito é previsto na DUDH no artigo 13 e estabelece a garantia do homem de livremente se locomover e em seu artigo 4º estabelece que ninguém será mantido em tráfico ou servidão e que a escravidão e o tráfico de escravos devem ser proibidos em todas as formas.[6]

Ora, a própria nova legislação brasileira entende que o tráfico não é mais um crime contra a dignidade sexual apenas, mas é um crime contra a liberdade individual devido à amplitude de objetos trazidos pelo novo tipo penal, conforme a lei do tráfico de pessoas – Lei 13.344/2016.

Com base no exposto, observa-se a necessidade de um combate efetivo à prática do crime e de políticas para o seu enfrentamento, pois é um ilícito que afeta

[5] TORRES, Hedel de Andrade. Tráfico de mulheres: exploração sexual – liberdade à venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 57.

[6] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração internacional dos direitos humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2018.

milhares de pessoas todos os dias, violando os seus direitos mais básicos e fundamentais.

Para se compreender melhor como o combate ao tráfico tem sido tratado na história até a proteção nacional e internacional dos dias atuais, é necessária uma breve análise histórica sobre o tema.

2.2 Um breve histórico do tráfico de pessoas

O tráfico de pessoas é um problema muito atual, mas que remonta a diversas origens históricas que precisam ser discutidas para se compreender a sua atualidade no Brasil, e mais especificamente em Brasília, além dos diplomas jurídicos nacionais e internacionais que disciplinam o combate ao crime.

Duas referências históricas principais são importantes para o estudo e são elas o tráfico de escravos negros e o tráfico de mulheres brancas *(White Slave Panic)*, que aqui serão objeto de estudo a fim de se cooperar para um correto entendimento do conceito do tráfico de pessoas e da importância de seu combate.

O comércio de escravos fez parte da colonização portuguesa, e, portanto, associado à história do trabalho forçado do Brasil e esteve ligado principalmente com a produção de açúcar no país (no século XVIII, 40% da população escravizada no Brasil estava envolvida com o cultivo de cana de açúcar). [7]

No ano de 1850 aboliu-se o comércio transnacional de escravos, proibindo o tráfico para o Brasil (Lei Eusébio de Queiroz) e a partir daí se teve início diversas

[7] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

medidas para tentar desarticular o tráfico ilegal. Em 1888, com a Lei Áurea, a escravidão foi abolida. Entretanto, na prática, o crime é contínuo no país. [8]

Apesar da abolição legal, a pobreza e a concentração de riquezas e de terras nas mãos de poucos proprietários, aliada à falta de estudos e de capacitação técnica dos até então escravos, dificultou o ingresso dessas pessoas no mercado de trabalho de forma digna e a fim de obterem sustento, ou pelo menos a promessa deste, optaram por se submeterem a condições de exploração e de trabalho desumanas e degradantes. [9]

Apenas em 1995 o Governo Brasileiro reconheceu a existência do trabalho em condições análogas à de escravo no país e começou a adotar providências a fim de enfrentá-lo. [10]

Diversos documentos também foram assinados pelo Brasil para se erradicar o problema do trabalho escravo, que conforme será observado, é caracterizador típico do tráfico de pessoas, nos termos da legislação nacional sobre o tema. Dentre os documentos tem-se: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

[8] PRADO JUNIOR, Manoel Batista do. Conflitos e estratégias sociais em torno da liberdade: famílias escravas em Mangaratiba no século XIX. In: ABREU, Martha; PEREIRA, Matheus Serva: (org). Caminhos da liberdade: histórias da abolição e do pós abolição no Brasil. Rio de Janeiro: 2011. p. 76-94. Disponível em: http://www.historia.uff.br/stricto/files/public_ppgh/hol_2011_CaminhosLiberdade.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[9] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[10] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea migrado-1/notas-tecnicas-planos-e oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

da Costa Rica de 1969); o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo). [11]

Entretanto, as medidas adotadas de combate ao tráfico de escravos e trabalho escravo no Brasil ainda não são suficientes, afinal, segundo dados do Relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o trabalho escravo no Brasil de 2010, 25 mil pessoas à época eram submetidas ao ilícito. [12]

Em relação ao tráfico de escravas brancas, o termo é uma alusão histórica das mulheres europeias que eram traficadas a fim de trabalharem como prostitutas em outros países.

Na sociedade da época (século XIX e XX) estabeleceu-se uma distinção entre a prostituição e o tráfico das mulheres brancas: a prostituição era uma atividade de caráter imoral para a sociedade e o tráfico era uma exploração de uma mulher inocente. Essas mulheres vítimas eram aliciadas mediante coerção, falsas promessas e por meio de uso de documentos falsos, se assemelhando ao mecanismo moderno do tráfico, conforme De Vries apud Ary,

> These sources tell us about the scale of the traffic, but they do repeatedly point to the same pattern of deceit and coercion. Once, having arrived at the destination, returning home was difficult. Apart from the problem of being in a foreign environment, intimidation was often used to induce the women to stay. A woman could be coerced into paying back

[11] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea migrado-1/notas-tecnicas-planos-e oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[12] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

> the money that was paid for the trip, have her identify papers taken away or be threatened with being handed over to the police – which could be an effective threat if she was an illegal immigrant. [13]

O combate a este ilícito gerou uma preocupação no cenário internacional, culminando com diversos documentos internacionais, cuja finalidade é o combate ao crime. Entretanto, importante ressaltar que a importância à época era o combate ao crime de tráfico de mulheres para a exploração sexual. Como se observará, esse enfrentamento com o passar do tempo não será mais suficiente, o que culminará com o documento marco de luta contra o tráfico, o Protocolo de Palermo, que abrange diversas formas de exploração dentro do conceito de tráfico de pessoas.

O primeiro documento internacional sobre a temática, condenado por muitos como discriminatório, pois abordava especificamente o tráfico das mulheres brancas e europeias, foi o Protocolo de Paris de 1904. [14]

O termo discriminatório – mulheres brancas – apenas foi afastado com a Convenção pela Supressão do Tráfico de Mulheres e de Crianças, em 1921. Neste documento qualquer mulher ou criança poderia ser vítima do tráfico. [15]

---

[13] Tradução nossa: essas fontes contam para nós um pouco a respeito da escala do tráfico, além de repetidamente apontar para o mesmo padrão de engano e coerção. Uma vez tendo chegado ao destino, retornar para casa se torna difícil. Ressalvado o problema de estar em um ambiente estrangeiro, a intimidação é frequentemente usada para induzir a mulher a permanecer. Uma mulher poderá ser coagida a devolver o dinheiro gasto com a viagem, poderá ter seus documentos de identificação retirados ou ser ameaçada de ser entregue à polícia - o que pode ser uma ameaça efetiva se de fato ela for uma imigrante ilegal. ARY, Thalita Carneiro. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais. Programa de Pós-Graduação de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf. Acesso em: 18 de ago. de 2018. p.28.

[14] ARY, Thalita Carneiro. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais. Programa de Pós-Graduação de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

Apesar do citado documento e de outros seguintes tratarem exclusivamente do tráfico com o fim da exploração sexual, acontecimentos históricos que marcaram o século XX provocaram profundas mudanças no tratamento do crime com a ampliação de seu objeto, envolvendo não só o enfrentamento ao tráfico para a exploração sexual, mas também para a exploração de trabalho escravo, além de outras finalidades típicas do ilícito.

O contexto histórico do século passado é marcado por diversos conflitos internacionais, dentre eles a II Guerra Mundial e a Guerra Fria, que provocaram uma migração internacional de pessoas e uma abertura de fronteiras até o momento não conhecida, o que facilitou e proporcionou o crescimento de um tráfico e comércio de pessoas. Ademais, na segunda parte do século XX, identificaram-se também redes transnacionais de organização do crime e a concepção de globalização. Para acompanhar esses novos fatores é que outros documentos internacionais importantes foram redigidos.

Uma das próximas referências relevantes de tratamento do tráfico é a inclusão deste como crime contra a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O texto entrou em vigor no Brasil em 2002 e, conforme o decreto 4.388/2002, deve ser cumprido integralmente. No rol dos crimes contra a humanidade encontra-se a escravidão e o tráfico de pessoas como forma de seu exercício. [16]

[15] ARY, Thalita Carneiro. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais. Programa de Pós-Graduação de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

[16] BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

Do exposto, já se evidencia a importância de o tráfico ser visto como um conceito amplo pelos atores internacionais para se proporcionar um maior e mais efetivo combate ao crime. Necessário se faz então que o tráfico de pessoas não se vincule mais exclusivamente à exploração sexual, mas também aos trabalhos forçados, por exemplo.

A fim de se elaborar um conceito amplo e mais protetivo de significado do crime é que foi elaborado o "Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição ao tráfico de pessoas, em especial crianças e mulheres", o conhecido Protocolo de Palermo. Este documento é o marco internacional de proteção às vítimas e de combate ao tráfico e será estudado em seguida.

Percebe-se, portanto, uma evolução da proteção internacional das pessoas e do enfrentamento ao crime do tráfico, e uma das mais relevantes mudanças provocadas por tal progresso protetivo é o desenvolvimento de um conceito amplo do crime e do estabelecimento de diretrizes que exigem políticas de combate dos países.

2.3 O Protocolo de Palermo e o conceito de tráfico de pessoas adotado na legislação nacional

Como dito anteriormente, o Protocolo de Palermo é o principal documento internacional que aborda o combate ao tráfico de pessoas e por isso merece especial atenção.

O Protocolo é um documento adicional à Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional e ambos entraram em vigor no Brasil em 2004,

promovendo profundas mudanças no sistema de combate nacional do crime por meio dos seus princípios e diretrizes.

O documento surgiu como primeiro texto internacional amplo que trata da universalidade de questões relativas ao tráfico de pessoas porque se acreditava que as vítimas desse crime não estariam plenamente protegidas sem o Protocolo. A Convenção analisa o tráfico por meio de seus artigos, firmando três objetivos principais no documento que norteiam todas as disposições sobre o tráfico de pessoas: a prevenção e o combate ao crime; a proteção aos direitos das vítimas; e a promoção de cooperação entre os Estados signatários com o fim de alcançar esses objetivos.

O principal impacto decorrente do documento é a ampliação dos sujeitos e do objeto caracterizador do crime, antes visto exclusivamente como para o fim de exploração sexual; ademais, a mulher deixa de ser a única possível vítima do ilícito. Essa assertiva provém do conceito do crime disposto no Protocolo,

> Artigo 3
>
> Para efeitos do presente Protocolo:
>
> A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados,

> escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. [17]

Observa-se que o rol de verbos caracterizadores do crime é grande, assim como os meio utilizados pelos traficantes para a sua concretude. Importante ressaltar que, conforme o Documento, caracterizados quaisquer desses meios, tais como, o recurso da ameaça, uso da força, outras formas de coação, o rapto, a fraude, o engano, ou o abuso de autoridade, o consentimento da vítima é prescindível. No que tange às vítimas crianças, a discussão sobre consentimento se faz absolutamente desnecessária porque é irrelevante para a caracterização do delito.

O texto também retrata as formas de exploração objeto do crime. Não se trata mais exclusivamente de exploração sexual, apesar de ser esta a mais recorrente nos casos do tráfico. [18]

O Protocolo estabelece também que a exploração elementar do crime é aquela que envolve a prostituição, outras formas de exploração sexual, os trabalhos e serviços forçados, a escravatura e práticas semelhantes, a servidão e a remoção de órgãos. Importante ressaltar que, até 2016, no Brasil, o tipo penal do tráfico de pessoas incluía apenas a finalidade de exploração sexual e por isso encontrava-se no título dos crimes contra a dignidade sexual. Com a nova legislação vigente, o tipo penal foi ampliado para se adequar ao Protocolo e foi além, incluindo a adoção ilegal como modalidade de tráfico.

---

[17] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[18] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

Assim, hoje se tem o seguinte dispositivo do tráfico de pessoas, e como consequência o seu conceito previsto no Protocolo adotado nacionalmente,

> Artigo 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; II - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. [19]

O estudo do Protocolo não é importante apenas para a conceituação do tráfico porque, em seus termos, estabelece diversas diretrizes quanto ao estabelecimento de medidas nacionais de combate e prevenção ao crime.

Assim, estabelece em seu artigo 5º que, "cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente".[20]

---

[19] BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[20] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em:

No decorrer dos anos, desde a entrada em vigor do Decreto 5.017/04, várias medidas foram adotadas pelo Brasil, dentre elas, a nova legislação (Lei 13.344/2016), a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico e os Plano Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que serão abordados especificamente no capítulo seguinte deste trabalho.

Outros dispositivos importantes dispõem sobre a assistência e a proteção às vítimas. Afirma a Convenção que a regra é a privacidade das vítimas. Propõe ainda o fornecimento de informações sobre os procedimentos que se aplicam ao tráfico e a assistência das vítimas, inclusive durante o processo penal investigativo do crime. Ademais, afirma ser de responsabilidade dos Estados signatários do Protocolo, medidas que permitam a recuperação da vítima, inclusive através da cooperação do Estado com ONG competente, por exemplo. Importante ressaltar que o Protocolo em suas disposições finais veda a discriminação das vítimas do crime. [21]

Quanto à prevenção do ilícito, há a previsão de que os Estados signatários firmem políticas e programas para combater e prevenir o crime e proteger as vítimas. Essas medidas dispostas na Convenção vão desde a elaboração de pesquisas e campanhas de difusão de informações até iniciativas sociais e econômicas de combate ao tráfico de pessoas, envolvendo, quando necessário, organizações não governamentais e organizações civis.

---

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[21] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

Há também a previsão de desenvolvimento de políticas que diminuam as desigualdades e o subdesenvolvimento econômico das pessoas que as colocam em situação de risco e vulnerabilidade ao tráfico. Os controles nas fronteiras são apontados também como essenciais para a identificação do crime e seu combate. Além disso, a cooperação internacional também é colocada como medida essencial ao se prever que haja cooperação entre os países signatários para que as vítimas tenham facilidade quanto ao regresso aos seus países de origem. Indispensável é também a troca de informações com o fim de cooperação entre os Estados-partes do Protocolo. [22]

Como será constatado no decorrer deste trabalho, o Protocolo de Palermo é uma das origens, senão a origem, do desenvolvimento de um conceito amplo do tráfico e da necessidade de se firmar políticas específicas para o seu combate. Afinal, no Brasil, o desenvolvimento de políticas públicas de combate e de prevenção do crime, além de uma nova legislação são respostas às diretrizes estabelecidas pelo Protocolo e serão estudadas de forma aprofundada no próximo capítulo.

Pois bem, já se foi afirmado que o tráfico é um problema transnacional, atual porque afeta milhares de pessoas diariamente em um âmbito nacional e internacional; resta estudar ainda o porquê de se afirmar a internacionalização do crime e como ele tem se manifestado no Brasil.

2.4 O tráfico de pessoas: um problema nacional e internacional

[22] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

O tráfico de pessoas é um problema nacional e internacional, de repercussão global, de difícil entendimento e que gera uma movimentação de riquezas muito grande porque é uma atividade extremamente rentável para os traficantes e de difícil fiscalização, justamente pelo seu caráter multidimensional. É um crime complexo porque enfrenta dificuldades que inexistem na investigação de outros ilícitos, como a necessidade constante de cooperação internacional entre os Estados e a dificuldade na coleta de provas.

Os custos para a prática do crime normalmente são baixos, enquanto seus lucros são extremamente elevados por se tratar de uma forma de exploração. É uma atividade que gera elevada renda para os grupos criminosos, atrás apenas do tráfico de drogas e de armas. De acordo com a OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 2005, o lucro auferido anualmente com o tráfico de pessoas era de 31,6 bilhões de dólares, sendo que uma vítima poderia render anualmente 30 mil dólares. [23]

Segundo o último relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que trabalha no combate ao crime transnacional, no qual se insere o tráfico de pessoas, entre 2012 e 2014, foram detectados mais de 500 fluxos de tráfico no mundo. O relatório também apresenta uma perspectiva atual do crime, e afirma que nos últimos dez anos, apesar de as mulheres ainda corresponderem ao maior número de vítimas, o número de homens e crianças vítimas do tráfico cresceu

[23] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Brasília. 2006. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/tip/pub/trafico_de_pessoas_384.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

muito; segundo o estudo, em 2014, 28% das vítimas foram crianças e 21% homens. [24]

De acordo com o documento, não obstante o tráfico de pessoas para exploração sexual ainda ser o de maior incidência, o número de pessoas traficadas para o trabalho forçado também é significante (cerca 40% dos casos) e o maior número de vítimas são homens (63%). Outro dado importante referente ao crime é de que, entre 2012 e 2014, o total de vítimas detectadas em 106 países foi de 63.251 vítimas. Os dados são alarmantes porque é um problema que subsiste há séculos, refletindo a necessidade emergencial de seu combate. [25]

No Brasil, a prática do crime também é recorrente e por isso merece um estudo mais aprofundado. Primeiramente serão abordados dados estatísticos que evidenciam a afirmação de que o tráfico de pessoas é um problema nacional; ademais, será estudado também um caso recente de tráfico que provocou uma condenação histórica do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.4.1 A manifestação do tráfico de pessoas no Brasil

O tráfico aumenta a cada dia no Brasil e no mundo. Ainda de acordo com a pesquisa mais recente da UNODC, cuja fonte dos dados foi o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o Departamento Penitenciário Nacional, em 2012 e 2013 foram identificadas em média, por ano, 3.000 vítimas do crime. Apesar disso,

[24] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[25] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

segundo o estudo, em 2012 o número de ofensas registradas foi de 423 e apenas 390 pessoas investigadas. [26]

Em 2013, 590 ofensas foram registradas, mas 379 pessoas estavam sendo investigadas. No mesmo período, apenas 74 pessoas haviam sido condenadas pelo crime no país. Mais uma vez, é reflexa a incidência do tráfico de pessoas no Brasil. Em razão disso, e a fim de se adequar às normas internacionais, o relatório aponta a nova Lei de Tráfico de Pessoas. [27]

Outro documento recente ao qual se pode recorrer para a análise da situação fática do Brasil em relação ao tráfico de pessoas é o Relatório sobre o Tráfico de pessoas de 2017 desenvolvido pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. [28]

O relatório afirma que, apesar dos diversos esforços do Brasil na promoção de enfrentamento ao crime, o país ainda está muito distante de um padrão adequado para o combate. São apontados como aspectos positivos promovidos pelo governo a edição de uma abrangente Lei de combate ao tráfico, além da elaboração de mais campanhas de prevenção ao crime e os esforços para a redução do trabalho forçado no país. Entretanto, o governo falha em alguns pontos importantes como a ausência de especialização dos centros de abrigo às vítimas e de seu adequado cuidado. A falta

[26] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[27] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[28] UNITED STATES. Trafficking In Persons Report 2017. Disponível em: https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2018.

desse cuidado, segundo o relatório, deixa as vítimas mais vulneráveis a serem novamente vítimas do crime.

Outro problema apontado no relatório é em relação à Polícia Federal. Apesar da atuação dos departamentos na investigação do crime, há a falta de capacitação especializada nas entidades de polícia. Por se tratar de um crime com características diversas quanto à sua investigação, é essencial o treinamento de qualificação específica para identificação e apuração do ilícito. [29]

Além disso, o relatório também trata um pouco sobre o perfil de tráfico, citando-se neste trabalho como exemplo o tráfico para fins de exploração sexual. Afirma-se que o Brasil é um país de origem, trânsito e destino do tráfico. É, portanto, um crime de alta incidência dentro e fora do país porque mulheres e crianças são exploradas sexualmente dentro das fronteiras brasileiras, com maior incidência nas regiões Norte e Nordeste, mas também são submetidas à exploração no exterior.

Com base nos dois relatórios e nos dados escolhidos para serem apresentados no presente projeto, observa-se que o tráfico de pessoas é um crime de elevada constância no Brasil e que, apesar dos esforços do país no combate, ainda há um déficit muito grande de políticas eficientes. [30]

[29] UNITED STATES. Trafficking In Persons Report 2017. Disponível em: https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2018.

[30] UNITED STATES. Trafficking In Persons Report 2017. Disponível em: https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2018.

Exemplo prático de materialidade do ilícito no Brasil é a condenação do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde VS. Brasil" em 2016, que será analisado a seguir. [31]

2.4.1.1 Estudo de caso: Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde VS. Brasil

A decisão da Corte começa discorrendo sobre aspectos do tráfico de escravos no Brasil e afirma que, em razão do histórico de exploração das pessoas decorrente do tráfico de negros para o país, a prática da escravidão se manifesta reiteradamente até os dias de hoje; além disso, a sentença afirma também que a maior parte das vítimas são homens negros ou mulatos nas regiões mais pobre do país, quais sejam, Norte e Nordeste. [32]

Dos fatos expostos na sentença, evidencia-se que os trabalhadores da fazenda eram traficados e submetidos a situações absolutamente degradantes, como falta de condições básicas de higiene, além da ausência de moradia adequada. Ademais, enfatiza-se o fato de que os trabalhadores eram constantemente ameaçados e não podiam deixar a fazenda, sob pena de agressões físicas e morte, conforme se lê nos seguintes trechos,

> O relatório de fiscalização do Ministério do Trabalho narra as condições inóspitas vivenciadaspelos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, sem água potável para beber, dormindo em

[31] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[32] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

> barracões cobertos de plástico e palha, chão batido e sem instalações sanitárias, desprovidos de quaisquer equipamentos de segurança individual, sem qualquer proteção contra as intempéries.Ademais, se verificou a prática de crimes de frustração, mediante fraude, de direitos assegurados pela legislação trabalhista.
>
> Vários trabalhadores [...] declararam que estarem proibidos de saírem da Fazenda enquanto houver débito sob pena de ameaça de morte [...] ao adquirirem os alimentos a preços exorbitantes [...] e por já iniciarem o trabalho com o débito proveniente do hotel [...] o irrisório salário que receberiam nunca seria suficiente para pagar suas dívidas. Enquanto isso, o proprietário da Fazenda lucra ao dispor de trabalhadores que não recebem qualquer salário pelo serviço prestado.
>
> A Comissão afirmou que, a partir dos testemunhos dos trabalhadores resgatados, bem como das demais provas apresentadas, conclui-se que na Fazenda Brasil Verde: i) existiam ameaças de morte aos trabalhadores que queriam abandonar a fazenda; ii) os trabalhadores eram impedidos de sair livremente; iii) não existiam salários ou estes eram ínfimos; iv) existia endividamento com o fazendeiro, e v) as condições de moradia, saúde e alimentação eram indignas. Desta situação, a Comissão concluiu que o dono e os administradores da fazenda dispunham dos trabalhadores como se fossem de sua propriedade. [33]

Em face dos fatos expostos e da ausência de punibilidade aos responsáveis pelo crime pela Jurisdição nacional é que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil.

A Comissão afirmou a obrigação *erga omnes* da proibição do trabalho escravo e do tráfico de pessoas; ademais, reiterou à submissão do Brasil a essas obrigações e sua responsabilidade no caso porque o Estado tinha conhecimento dos fatos e das

[33] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUAMNOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018. p. 36, 39, 57.

violações de direitos recorrentes na Fazenda, mas foi omisso. Segundo a Comissão houve a violação do artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual afirma que "ninguém será submetido à escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas", além do direito à integridade física e à liberdade pessoal. [34]

Em sua defesa o Estado brasileiro afirmou que a simples omissão não é suficiente para caracterizar a responsabilidade, apontando como requisito necessário uma conduta estatal que cooperasse para a violação do direito ou que facilitasse a sua incidência. Ademais, o país alegou que não haveria provas suficientes da materialidade da escravidão, do trabalho forçado ou da servidão na Fazenda e que os trabalhadores não sofriam limitações quanto à liberdade de deixar o trabalho. [35]

Diante desses argumentos a Corte decidiu pela condenação do Estado, responsabilizando-o pelos danos imateriais sofridos pelos trabalhadores, além de exigir do país a investigação do crime e a adoção do entendimento de que os delitos de submissão ao trabalho escravo e suas formas análogas sejam imprescritíveis. [36]

Algumas fundamentações adotadas são importantes para este trabalho, em especial aquelas interpretações e os entendimentos adotados que conduziram a Corte à assertiva de que o houve tráfico de pessoas no caso em análise.

---

[34] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[35] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[36] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

A decisão reitera as assertivas convergentes de diversos outros documentos por ela citados, tais como o Relatório da Relatora Especial sobre Violência contra Mulher, Relatório da Relatora Especial sobre o Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças e decisões do Tribunal Europeu no sentido de explicitar a proximidade entre o trabalho escravo e o tráfico de pessoas. [37]

Nesse sentido, afirmou-se no texto que o tráfico de pessoas também é uma forma de escravidão, inclusive seria uma própria forma de tráfico de escravos da atualidade, especialmente quando praticado para fins de servidão. Ademais, reconheceu-se também que ao se praticar o tráfico, intrínseco está o exercício de um poder de propriedade pelos traficantes, semelhante ao que ocorre na escravidão. [38]

A respeito do tráfico de pessoas, concluiu-se que a prática a que se refere o artigo 6º do Pacto de San José da Costa Rica, se assemelha ao conceito de tráfico de pessoas já exposto no Protocolo de Palermo e abrange qualquer forma de exploração, dentre elas, o trabalho forçado, como o caracterizado no caso em estudo. [39]

A Corte Interamericana julgou que houve o tráfico de pessoas no caso porque ocorreu a captação e o aliciamento dos trabalhadores, mediante uso de fraude, engano e falsas promessas, além do deslocamento das vítimas dentro do país. Ademais, constatou-se também a violação de diversos direitos inerentes ao ser

[37] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[38] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018. p. 75-76.

[39] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica. 22 de novembro 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

humano, típicos caracterizadores do tráfico, como o desrespeito à integridade física, à liberdade de locomoção, à liberdade pessoal, além de se identificar a existência de tratamentos indignos e degradantes. [40]

Por fim, a Corte reafirmou a responsabilidade do Estado, especialmente no que tange à necessidade de se garantir a vedação ao tráfico humano, conforme já citado dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e apontou algumas medidas que devem ser adotadas pelo Brasil em prol do objetivo referido, tais como a adoção de medidas protetivas e assistenciais às vítimas, além da tipificação criminal mais severa do ilícito e da realização de fiscalizações e medidas de investigação e de combate ao crime. Enfatizou-se também a obrigatoriedade do Estado em adotar políticas que promovam a prevenção efetiva e completa do crime, e denunciou as políticas adotadas no caso dos trabalhadores, as quais foram absolutamente ineficientes. [41]

Conforme o estudado, evidente está que o tráfico de pessoas não é um problema antigo ou de caráter internacional, mas é um crime moderno, altamente lucrativo e de relevante incidência dentro das fronteiras brasileiras. De acordo com o estudado na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se a responsabilidade do Estado no desenvolvimento de políticas de fato adequadas para o combate ao crime e a proteção das vítimas, além de uma legislação que possibilite e estabeleça diretrizes para o enfrentamento do tráfico. Tais políticas e legislações próprias serão os objetos de estudo do próximo capítulo.

[40] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

[41] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

3 ASPECTOS NORMATIVOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

À luz do exposto no capítulo anterior, compreendeu-se que, apesar de o tráfico de pessoas ser um crime de antigos precedentes e de existir atualmente uma ampla normativa internacional de preocupação com o combate ao tráfico, o ilícito ainda é muito presente em âmbito nacional e internacional. Em decorrência disso, o Estado brasileiro adota diversas políticas e programas de enfrentamento ao crime, o que inclui sua repressão, prevenção e o adequada atendimento e proteção às vítimas.

Dentre as medidas adotadas no Brasil, têm-se as atividades desenvolvidas pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), por meio da cooperação com instituições nacionais, como o Ministério da Justiça. Ademais, há a nova lei de tráfico de pessoas - Lei 13.344/16 - que representa um marco de combate ao crime em observância às disposições do Protocolo de Palermo.

Além dessas medidas, há a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, instituída pelo Decreto 5.948/06, em respeito às diretrizes do citado Protocolo. Da Política originaram-se os Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), os quais dispõem sobre diversas metas de combate ao crime. Todas essas alternativas de enfrentamento ao crime serão estudadas no decorrer do presente capítulo.

3.1 A atuação do UNODC no Brasil

O UNODC, que atua no Brasil desde 1991, é o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes e possui como áreas de atuação o combate à corrupção, ao tráfico de drogas, a prevenção ao crime organizado e ao tráfico de pessoas, além de outras atividades. Em relação à última área citada, a sua atividade se estabelece por

meio da prevenção do crime, além da prestação de assistência legislativa a fim de que as leis nacionais, cujo objeto é o tráfico de pessoas, se amoldem às normas internacionais ratificadas pelo Brasil.

Outra atividade muito importante desenvolvida é a realização de pesquisas e de coletas de dados, para a elaboração de estudos e relatórios que indiquem os dados atualizados sobre o crime em âmbito nacional e internacional, a fim de que sejam elaborados os projetos adequados de combate ao crime. O relatório mais recente é o "*Global Report on Trafficking in Persons 2016*" (Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas de 2016), o qual inicialmente aborda o tráfico em um panorama geral, além de uma percepção do crime nas diversas regiões do globo. [42]

Dentre as ações no Brasil, destacam-se a participação na elaboração da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e dos Planos Nacionais que materializaram a Política, inclusive no recente lançamento do III PNETP, por meio de acordos de cooperação técnica que a UNODC possui com o Ministério da Justiça.

Além das atividades já descritas, o Escritório da ONU participa de diversas ações no Brasil, dentre eles o projeto Coração Azul, o qual será mais bem analisado no momento de estudo do II Plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP) no Brasil. [43]

Importante discorrer sobre a Ação Global (GLO.ACT). A Ação Global para Prevenir e Combater o Tráfico de Pessoas e o Tráfico Ilícito de Migrantes (2015-

[42] ECITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[43] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Blue Heart Campaign. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/blueheart/pt/about-us.html. Acesso em: 15 de out. de 2018.

2019) envolve a União Europeia e a UNODC e deve ser implementada em parceria com a Organização Internacional para a Migração (OIM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) em países estratégicos no combate ao crime. Na América do Sul, os países onde a ação é desenvolvida são a Colômbia e o Brasil, neste desde 2017. As principais diretrizes da ação são a assistência às autoridades públicas e às organizações de sociedade civil que trabalham no enfrentamento ao crime. [44]

Os objetivos da GLO.ACT são a assistência legislativa, o desenvolvimento de políticas públicas, o fortalecimento e capacitação de agentes, a cooperação regional e a proteção e assistência às vítimas. [45]

Uma de suas atividades recentes no Brasil foi a participação no V Encontro Nacional de Comissões Estaduais para a Erradicação do Trabalho Escravo realizado na cidade de Ilhéus (BA), onde se discutiram as políticas públicas de prevenção de assistência às vítimas do tráfico, em especial às vítimas do tráfico com a finalidade de trabalho escravo. [46]

3.2 A Lei 13.344/16: uma resposta às disposições do Protocolo de Palermo

O Protocolo, como já afirmado previamente, foi o marco essencial para se compreender o tráfico de pessoas e estabelecer diretrizes para a sua erradicação. O

[44] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Global Action Overview. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/glo-act/overview.html. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[45] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Global Action Objectives. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/glo-act/objectives.html. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[46] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. UNODC e UE lançam iniciativa para combater tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/04/18-unodc-e-ue-lancam-na-quarta-feira-19-iniciativa-para combater-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes.html. Acesso em: 28 de out. de 2018.

documento traz o conceito de tráfico de pessoas a ser adotado pelas legislações dos Estados signatários e estabelece deveres e objetivos principais, tais como, a promoção de cooperação entre esses Estados, a prevenção e combate ao crime e as medidas de proteção aos direitos das vítimas.

No que tange à prevenção e combate do ilícito, o Protocolo afirma que é responsabilidade do Estado legislar a fim de estabelecer a conduta caracterizadora do tráfico como crime e sua pena. Além disso, o documento também prevê que os Estados signatários firmem políticas e programas para combater e prevenir o crime e proteger as vítimas. [47]

Há também a previsão do desenvolvimento de políticas que diminuam as desigualdades e o subdesenvolvimento econômico das pessoas que as colocam em situação de risco e vulnerabilidade ao tráfico. A formação adequada dos profissionais que trabalham na efetividade da legislação, nos serviços de imigração e nos demais serviços de combate e prevenção ao tráfico também é prevista como forma de prevenção do crime. [48]

Quanto à assistência às vítimas, o texto do documento internacional inclui diversas medidas relacionadas a isso, dispondo ser regra a preservação da privacidade delas. Propõe ainda o fornecimento de informações sobre os

[47] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[48] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

procedimentos que se aplicam ao tráfico e à assistência das vítimas, inclusive durante o processo penal investigativo do crime. [49]

Por fim, o Protocolo admite como essencial a troca de informações com o fim de cooperação entre os Estados-parte signatários. Logo no primeiro artigo da nova legislação já é possível a compreensão de que seu objetivo é se adequar ao dispositivo internacional sobre o tráfico,

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira. Parágrafo único. O enfrentamento ao tráfico de pessoas compreende a prevenção e a repressão desse delito, bem como a atenção às suas vítimas. [50]

Conforme se lê, a finalidade da Lei é a prevenção e repressão do crime, além do devido atendimento às vítimas, ou seja, os mesmos propósitos do Protocolo estudado. Como exemplo da assertiva tem-se o estabelecimento de políticas e programas de prevenção ao crime e proteção às vítimas, estabelecidos na lei e no documento internacional, conforme a leitura conjugada do art. 3º da lei e o art. 9º do Protocolo.

Talvez o mais visível reflexo de adequação da nova legislação esteja na criação do novo tipo penal do tráfico de pessoas, conforme já analisado anteriormente

[49] BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

[50] BRASIL. Lei nº 13.344, De 6 de Outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

quando se estudou o seu conceito atual. Ademais, se observou na Lei a obediências às diretrizes determinadas pelo documento internacional.

As diretrizes do marco legal do tráfico de pessoas estão previstas em seu art. 3º. São elas a necessidade de cooperação entre os vários órgãos e entes governamentais e não governamentais, nos limites de suas competências a fim de prevenir o crime; a previsão de articulação entre organizações governamentais e não governamentais, conforme disposto no Protocolo de Palermo, sejam elas nacionais ou internacionais; incentivos para que a sociedade participe das políticas e discussões sobre o tráfico; o estabelecimento e formação de uma rede de enfrentamento ao crime, que inclua além de entes governamentais, as organizações de sociedade civil competentes no combate e prevenção do ilícito (diretriz também contemplada nas disposições do texto do já citado Protocolo); o incentivo à cooperação entre os países (princípio das relações internacionais disposto da Carta Magna e reafirmado na nova lei); o fortalecimento de atuação profissional nas localidades de maiores incidência do delito, como nas áreas fronteiriças e nos aeroportos; o estímulo de realização de pesquisas sobre o tema e sua divulgação para conhecimento e conscientização da sociedade; a preservação do sigilo dos processos investigativos, sejam judiciais ou administrativos, nos limites legais; o controle e a coordenação de políticas e planos para se enfrentar o delito do tráfico de pessoas. [51]

Do disposto, observa-se que foram estabelecidas diretrizes de enfrentamento envolvendo agentes nacionais e internacionais. A nova legislação pátria afirma que é essencial uma articulação e um envolvimento entre os diversos entes nacionais e internacionais, sejam públicos ou privados e ainda, organizações de sociedade civil

[51] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tráfico de pessoas: lei 13.344 comentada por artigos. Salvador: JusPODIVM, 2017.

no combate ao crime. Exemplo de articulação é a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que foi desenvolvida pelo Ministério da Justiça, em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), e com o apoio do Governo Federal e de várias organizações da sociedade civil.

Essa unidade de entes no combate ao tráfico de pessoas gera uma Rede de Enfrentamento ao Tráfico que funciona por meio de Núcleos Estaduais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por exemplo. O objetivo principal dos citados institutos é a identificação das vítimas de tráfico e a formação de uma estrutura adequada para o atendimento delas e para a prevenção do ilícito.

Dentre as diretrizes está também a cooperação internacional. Exemplo dessa cooperação é aquele desenvolvido pela Polícia Federal. Segundo o professor Luciano Dornelas, em sua obra Boas Práticas no Combate ao Tráfico de Pessoas, para as medidas de investigação do crime do tráfico de pessoas no Brasil, "pressupõe-se que a todo o momento a autoridade policial mantém permanente e estreito contato com a polícia de outro país ou de outro Estado". [52]

De acordo com o autor, a autoridade policial deve firmar elo com a polícia do país ou do ente federativo nacional envolvido no tráfico a fim de auferir dados sobre as partes envolvidas no crime, tais como, se os investigados já praticaram o crime de tráfico ou se há alguma investigação em andamento e ainda, se há interesse em investigação conjunta do crime. [53]

[52] SILVA, Luciano Ferreira Dornelas Faipher Vieira da Silva. Boas Práticas no Combate ao Tráfico de Pessoas. Goiânia: Kelps, 2017. p. 132.

[53] SILVA, Luciano Ferreira Dornelas Faipher Vieira da Silva. Boas Práticas no Combate ao Tráfico de Pessoas. Goiânia: Kelps, 2017.

Do exposto neste capítulo se extrai que a nova Lei é uma forma de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil porque veio para confirmar políticas já executadas pelo país, ampliar o desenvolvimento de medidas de combate ao tráfico, em virtude da expansão do objeto firmado no tipo legal e reafirmar diretrizes a serem seguidas pelo país em conformidade com as normas internacionais.

3.3 A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto 5.948/2006) e o combate ao tráfico de pessoas

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é um dos principais instrumentos de combate ao tráfico no país. O texto do Decreto instituidor da Política teve como base os índices e fatores da época, dentre eles aqueles dispostos na Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil, a qual foi elaborada em 2002 (PESTRAF). [54]

Alguns aspectos da pesquisa são importantes e devem ser citados para se entender o porquê do desenvolvimento da Política. Por meio da PESTRAF se constatou que a maior parte das rotas de tráfico, nacionais e internacionais, localiza-se nas regiões mais pobres do país, ou seja, Norte e Nordeste. Outro dado identificado à época e que, segundo os relatórios mais recentes da UNODC ainda prevalecem, é a predominância da mulher como vítima do tráfico. Reitera-se, porém,

[54] CECRIA. Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil – PESTRAF. 2002. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2018.

o crescimento do número de crianças e adolescentes vítimas do crime. Ademais, o estudo identificou 241 rotas de tráfico. [55]

A Política surgiu como resposta a diversos compromissos internacionais firmados pelo Brasil de combate ao tráfico e de promoção ao respeito pelos direitos humanos, dentre eles, além do já citado e estudado Protocolo de Palermo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e as diversas Convenções da OIT a respeito da erradicação do trabalho escravo. [56]

Além disso, sua finalidade é firmar diretrizes, princípios e ações de repressão do tráfico, além de fornecer o atendimento adequado às vítimas, de acordo com a normativa nacional e internacional e o conceito de tráfico de pessoas que, inclusive, se coaduna com o previsto pelo Protocolo de Palermo. [57]

Conforme afirma Daniela Muscari Scacchetti,

> Cumpre salientar que, neste ponto, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas brasileira confere grau de proteção ainda maior à vítima, desconsiderando o seu consentimento em qualquer circunstância. Assim, ainda que a vítima não se oponha ao recrutamento e ao transporte e

[55] CECRIA. Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil – PESTRAF. 2002. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2018.

[56] BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de Outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 30 de maio de 2018.

[57] BRASIL. DECRETO Nº 5.948, DE 26 DE OUTUBRO DE 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 30 de maio de 2018.

> concorde em ser explorada, restará configurado o tráfico de pessoas. Tal disposição se adequa à necessidade de respeito à dignidade como um direito humano fundamental, refletindo uma visão mais avançada e humanitária em relação àquela constante do Protocolo de Palermo. [58]

O objetivo máximo do texto aprovado é a definição de princípios, diretrizes e ações, com o fim maior de tornar as políticas públicas mais eficientes. Tem-se como exemplo dessa assertiva, o desenvolvimento dos Planos Nacionais de Enfrentamento e o estabelecimento de redes integrativas entre os diversos setores do governo e da sociedade civil para o combate e prevenção do crime.[59]

A Política foi desenvolvida pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, além do Ministério da Justiça e da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. É importante adicionar que no seu desenvolvimento houve uma ativa participação da sociedade civil por meio do Seminário Nacional "A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas". [60]

Com o desenvolvimento da Política Nacional, se desenvolveram, no Brasil, várias campanhas de capacitação dos agentes que trabalham no combate ao tráfico, além de campanhas de conscientização do crime em todo o país.

---

[58] SCACCHETTI, Daniela Muscari. O Tráfico de Pessoas e o Protocolo de Palermo sob a Ótica de Direitos Humanos. 2011. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2012/16.03.2012_00000278-02_daniela_reid-11.pdf. Acesso em: 30 de out. de 2018. p. 2.

[59] TORRES, Hedel de Andrade. Tráfico de mulheres: exploração sexual – liberdade à venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012.

[60] BRASIL. Ministério da Justiça. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_trilingue_politica.pdf. Acesso em: 20 de out. de 2018.

Houve também uma aproximação de diversas instituições como a OIT e o UNODC para o desenvolvimento eficaz da Política. [61]

Vários são os princípios estabelecidos pelo Decreto, dentre eles, o respeito à dignidade humana, o respeito aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a não discriminação e a proteção e assistência integral às vítimas.

As diretrizes propostas são relevantes porque além de objetivarem o fortalecimento das relações entre os entes públicos para o combate do crime, de maneira geral também propõem uma integração entre a sociedade civil, organizações civis nacionais e internacionais e os entes federativos a fim de se proporcionar um efetivo enfrentamento ao tráfico. A Política também afirma a necessidade de uma adequada formação e capacitação dos profissionais que trabalham com a prevenção e repressão do crime, além daqueles que fazem o atendimento das vítimas. Outra diretriz específica para o combate ao tráfico é o estabelecimento de políticas públicas integrativas de prevenção. [62]

Conforme afirma Maria Lúcia Leal e Maria de Fátima Leal,

> Uma política pública para o enfrentamento do fenômeno deve ter como estratégia fundamental – a articulação – entre as diferentes políticas e setores para concepção multidimensional e intersetorial na esfera do público e dos movimentos sociais, o

[61] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório de Avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2013-2016). 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/relatorio-de-avaliacao-ii-plano-final-agosto2018.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[62] BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 30 de maio de 2018.

> que certamente apressará os passos da política e do próprio Plano Nacional. [63]

Em seguida, o Decreto elenca diversas ações importantes no desafio de combate ao crime, dentre elas, a elaboração do aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre o crime, a proteção das vítimas e a qualificação dos profissionais que trabalham no atendimento das vítimas. Na análise das ações propostas pela Política se observa a inclusão de diversas áreas como segurança, justiça, trabalho e turismo, além da previsão de práticas a serem adotadas na área de Relações Exteriores e de Proteção e Promoção dos Direitos da Mulher.

Importante salientar, portanto, que o tráfico é considerado em suas várias modalidades no texto da Política, por estabelecer medidas de combate à exploração sexual comercial, ao trabalho escravo, além da adoção de instrumentos voltados às mulheres, crianças e adolescentes, sempre numa óptica de respeito à dignidade humana e aos direitos humanos. [64]

3.4 Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP)

Os Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil são modalidades de instrumentalização da já estudada Política Nacional com o fim de concretizar os princípios, diretrizes e ações nela dispostos. Ademais, foram

[63] LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Enfrentamento do Tráfico de Pessoas: Uma questão possível? Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília, fevereiro de 2007. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2018. p. 29.

[64] BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de Outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 30 de maio de 2018.

elaborados pela Secretaria Nacional de Justiça (Ministério da Justiça), Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Ministério Público e sociedade civil.

Observe-se que, a própria publicação de boletins informativos sobre a matéria dos Planos Nacionais já cumpre objetivos firmados no Protocolo de Palermo e na Política Nacional porque informam a sociedade da problemática do tráfico, a fim de proporcionar uma integração entre as políticas públicas e os cidadãos, esclarecendo o conceito de tráfico e quais as medidas a serem adotadas com o fim de combatê-lo.

Nesse momento, serão estudados os Planos Nacionais até então elaborados e as suas principais políticas desenvolvidas de combate ao crime do tráfico de pessoas.

3.4.1 I Plano Nacional de Enfrentamento (I PNETP) e os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas (NETP)

O I Plano Nacional de Enfrentamento foi lançado em 2008, e previa um prazo de implementação de dois anos. Em conformidade com a Política, dividiu-se em três eixos – prevenção ao tráfico, atenção às vítimas do crime e repressão ao ilícito, além da responsabilização de quem o pratica. Cada uma dessas divisões possui uma sistemática própria que engloba ações, metas e atividades específicas em observância à Política Nacional. [65]

[65] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

Em relação ao primeiro eixo, o objetivo do Plano é a luta contra as causas do problema, ou seja, o combate às situações de vulnerabilidade e de hipossuficiência que colocam as pessoas em situações suscetíveis a serem alvos do crime. [66]

Dentre as ações previstas para a prevenção estão a realização e a disseminação de estudos sobre o tráfico; a capacitação e formação de agentes que trabalham com o enfrentamento, inclusive na realização de cursos e oficinas de preparo para esses agentes; e a promoção de campanhas nacionais de enfrentamento. [67]

Quanto à segunda área de desenvolvimento do Plano, objetiva-se a reinserção da vítima na sociedade e um devido e adequado atendimento, qual seja, um tratamento justo e não discriminatório desenvolvido por uma equipe capacitada. Cabe lembrar que os sujeitos passivos dessa medida incluem também os estrangeiros traficados para o Brasil. [68]

O Plano prevê o estabelecimento de redes de atendimento especializado às vítimas e a cooperação internacional a fim de se protegê-las, afinal, conforme escreve Hédel de Andrade Torres,

> Pessoas traficadas devem ser protegidas não somente contra a retaliação do tráfico, mas também contra a revitimização por parte do governo, incluindo o próprio sistema judicial. A recuperação das vítimas é um processo complexo que exige tempo e apoio altamente especializado. A negligência quanto a

[66] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

[67] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

[68] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

> esses cuidados pode resultar em severos e permanentes danos psicológicos para as vítimas. [69]

Por fim, quanto à repressão e responsabilização dos agentes criminosos, as políticas do Plano se voltam para a fiscalização e a investigação do crime, dentre elas, o aperfeiçoamento de uma legislação própria, cujo objeto seja o tráfico de pessoas e o incentivo à cooperação entre os entes federativos a fim de se promover a repressão do tráfico e a responsabilização dos agentes. Busca-se também o fomento da cooperação internacional como medida de combate ao crime. [70]

Ante o até aqui exposto, provavelmente os mais importantes mecanismos de enfrentamento do crime criados em razão da I PNETP sejam os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP).

Os Núcleos têm a finalidade de implementar no âmbito estadual o I Plano Nacional de Enfrentamento e a implantação deles é uma meta prevista na ação 41 (Apoio ao Desenvolvimento de Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas) do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI). Foram criados pela Secretaria Nacional de Justiça (Ministério da Justiça) juntamente com os governos estaduais com o objetivo maior de combater o ilícito em âmbito estadual. As atribuições principais desses Núcleos estão descritas na Portaria nº31/2009 (alterada pela portaria nº41/2009). [71]

---

[69] TORRES, Hedel de Andrade. Tráfico de mulheres: exploração sexual – liberdade à venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012. p. 151.

[70] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

[71] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento. Acesso em: 30 de ago. de 2018; UNIÃO. Diário Oficial. Portaria nº 41, de 6 de novembro de 2009. Altera a portaria nº 31 de 20 de agosto de 2009. Disponível em:

Dentre as competências previstas para os Núcleos estão o planejamento e o desenvolvimento de ações de enfrentamento; a consolidação de uma rede de referência e atendimento às vítimas de tráfico de pessoas; a elaboração e a divulgação de estudos e pesquisas sobre o crime; a capacitação dos agentes envolvidos na repressão do crime e da responsabilização dos autores. [72]

Atualmente existem NETPs nos Estado do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco (um Núcleo localizado em Recife e outro no município de Ipojuca), Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo. [73]

Além dos Núcleos, têm-se também os Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante, cuja competência também é definida pela mesma portaria. [74]

Os postos têm a finalidade de, trabalhando em proximidade com os Núcleos, atender os migrantes deportados ou não admitidos no exterior, além de fornecer o atendimento necessário às pessoas identificadas como vítimas do crime. Devem localizar-se em locais de alta circulação de pessoas como aeroportos e rodoviárias.

---

https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/portaria-41-alteracao-09-11-2009.pdf. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

[72] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

[73] BRASIL. Ministério da Justiça. Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

[74] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

[74] BRASIL. Ministério da Justiça. Postos Avançados.. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/postos-avancados. Acesso em 30 de ago. de 2018.

3.4.2 II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP)

A legislação que autorizou a criação do II PNETP foi o Decreto nº 7.901/13. Este é de extrema relevância porque, em observância ao Protocolo de Palermo, à Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e à diretriz de cooperação entre Estados, órgãos públicos, sociedade civil e organizações estrangeiras, no entendimento de que somente por meio da integração e cooperação dos entes é que se faz possível o combate ao tráfico de pessoas, foi o responsável por instituir uma Coordenação e um Comitê, que são mais dois instrumentos cuja finalidade é o fim do tráfico de pessoas. [75]

Com o objetivo de exercer um papel integrativo entre a Política Nacional e o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, foi criada a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. [76]

A Coordenação é composta pelo Ministério da Justiça, pela Secretaria de Políticas para as Mulheres e Secretaria de Direitos humanos, essas duas últimas pertencentes à Presidência da República. Da leitura do decreto instituidor, entende-se que são formas de alcançar o objetivo integrativo, a mobilização dos diversos atores que trabalham com o combate ao tráfico, além da articulação dos entes políticos, sociedade civil e organizações internacionais.

[75] BRASIL. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

[76] BRASIL. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

O decreto também instituiu o CONATRAP – Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que também exerce uma função integrativa, mas em relação aos órgãos e entidades públicos e privados que promovem trabalhos de combate ao tráfico de pessoas. [77]

Em relação ao II Plano, este foi previsto no artigo 3º do decreto. Após o término do I PNETP, iniciou-se a elaboração do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por meio da Portaria Interministerial nº 634/2013, e assim como o primeiro, foi desenvolvido envolvendo a participação de diversos órgãos públicos e internacionais, além da sociedade civil. [78]

Ademais, à semelhança dos três eixos de atuação estabelecidos na I PNETP, o II Plano se organiza a fim de promover políticas públicas cujo fim seja a prevenção e repressão do crime, além da proteção e adequado atendimento às vítimas de naturalidade brasileira ou estrangeiras.

O II PNETP foi instituído para ser exercido no período de 2013 a 2016 e busca a devida articulação entre os entes públicos federais, estaduais e municipais. Alguns dos seus objetivos principais são a redução da vulnerabilidade das vítimas do tráfico, a capacitação dos profissionais e das instituições que lidam direta ou indiretamente com o ilícito, a produção de pesquisas e a disseminação de seus resultados e informações sobre o tráfico de pessoas, além da mobilização da

[77] BRASIL. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

[78] BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Interministerial Nº 634, De 25 de fevereiro fe 2013. Aprova o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - II PNETP e institui o Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do II PNETP. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/politica-brasileira/anexo_gi_-monitoramento/portaria-interministerial-no-634-de-25-de-fevereiro-de-2013.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

sociedade para que esta compreenda o conceito do crime, conhecendo formas para prevenir o crime e os riscos que este pode causar. [79]

A mesma portaria também institui o Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do II PNETP, que objetiva o acompanhamento das propostas de políticas do Plano e suas execuções.

Em 2017, ao fim da II PNETP, realizou-se um relatório para análise dos resultados da Política, além da identificação de suas lacunas e a elaboração de recomendações para o Governo Federal. A avaliação da Política baseou-se na análise de execução de metas. [80]

Uma das principais metas previstas pela Política é a elaboração e produção normativa de leis cujo objeto fosse o combate ao tráfico de pessoas. O alcance desse objetivo foi atingido porque, apesar de não entrar em vigor durante o II PNETP, teve a sua reformulação no curso do Plano, o Estatuto do Estrangeiro, por meio da Lei 13.445/2017, e a elaboração e aprovação de lei cujo objeto fosse especificamente o tráfico de pessoas, o que foi alcançado pela Lei 13.344/2016. [81]

Segundo o mesmo relatório de 2017 do Ministério da Justiça, outra meta importante era a criação de dez novos Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETPs) e Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante

[79] BRASIL. Ministério da Justiça. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[80] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório de Avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2013-2016). 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/relatorio-de-avaliacao-ii-plano-final-agosto2018.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[81] BRASIL. Ministério da Justiça. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

(PAAHMs), porém, apenas 7 PAAHMs foram instituídos no Amazonas e apenas 2 NETPs foram criados, um no estado do Maranhão e outro no município de Ipojuca (PE). Ademais, de relevância foi o desenvolvimento de mecanismos de monitoramento desses Núcleos e Postos. [82]

Além disso, importantes campanhas de divulgação dos impactos e modalidades do tráfico também foram aderidas durante o período da II PNPT, tais como, a Campanha Coração Azul.

A Campanha Coração Azul foi instituída pela UNODC em diversos países e aderida também pelo Brasil e seu objetivo é promover uma conscientização do quão essencial é a luta contra o crime do tráfico de pessoas e esclarecer o impacto social causado pela prática do ilícito. [83]

O símbolo do coração azul visa representar a tristeza das vítimas do tráfico de pessoas e a adoção de seu uso tem como finalidade permitir uma elevada mobilização da sociedade e objetiva também a identificação dos locais de apoio e onde é possível se efetuar a denúncia. [84]

A adoção da campanha em âmbito nacional tem como slogan "liberdade não se compra. Dignidade não se vende. Denuncie o tráfico de pessoas" e também se

[82] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório de Avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2013-2016). 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/relatorio-de-avaliacao-ii-plano-final-agosto2018.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

[83] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Blue heart campaign. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/blueheart/pt/about-us.html. Acesso em: 15 de out. de 2018.

[84] BRASIL. Ministério da Justiça. Governo lança campanha Coração Azul contra o Tráfico de Pessoas. 2013. Disponível em: https://mj.jusbrasil.com.br/noticias/100504827/governo-lanca-campanha-coracao-azul-contra-o-trafico-de-pessoas. Acesso em: 28 de out. de 2018.

utiliza "para que o sonho não vire armadilha". Além disso, várias são as formas disponibilizadas de se efetuar a denúncia, dentre elas o Disque 100 e o Ligue 180. [85]

Apesar de ter sido aderida no início do II Plano Nacional, a Campanha é desenvolvida amplamente pelo país, sendo rememorada todos os anos no dia trinta de julho, que é a data declarada pela ONU como o Dia Mundial de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. [86]

3.4.3 III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (III PNETP)

O III Plano foi aprovado em 03/07/2018 por meio do Decreto 9.440/2018 e estabeleceu 58 metas de combate ao tráfico de pessoas no Brasil. As metas estabelecidas surgem a partir dos eixos temáticos por meio dos quais o Plano se organiza. [87]

De acordo com o documento, a previsão de aplicação da III PNETP é de um prazo de quatro anos e estabelece a participação da Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

O III PNETP é uma continuação das diretrizes e dos objetivos previstos pela Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e, assim como os demais

[85] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Campanha Coração Azul no Brasil. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/blueheart/pt/a-campanha-no-brasil.html. Acesso em: 28 de out. de 2018.

[86] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 1º Dia Mundial contra o Tráfico de Pessoas será marcado por semana de mobilização e lançamento de novo relatório. 2014. Disponível em: https://nacoesunidas.org/1o-dia-mundial-contra-o-trafico-de-pessoas-sera-marcado-por-semana-de-mobilizacao-e-lancamento-de-novo-relatorio/. Acesso em: 31 de out. de 2018.

[87] BRASIL. Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018. Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm. Acesso em: 31 de out. de 2018.

Planos instituídos, possui atividades semelhantes a serem desenvolvidas no país, como por exemplo, a capacitação dos profissionais que trabalham diretamente e indiretamente com o crime, a mobilização da sociedade civil a fim de prevenir o crime e a diminuição das situações de vulnerabilidade que tornam as pessoas vítimas em potencial para os aliciadores do tráfico. [88]

Assim como no II PNETP, o recente decreto prevê também a formação de um grupo de monitoramento e avaliação para as atividades de combate ao tráfico que serão desenvolvidas nos próximos quatro anos.

4 ANÁLISE DE DADOS FORNECIDOS PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEJUS/DF À LUZ DA NORMATIVA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Ante o já exposto nos capítulos anteriores, necessário analisar agora os dados nacionais sobre o tráfico de pessoas e em especial os índices do Distrito Federal sobre o tráfico de pessoas e as políticas de enfrentamento adotadas pela capital federal.

Os dados que serão expostos foram colhidos dos relatórios nacionais elaborados pelo Ministério da Justiça e as medidas de combate realizadas pelo Distrito Federal foram obtidas por meio dos relatórios disponibilizados pela Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do DF e realização de visita ao Pró-vítima, além de relatórios semestrais distritais disponibilizados pelo Ministério da Justiça.

[88] BRASIL. Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018. Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm. Acesso em: 31 de out. de 2018.

Por uma questão de didática e de melhor análise, este capítulo será dividido em duas partes. A primeira discorrerá sobre os dados nacionais obtidos do crime do tráfico de pessoas. A segunda abordará as informações obtidas sobre o delito especificamente no Distrito Federal.

4.1 Informações nacionais sobre o tráfico de pessoas

Os relatórios nacionais têm em comum os seus colaboradores e as dificuldades para a arrecadação qualitativa e quantitativa das informações. Em decorrência da falta de dados ou da sua não disponibilidade, diversos entes, não exclusivamente judiciais, também foram fonte para o desenvolvimento do trabalho. Apesar de vários órgãos oficiais divergirem quanto aos seus objetivos e quanto ao próprio conceito do crime do tráfico de pessoas, eles são capazes de fornecer dados relevantes para o estudo do ilícito no Brasil, como se observará no decorrer deste estudo.

Antes de apresentarmos especificamente os dados julgados como relevantes para o fechamento deste trabalho, necessário é tecer alguns apontamentos sobre as fontes desses dados, quais sejam, os Diagnósticos Nacionais elaborados pelo Ministério da Justiça.

Desde 2005, por meio de relatórios elaborados pelo Ministério da Justiça (MJ), com a colaboração de diversos outros agentes responsáveis pelo combate ao crime do tráfico de pessoas, como por exemplo, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Militar, elaboraram-se Diagnósticos que refletem diversas informações sobre o crime e o seu conceito. Segundo apontam os relatórios, porém, a existência de múltiplos órgãos fornecedores das informações implica em uma grande dificuldade:

a possibilidade de convergir todas as informações elaborando uma fonte comum que interligasse os diferentes dados apresentados. 89

Como os quatro documentos já elaborados foram desenvolvidos antes da Lei 13.344/16, é comum aos relatórios a exposição inicial do conceito do crime pelo Protocolo de Palermo, além da relação deste conceito com a legislação pátria e com os tipos penais que englobariam a extensão do fixado pelo documento internacional.

Assim, em todos os trabalhos até então desenvolvidos, não se analisaram ou fixaram dados relacionados exclusivamente com os artigos 231 e 231-A do CP, ambos revogados pela nova legislação. Ao contrário, as informações tecidas dizem respeito também a outros crimes, como o de redução a condição análoga à de escravo, por exemplo. 90

Desta forma, o primeiro relatório disponibilizado pelo MJ é referente à análise de período de 2005-2011, ainda antes da nova legislação. Por essa razão, alguns dados fornecidos por determinadas instituições não englobavam a amplitude do conceito de tráfico disposto pelo Protocolo de Palermo, limitando-se, por exemplo, ao tipificado nos artigos 231 e 231-A do CP, ambos revogados pela Lei 13.344/16. 91

[89] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: dados de 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

[90] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

[91] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

Porém, informações sobre tipos penais que se aproximam do conceito de tráfico de pessoas exposto no Protocolo de Palermo também foram solicitadas, tais como o previsto pelo art. 149 do CP e art. 239 do ECA. Desta forma, conclui-se que, não só no primeiro relatório, mas também nos demais, sob os quais se farão as reflexões deste capítulo, os dados coletados e requeridos para o desenvolvimento do trabalho englobam os tipos penais que se coadunam com o previsto na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 92

Pode-se afirmar que as finalidades comuns a todos os Diagnósticos são a arrecadação e organização sistemática das informações e dados relativos ao tráfico de pessoas, por meio de uma análise comparativa cujo objetivo é proporcionar às pessoas que tenham acesso ao material uma descrição, um esboço sobre o crime no Brasil, em especial o número de vítimas e um estudo qualitativo de quem elas são.

[92] BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 4 de mar. de 2019. Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003) I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem;

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 4 de mar. de 2019. Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: (Incluído pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003) Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Conforme já informado, até a presente data quatro relatórios já foram elaborados de forma periódica com o objetivo de acompanhar a abrangência do ilícito e a forma como ele se desenvolve no país.

Antes de apresentar os dados selecionados para compor este trabalho, importa salientar que alguns apontamentos serão debatidos face ao contraste de aspectos das informações colhidas e as diretrizes da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e os Planos Nacionais, objetos de análise do capítulo anterior. Porém, esses apontamentos não decorrem diretamente dos Diagnósticos colhidos, mas de uma análise sistemática desta pesquisa.

No decorrer da construção deste trabalho, buscaram-se relatórios nos moldes dos Diagnósticos, mas que fizessem uma relação de dados sobre o crime com a aplicação da Política Nacional, porém não se localizou qualquer pesquisa nestes termos, apesar de os relatórios tecerem breves diálogos com o Decreto 5.948/2006.

No primeiro documento do Ministério da Justiça, tem-se a informação de que poucas instituições entrevistadas possuíam informações sistematizadas a respeito do crime e as divulgavam em seus sítios eletrônicos. Tem-se aqui um contrassenso em relação ao disposto e já discutido amplamente na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico, posto que um de seus objetivos é que a comunidade tenha conhecimento sobre o crime. É difícil conceber que um cidadão brasileiro conheça do ilícito sendo que não há disponibilidade ampla das informações correlatas ao tráfico e nem das políticas públicas desenvolvidas pelas instituições competentes. Em relação a isso, o 4º Relatório também aponta outra problemática semelhante, qual seja, a própria falta de coleta de informações relevantes em detrimento de outras, conforme se lê,

> Depois, porque informações processuais importantes como o número de absolvições, condenações, ou informações genéricas sobre as características das partes – vítimas e/ou acusados - não estão ainda disponíveis online e suspeitamos que não sejam registradas nas bases de dados, tendo em vista o volume de trabalho e dificuldades cartorárias que as varas judiciárias enfrentam. Devem constar dos processos criminais manuais ou digitalizados individualmente, o que demanda uma pesquisa documental, de campo, para o levantamento destes dados. Ou seja, os dados disponíveis online têm muito mais características de indicadores processuais do que de indicadores que possam descrever fenômenos criminais.[93]

Confirmando assertiva já exposta no curso do presente trabalho, por ser um crime de difícil investigação e porque muitas vítimas não sabem que o são ou tem vergonha e medo de expor o problema, os dados quantitativos do crime são escassos. O crime do tráfico de pessoas é, portanto, consideravelmente superior aos números registrados e divulgados, por conta de diversos fatores como o medo (o temor de represálias, por exemplo), o constrangimento, a opressão e a ausência de compreensão dos direitos que são violados por meio da prática do ilícito.

Outro problema informado é a maneira como são registradas as informações referentes ao crime. Muitas das instituições que registram o ilícito do tráfico de pessoas no sistema de Segurança Pública e Justiça Criminal buscam, na verdade, informações que ao órgão são importantes, o que limita os aspectos registrados do ilícito penal, conforme informado pelo Diagnóstico,

> O tráfico de pessoas, assim como outras condutas ofensivas, não é propriamente registrado quando chega no sistema de Segurança Pública e Justiça Criminal. As instituições se preocupam, via de regra, em buscar informações que lhes são

[93] BRASIL, Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 16.

> caras e principalmente em registrar seus procedimentos, não havendo uma sensibilidade para o registro do fenômeno investigado, mas tão somente para o registro das informações que vão ajudar aquela instituição a realizar suas atividades e cumprir suas metas.[94]

Uma instituição muito importante de registro de informações e números sobre o tráfico é a Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores (DAC/MRE) porque várias vítimas fazem contato direto com o órgão de maneira direta no exterior. [95]

Os relatórios expõem diversos dados, e os que aqui serão expostos são os de origem comum em todos os diagnósticos. Cada fonte é responsável por um tipo de informação. O disque 100/SDH, por exemplo, fornece dados importantes quanto ao perfil das vítimas. [96]

Uma das dificuldades no estudo dos diagnósticos está na impossibilidade de se estabelecer ligações entre os dados apresentados, especialmente no que tange às informações quantitativas do crime e por essa razão é que os dados das diversas instituições são apontados separadamente ao longo dos estudos.

Alguns empecilhos na coleta de dados refletem falhas no alcance das diretrizes dispostas na Política Nacional de Enfrentamento ao crime, conforme se lê

[94] BRASIL, Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 17.

[95] BRASIL, Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

[96] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

> Soma-se a isso o fato de que o tráfico de pessoas é uma das formas de criminalidade subnotificada, isto por razões diversas, como a desconfiança do sistema de polícia e Justiça, o receio da vítima de ser discriminada ou incriminada, particularmente como imigrante ilegal nos casos de tráfico internacional, a vergonha e o medo da humilhação. [97]

Ora, um dos objetivos estabelecidos é exatamente o fornecimento de informações à população e o preparo adequado das pessoas responsáveis pelo atendimento das vítimas. Das informações lidas, é evidente que, embora existam programas de informação e conscientização como o "Coração Azul", já discutido anteriormente, e as cartilhas nos sítios da UNODC e do Ministério da Justiça, o conhecimento do crime ainda é muito distante da população brasileira. [98]

Da mesma forma, a ausência de informações sobre o crime e de sua publicidade prejudicam inclusive a academia, quanto à produção de estudos e pesquisas sobre o tema. [99]

Além disso, embora existam projetos de capacitação dos agentes e estudos próprios de habilitação para os profissionais, como o "Manual de Capacitação sobre Enfrentamento ao Tráfico de pessoas", desenvolvido pela OIT, ainda não há

[97] BRASUL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 19.

[98] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Materiais da Campanha Coração Azul. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/blueheart/Brochure_portuguese.pdf. Acesso em: 6 de mar. de 2019.

[99] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

qualificação suficiente dos profissionais, conforme se interpreta da análise dos diagnósticos. [100]

A falta de conhecimento dos profissionais que atendem as vítimas de tráfico de pessoas em reconhecê-las como vítimas é também um dos fatores que contribui para que esse evento criminoso passe despercebido. Ou seja, ainda que o ofendido ou a ofendida acione de alguma maneira o sistema de segurança pública ou justiça criminal, se este não estiver capacitado para reconhecê-lo/la como vítima de tráfico de pessoas, atendê-lo, e assisti-lo/la, o fenômeno continuará na criminalidade oculta.

Outra instituição indicada nos relatórios é a UNODC. Ocorre que, o escritório possui em sua página na internet, uma base de dados cujo nome é *Case Law Data Base*. Trata-se de um compêndio de informações jurisprudências sobre o tráfico de pessoas no Brasil, incluindo diversas sentenças dos casos. [101]

A título de conhecimento sobre os dados nacionais do tráfico de pessoas, alguns deles serão apresentados a seguir. Importante ressaltar que se buscou apresentar dados de fontes comuns em todos os Diagnósticos. Entretanto, conforme é pontuado no texto,

> Os países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, proclamados como países de origem das vítimas, ainda sofrem com a

[100] ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. UNODC e DPU promovem capacitação sobre Tráfico de Pessoas em Brasília. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/07/28-unodc-e-dpu-promovem-capacitacao-sobre-trafico-de-pessoas-em-brasilia.html. Acesso em: 6 de mar. de 2019; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Manual de Capacitação sobre Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2010. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/manualcapacitacao-1.pdf. Acesso em: 6 de mar. de 2019.

[101] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

> reduzida competência para coletar ou analisar dados devido à falta de recursos, coordenação ou falta de capacitação dos profissionais da Segurança Pública e Justiça Criminal.[102]

É importante informar também que as formas diversas das coletas de dados pelas diferentes instituições que participaram na construção do documento junto com o Ministério da Justiça dificultam e, às vezes, até mesmo impossibilitam uma comparação e uma análise ampla da relação entre os números fornecidos. Dentre as problemáticas para análise dos diversos dados, tem-se que alguns sistemas de informação não abrangem todas os aspectos necessários sobre o crime e, além disso, muitos dados não são sistematizados e nem publicados. [103]

Far-se-á, portanto, uma exposição com o fim de apresentar os dados de cinco das principais fontes: a Divisão de Assistência Consular; disque 100; ligue 180; Ministério do Trabalho e Emprego; Departamento da Polícia Federal.

Uma importante fonte nas pesquisas desenvolvidas é a Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores (DAC/MRE), exatamente porque presta um atendimento direto às vítimas de tráfico. Porém, conforme alegado pela Divisão, dentre os três tipos de vítimas, apenas uma é registrada pelo sistema. A DAC informa que existem pessoas que buscam informações, mas que não se identificam como vítimas. Além disso, existem aquelas que se identificam como

[102] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 19.

[103] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

vítimas, mas não buscam auxílio. Por fim, as vítimas que se identificam e procuram ajuda/abrigo. Essas últimas são as registradas no sistema. [104]

Embora a DAC seja fonte mencionada no último relatório realizado, os dados do período referente não foram expostos no documento. Os dados ofertados são:

Tabela 1. Registro do Tráfico de Pessoas, segundo DAC:

Ano	Vítima de exploração sexual	Vítima de trabalho escravo	Forma de exploração ignorada	Total por ano
2005	16	1	0	17
2006	55	0	0	55
2007	38	0	0	38
2008	50	0	0	50
2009	86	2	0	88
2010	88	130	0	218
2011	4	2	3	9
2012	4	4	0	8

[104] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

2013	41	21	0	62
Total por tipo	382	160	3	545

Fonte: Ministério da Justiça. [105]

Outro sistema de notificação do crime importante é o disque 100 e o ligue 180. O disque 100 faz parte da Secretaria de Direitos Humanos (SDH) do Ministério dos Direitos Humanos e foi criado em 2003 com o objetivo de receber denúncias quando a violência atinge as populações mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, por exemplo. A finalidade maior do mecanismo é o registro da denúncia, além de promover o encaminhamento das vítimas aos órgãos adequados como o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme o tipo de ação necessária para cada caso. O ligue 180, da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República é um sistema que registra o número do tráfico de pessoas e também faz o devido encaminhamento das vítimas, sendo, portanto, um mecanismo de denúncia do crime. Os dados dessas fontes estão presentes em todos os relatórios e versam sobre diferentes aspectos. [106]

Tabela 2. Vítimas de Tráfico de Pessoas nos Termos da Convenção de Palermo:

Ano/ Ator estratégico	SPM Ligue 180	SDH Disque 100
2007	5	-

[105] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 18.

[106] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 35.

2008	17	-
2009	30	-
2010	76	-
2011	35	35

Fonte: Ministério da Justiça. [107]

Tabela 3. Vítimas do Tráfico de Pessoas e Crimes correlatos em 2012:

SPM	SDH
58	141

Fonte: Ministério da Justiça. [108]

No ano de 2013, as relações dos dados colhidos foi diferente, posto que tratam de aspectos específicos em relação ao crime, conforme de observa:

Tabela 4. Número de denúncias de tráfico de pessoas em 2013:

SPM	SDH
340	218

Fonte: Ministério da Justiça. [109]

[107] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 35.

[108] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2012. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/ publicacoes/relatorio-dados-2012.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 18.

[109] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 22-25.

O disque 100 registrou informações importantes quanto ao perfil das vítimas do crime no período 2011-2016,

Tabela 5. Informações sobre o gênero das vítimas:

Sexo	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Feminino	15	57	135	63	49	54
Masculino	11	46	49	30	35	25
Total válido	26	103	184	93	84	79
Não informado	6	67	125	72	45	40
Total	32	170	309	165	129	119

Fonte: Ministério da Justiça. [110]

Quanto ao tipo de crime em relação ao número de denúncias, o ligue 180 registrou que,

Tabela 6. Tipo de crime e número de denúncias:

Tipo de crime	N	%
Internacional para fins de exploração sexual	134	39,41%

[110] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 34; BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 48.

Interno para fins de exploração sexual	86	25,29%
Interno para fins de exploração do trabalho	63	18,53%
Internacional para fins de exploração do trabalho	53	15,59%
Internacional para fins de remoção de órgãos	2	0,59%
Interno para fins de adoção	1	0,29%
Interno para finde de remoção de órgãos	1	0,29%
Internacional para fins de adoção	0	0,00%
Total	340	100%

Fonte: Ministério da Justiça. [111]

De 2014 a 2016, o ligue 180 também registrou dados do gênero versus modalidade de exploração por meio do crime de tráfico,

Tabelas 7. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e gênero:

Tráfico de				

[111] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 45.

pessoas para fins de exploração sexual	Feminino	Masculino	N/I	Total
2014	56	1	43	100
2015	139	0	76	215
2016	122	4	47	173
Total	317	5	166	488

Fonte: Ministério da Justiça. [112]

Tabela 8. Tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo e gênero:

Tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo	Feminino	Masculino	N/I	Total
2014	10	3	12	25
2015	50	19	42	111
2016	63	30	28	121
Total	123	52	82	257

Fonte: Ministério da Justiça. [113]

[112] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 47.

Quanto a esses últimos dados, deve-se observar o expressivo número de mulheres vítimas do crime face aos homens. Porém, convém destacar que o ligue 180 tem como finalidade principal receber denúncia de crimes contra as mulheres, embora também receba de homens. Ademais, destaca-se o número significativo de pessoas que não informaram o sexo para a correlação com o tipo de exploração. [114]

Outra fonte relevante de dados é o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)/ Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT). O MTE desenvolve inspeções contínuas na zona urbana e rural, por meio das quais revela as faces variáveis do trabalho escravo no Brasil. Os dados dessa fonte são relevantes, pois, mesmo antes da nova lei sobre o tráfico de pessoas, já se considerava como vítimas do crime para fins de trabalho escravo aquelas que eram encontradas na condição análoga à de escravidão.

Tabela 9. Vítimas de trabalho escravo registradas e resgatadas:

Ano/ator estratégico	MTE/SIT
2005	4.348
2006	3.416
2007	5.999
2008	5.016

[113] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 47.

[114] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

2009	3.769
2010	2.628
2011	2.485

Fonte: Ministério da Justiça. [115]

Tabela 10. Número de vítimas do crime de trabalho análogo à escravidão em 2012:

TEM	2.771

Fonte: Ministério da Justiça. [116]

Tabela 11. Número de trabalhadores resgatados de prática de trabalho escravo no Brasil em 2013:

TEM	2.089

Fonte: Ministério da Justiça.[117]

Tabela 12. Número de trabalhadores resgatados em condição análoga à de escravidão no período de 2014 – 2015:

Ano	Nº de trabalhadores alcançados	Nº de trabalhadores em condição análoga à de escravo	Estrangeiros resgatados (n/%)

[115] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 34.

[116] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2012. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/ publicacoes/relatorio-dados-2012.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 20.

[117] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 33.

2014	1752	1560	119 (7,6%)
2015	8680	1199	53 (4,4%)
2016	8082	946	52 (5,4%)
Total	18514	3705	224

Fonte: Ministério da Justiça. [118]

Outra organização importante é o Departamento da Polícia Federal, exatamente porque a sua competência investigativa do crime é vasta.

Tabela 13. Inquéritos/Indiciamentos por Modalidade de Exploração segundo a Polícia Federal – Dados de 2007 a 2016:

Modalidade de exploração/n. de procedimentos	Tráfico Internacional de Pessoas para fins de Exploração Sexual	Redução a Condição Análoga à de Escravo	Tráfico Internacional de Crianças e Adolescentes	Comercialização de tecidos, órgãos e partes do corpo humano
N. de inquéritos	137	754	47	21
N. de indiciamentos	285	1383	77	0

[118] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 51.

Fonte: Ministério da Justiça. [119]

Com base nos dados discorridos, algumas conclusões podem ser tecidas. A primeira delas é a escassez de dados e a dificuldade de uma adequada análise entre eles, em razão da precariedade de registro do ilícito porque o tráfico de pessoas é um crime que as vítimas têm dificuldade de proceder à denúncia, por diversos motivos já expostos no decorrer do texto, e porque quando há notificação, muitas vezes o registro é feito de forma inapropriada.

Outro aspecto importante à época dos Diagnósticos, já que todos os dados são referentes ao crime antes da Lei de 2016, é a divergência encontrada quanto ao conceito do delito.

Por exemplo, enquanto o conceito empregado pelo MTE é conforme a tipificação internacional do tema (que enquadra a redução análoga à escravidão como finalidade típica de tráfico, de acordo com o Protocolo de Palermo e a Política Nacional), a Polícia Federal tem uma abordagem distinta, posto que o conceito de tráfico utilizado é o determinado pelo Código Penal (arts. 231 e 231 – A do CP, ambos revogados). [120]

Uma das alternativas apresentadas para a melhora na arrecadação de dados, como forma de possibilitar, inclusive, a elaboração de políticas públicas mais adequadas para o enfrentamento do tráfico seria uma integração entre as instituições

[119] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 56.

[120] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

fornecedoras de informações, o que hoje não existe, posto que, conforme se observa dos dados expostos, vários deles são divergentes exatamente porque colhidos de forma isolada e não observando variáveis que deveriam ser comuns a todos. Essa ausência de correlação entre dados e de integração entre as fontes deles viola expressamente a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico, e a partir de 2016, a Lei 13.344/2016, conforme se lê,

> Decreto 5.948/2006, Art. 8º.
>
> Na implementação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, caberá aos órgãos e entidades públicos, no âmbito de suas respectivas competências e condições, desenvolver as seguintes ações:
>
> m) organizar e integrar os bancos de dados existentes na área de enfrentamento ao tráfico de pessoas e áreas correlatas.
>
> Art. 10, Lei 13.344/2016,
>
> O Poder Público é autorizado a criar sistema de informações visando à coleta e à gestão de dados que orientem o enfrentamento ao tráfico de pessoas. [121]

4.2 O tráfico de pessoas no Distrito Federal

Assim como a coleta de dados sobre o crime em uma vertente nacional foi de difícil desenvolvimento, alegar a mesma dificuldade quanto aos dados distritais é um mero reflexo do problema.

[121] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 74; BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 5 de mar. de 2019; BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 5 de mar. de 2019.

As fontes de informações para a análise do crime em âmbito distrital foram os Diagnósticos Nacionais, os relatórios semestrais do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (NETP) do Distrito Federal e uma visita realizada ao Núcleo e ao Pró-Vítima.

Ao se realizar uma visita do NETP do Distrito Federal, filiado à Secretaria de Justiça e Cidadania, não se logrou êxito. A visita foi feita na parte da manhã do dia 11/01/2019, mas não havia ninguém no Núcleo, cujo nome é GETPAM – Gerência de Enfrentamento ao Tráfico e Apoio ao Migrante (GETPAM). Quanto a isso, observa-se relativa discordância no último relatório, que é do primeiro semestre de 2018. Neste relatório, na parte do histórico de atuação, é relatada a substituição da Gerência pelo Núcleo de Gestão de Projetos e Cidadania, de acordo com o Decreto 38.444 de 2017. Porém, em 03 de julho de 2018 (após o período do relatório semestral, portanto) foi publicado o Decreto 39.193, que estabeleceu a Subsecretaria de Apoio às Vítimas de Violência, composta, dentre outras gerências, pela GETPAM. [122]

Com documento desenvolvido e fornecido pelo Pró-Vítima, constatou-se que o GETPAM é o órgão do Distrito Federal, vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania (SEJUS), competente para implantar as ações de enfrentamento ao tráfico, além de promover a realização de campanhas sobre o tema, ações preventivas e atendimentos. Além disso, a política de combate ao crime desenvolvida pelo órgão

[122] DISTRITO FEDERAL. Diário Oficial. Decreto nº 38.444, de 29 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/SINJ/Diario/bc17708d-375b-30a9-81b9-ad677277a7b7/DODF%20167%2030-08-2017%20INTEGRA.pdf. Acesso em: 5 de mar. de 2019; DISTRITO FEDERAL. Diário Oficial. Decreto nº 39.193, de 03 de julho de 2018. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Diario/061edec7-b170-3222-afc4-c66a08c00d86/DODF%20125%2004-07-2018%20SUPLEMENTO%20A.pdf. Acesso em: 5 de mar. de 2019.

distrital tem como base convênio e acordo de cooperação técnica com a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. [123]

Ao se tentar colher mais informações específicas sobre a Gerência, não se obteve sucesso, posto que a pessoa que seria responsável pelo Núcleo, de acordo com o sítio do Ministério da Justiça, não trabalha mais lá, segundo informações fornecidas pelos servidores do Pró-Vítima no dia da visita realizada em Janeiro de 2019 (o posto do Pró-Vítima é ao lado do GETPAM). Ademais, na tentativa de entrar em contato por meio de telefone e por meio de e-mail com o GETPAM, não houve qualquer resposta. [124]

Por essa deficiência de comunicação com o órgão distrital de combate ao crime, é dificultoso o encontro de informações atualizadas sobre o crime de tráfico na capital do país. Apesar disso, há alguns casos de tráfico relacionados com a Gerência distrital.

Conforme dados fornecidos por uma CPI de 2014 (Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, consequências e responsáveis no período de 2003 a 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo), registrou-se que a gerente da Gerência ao Enfrentamento do Tráfico de Pessoas do DF à época informou que os principais casos de registro do crime na capital foram uma suspeita de tráfico para fins de trabalho escravo em uma fábrica da Sadia em Samambaia e de uma denúncia recebida pelo Núcleo do Ceará de um menor de 14 anos que estava desaparecido em

[123] DITRITO FEDERAL. Secretaria de Justiça. Pró-vítima. Disponível em: http://www.sejus.df.gov.br/pro-vitima/. Acesso em: 9 de mar. de 2019.

[124] BRASIL. Ministério da Justiça. Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento. Acesso em: 9 de mar. de 2019.

razão de tráfico e que possivelmente estaria em Planaltina. As ações tomadas foram: capacitação de pessoal, criação de um Projeto de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, além de campanhas de prevenção com a população.[125]

Mais recentemente, noticiaram-se na capital federal dois possíveis casos de tráfico para fins de trabalho escravo, um no Gama e outro em Ceilândia.

No Gama, em outubro de 2018, um homem foi preso acusado de submeter duas mulheres vindas do Maranhão à condição análoga à escravidão. As mulheres informaram que trabalhavam quase 24 horas por dia, sem salário e sem carteira assinada.[126]

O segundo caso é ainda mais recente, de fevereiro de 2019. O trabalhador encontrado pela Superintendência Regional do Trabalho – DF veio de Aracajú (SE) e trabalhava em uma panificadora sem carteira assinada em condições absolutamente degradantes há cerca de 4 meses. [127]

Os Diagnósticos já mencionados, na abordagem dos dados regionais, trazem alguns dados do DF. Segundo o relatório 2013, o número de vítimas e de denúncias do tráfico de pessoas no período de 2011 a 2013 é de quatro pessoas (dados fornecidos pelo disque 100). O número de inquéritos referentes ao crime de tráfico internacional e tráfico interno de pessoas em 2013 na capital (artigos 231 e 231 – A

[125] BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI – Tráfico de Pessoas no Brasil. 2014. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trafico-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao. Acesso em: 08 de mar. de 2019.

[126] PM prende acusado de submeter mulheres a trabalho escravo no Gama. Correio Braziliense, 2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/10/24/interna_cidadesdf,714655/homem-mantem-mulheres-em-trabalho-semelhante-ao-escravo.shtml. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

[127] DF: fiscais encontram trabalhador em condição análoga à de escravidão. Metropoles, 2019. Disponível: https://www.metropoles.com/distrito-federal/df-fiscais-encontram-trabalhador-em-condicao-analoga-a-de-escravidao. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

do CP, atualmente revogados) foi três (dados fornecidos pelo Departamento da Polícia Federal) e o número de inquéritos instaurados sobre a redução à condição análoga à de escravo (artigo 149 do CP) foi de seis, também de acordo com o Departamento da Polícia Federal. [128]

Outros dados também chamam bastante atenção e estão presentes no relatório referente ao período de 2014-2016. Trata-se dos dados referentes aos processos criminais (Justiça Federal) por Modalidades de Exploração segundo o Conselho Nacional de Justiça,

Tabela 14. Processos criminais (Justiça Federal) por modalidade de exploração:

Modalidade de exploração/ grau de jurisdição	Tráfico internacional de pessoas	Tráfico interno de pessoas	Redução à condição análoga à de escravo
1º grau	297	50	2.478
2º grau	73	12	318
Total	370	62	2.796

Fonte: Ministério da Justiça.[129]

Foi informado também que o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª região, do qual o DF faz parte, foi o que teve o maior número de processos, totalizando 1871 processos dos 2796 e, em se tratando dos Tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça

[128] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 22, 24, 49 e 50.

[129] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 57.

do Distrito Federal (TJDFT) foi o que teve mais casos de redução à condição análoga à de escravo registrados. [130]

As promessas de um emprego na capital do país, conhecida por uma melhor qualidade de vida, pode ser um fator que corrobora com o aliciamento de diversas das vítimas traficadas para trabalharem nas condições análogas à de escravidão. Outro fator importante que pode corroborar com os dados em referência ao tráfico internacional, fazendo de Brasília uma possível rota de tráfico, é a presença de um aeroporto internacional (Juscelino Kubitschek). [131]

Os relatórios especificamente referentes ao trabalho de políticas públicas desenvolvidas pelo Distrito Federal são os disponibilizados também no site do Ministério da Justiça. Os relatórios são registrados desde o 1º semestre de 2014, porém os dados do 1º semestre de 2017 e o do 2º semestre de 2018 não foram enviados ao MJ e o motivo não foi informado. [132]

Os trabalhos desenvolvidos começaram a partir de convênio firmado entre a Secretaria de Justiça do DF (SEJUS) e a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça em 2011. A partir desse momento, as políticas desenvolvidas foram os de prevenção e de promoção dos direitos humanos, de uma forma multidisciplinar.

---

[130] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019. p. 57-58.

[131] PF investiga nova rota do tráfico de mulheres. Correio Braziliense, 2009. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/03/23/interna_cidadesdf,91206/pf-investiga-nova-rota-do-trafico-de-mulheres.shtml. Acesso em: 21 de abr. 2019.

[132] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatórios da Rede de Núcleos e Postos. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/1o-relatorio-semestral-da-rede-de-nucleos-e-postos. Acesso em: 8 de jan. de 2019; MNISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ofício nº 1/2019/CGETP/DPJUS/SNJ/MJ. Pedido de acesso à informação nº 08850000135201994. Brasília. 21/01/2019.

Outra medida importante foi a celebração de um Acordo de Cooperação Técnica, cuja finalidade é a cooperação técnica interinstitucional. Da mesma forma, desenvolveu-se em âmbito distrital o Decreto nº 36.178/2014, que foi redigido em conformidade com o Protocolo de Palermo e com o texto da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, objetivando um planejamento sistematizado e organizado de metas, ações e projetos de combate e prevenção ao tráfico de pessoas. [133]

Os relatórios ainda informam que, além do Decreto nº 36.178/2014, tem-se a criação do Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos por meio do Decreto nº 33.322/2014, cuja atribuição é, conforme seu artigo 2º,

> Art. 2º O Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos é um fórum de articulação permanente, composto por órgãos dos Poderes Públicos e organismos da sociedade civil, com atribuições de propor normativas distritais e elaborar instrumentos normativos nos eixos de mobilização e articulação, prevenção e atendimento, monitoramento e avaliação, que contemplem as ações de prevenção, repressão e atendimento às vítimas de tráfico de seres humanos no Distrito Federal, em conformidade com a Política Nacional. (Texto com a redação dada pelo Decreto nº 34.420, de 05/06/2013). [134]

[133] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/Segundo%20Relatorio%20Rede%20/relatorio-netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[134] DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 36.178, de 23 de dezembro de 2014. Institui, no âmbito do Poder Executivo, a Política Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Plano Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/78740/Decreto_36178_23_12_2014.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019; DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 34.420, de 05 de junho de 2013. Altera o Decreto nº 33.322, de 9 de novembro de 2011, que dispõe sobre o Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos e dá outras providências. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/SINJ/Norma/74467/Decreto_34420_05_06_2013.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

Assim, observa-se que as políticas de enfrentamento do Distrito Federal se coadunam, em alguns aspectos, com a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico e os Planos nacionais.

O Decreto 5.948/2006 dispõe no texto de seu anexo que,

> Art. 4º São diretrizes gerais da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas:
>
> I - fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada de todas as esferas de governo na prevenção e repressão ao tráfico de pessoas, bem como no atendimento e reinserção social das vítimas;
>
> II - fomento à cooperação internacional bilateral ou multilateral;
>
> III - articulação com organizações não-governamentais, nacionais e internacionais;
>
> IV - estruturação de rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil;
>
> [...]
>
> IX - incentivo à formação e à capacitação de profissionais para a prevenção e repressão ao tráfico de pessoas, bem como para a verificação da condição de vítima e para o atendimento e reinserção social das vítimas.
>
> [...]
>
> Art. 5º São diretrizes específicas de prevenção ao tráfico de pessoas:
>
> I - implementação de medidas preventivas nas políticas públicas, de maneira integrada e intersetorial, nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura, direitos humanos, dentre outras;

> II - apoio e realização de campanhas socioeducativas e de conscientização nos âmbitos internacional, nacional, regional e local, considerando as diferentes realidades e linguagens. [135]

Assim, são exemplos de observância ao Decreto (5.948/2006) e seus Planos Nacionais:

- A existência de normas jurídicas de Política de enfrentamento distrital – Decreto nº 33.322/2011, alterado pelo Decreto nº 34.420/2013; [136]

- O Convênio da Política distrital com o Ministério da Justiça (nº 759772/2011), que teve vigência até 2014 e o Acordo de Cooperação Técnica de nº 12/2015, que teve vigência de 2014-2016; [137]

- A existência de um Comitê distrital de combate ao crime (Decreto nº 33.322/2011), composto por várias instituições, como a Defensoria Pública do DF, Ministério Público do DF, o Tribunal de Justiça do DF, entes do Executivo ligados à área da educação, saúde e trabalho, por exemplo, além de organizações religiosas e da sociedade civil; [138]

---

[135] BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[136] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/Segundo%20Relatorio%20Rede%20/relatorio-netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[137] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/Segundo%20Relatorio%20Rede%20/relatorio-netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[138] DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 33.322, de 09 de novembro de 2011. 2018. Dispõe sobre o Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/69833/Decreto_33322_09_11_2011.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

- A colaboração em campanhas distritais do poder público de enfrentamento ao crime; [139]

- A realização, colaboração e participação em capacitações, seminários e palestras, como a colaboração com o curso organizado pela Secretaria de Segurança Pública, com a temática do tráfico de pessoas, que aconteceu na Administração da Cidade Estrutural, voltado para agentes de segurança pública e líderes comunitários. [140]

Embora haja a menção dessas determinadas políticas, algumas informações mostram que as medidas adotadas pelo DF ainda deixam muito a desejar, se relacionadas ao texto do Decreto da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas já estudado.

Por exemplo, o último relatório a que se tem acesso informa a ausência de realização de qualquer estudo, desenvolvimento de pesquisas e de manuais procedimentais sobre o tráfico, em desacordo com os artigos 4º, VIII e 8º, VI, alínea c da Política Nacional. [141]

[139] BRASIL. Ministério Da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/9o-relatorio-da-rede/netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[140] BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/9o-relatorio-da-rede/netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

[141] Art. 4º São diretrizes gerais da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: VIII - incentivo e realização de pesquisas, considerando as diversidades regionais, organização e compartilhamento de dados. Art. 8º Na implementação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, caberá aos órgãos e entidades públicos, no âmbito de suas respectivas competências e condições, desenvolver as seguintes ações: VII - na área do Trabalho e Emprego: c) promover articulação com entidades profissionalizantes visando capacitar e reinserir a vítima no mercado de trabalho. BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em:

Se não há a realização desses estudos, manuais e cartilhas, há em consequência um real prejuízo ao acesso de informação da população sobre a temática, afastando a aplicação do artigo 4º, XIII do mesmo Decreto. O desenvolvimento deste trabalho é um ótimo reflexo dessa problemática, pois boa parte das informações nele referidas, apesar de públicas, só foram acessadas por meio de requerimento no site do Ministério da Justiça (Lei de Acesso a Informação). [142]

Assim, ter acesso às informações sobre o crime e suas políticas de combate na capital do país é muito difícil porque não são dados de fácil acesso e muitos deles nem sequer existem. Os relatórios disponibilizados pela GETPAM, por exemplo, são extremamente genéricos porque não trazem quaisquer informações sobre as vítimas, como gênero ou cor.

Pode-se concluir, por fim que, existem políticas sendo desenvolvidas pelo Distrito Federal no combate ao crime, porém, elas são consideravelmente tímidas, não se coadunando plenamente com o disposto no Decreto da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico, seja pela escassez de funcionários (segundo o relatório de 2018, o número de funcionários era quatro), seja por escassez de verbas. De qualquer sorte, o fornecimento de informações sobre o delito também é problemático, pois, por exemplo, ao se tentar entrar em contato pelo telefone e e-mail

5 CONCLUSÃO

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

142 BRASIL. Ministério da Justiça. Ofício nº 1/2019/CGETP/DPJUS/SNJ/MJ. Pedido de acesso à informação nº 08850000135201994. Brasília. 21/01/2019; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ofício nº 28/2018/CGETP/DPJUS/SNJ/MJ. Pedido de acesso à informação nº 08850005340201865. Brasília. 10/12/2018.

A proposta do trabalho é uma análise das diretrizes teóricas de políticas públicas de combate ao tráfico de pessoas no Brasil e o que de fato é praticado no país. Conforme observado, o estudo foi desenvolvido a fim de se explicitar o que é o tráfico de pessoas, como ele se desenvolve, porque o seu combate é importante, quais as políticas fixadas pelo ordenamento jurídico e, por fim, dados e informações recentes sobre o crime no país e, mais especificamente, no Distrito Federal, promovendo, por fim, um cotejo analítico do disposto na teoria com o efetivado na prática.

Assim, observaram-se alguns resultados importantes. A partir da implantação da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e os seus desdobramentos, quais sejam, os Planos Nacionais até hoje estabelecidos, diversas diretrizes previstas na Política e também no Protocolo de Palermo têm sido executadas.

Por exemplo, os próprios Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas já implantados são resultado do proposto em campo teórico. Ademais, observa-se também a realização de atividades por meio de propostas de cooperação, como as desenvolvidas junto com a UNODC (coração azul, por exemplo).

Além disso, várias das fontes utilizadas na presente pesquisa já são resultado do proposto pelo ordenamento brasileiro, à exemplo dos Diagnósticos Nacionais elaborados pelo Ministério da Justiça, que expõe diversas informações sobre a prática do crime de tráfico de pessoas no Brasil e os relatórios semestrais do Distrito Federal remetidos ao mesmo Ministério, versando sobre como são executadas as ações no âmbito distrital de enfrentamento ao ilícito, dentre elas as atividades de capacitação dos agentes. Há também referências a alguns programas de capacitação aos agentes que trabalham diretamente com as vítimas.

Entretanto, observa-se que muito ainda falta para se alcançar um resultado mais adequado. Pode-se afirmar que o principal problema enfrentado para se desenvolver o trabalho foi a falta de informação, que é inclusive apontada como diretriz fundamental para se atingir um combate ao crime. Importante ressaltar que a escassez de informação e a dificuldade no acesso das existentes dificultam não só o desenvolvimento de qualquer trabalho acadêmico, mas também o próprio conhecimento da população em relação ao crime e também a própria assistência às possíveis vítimas do ilícito.

Na busca por referências de dados sobre o delito, encontrou-se dificuldade. Embora diversos dados apresentados no trabalho não sejam de forma alguma sigilosos, uma simples pesquisa sobre as informações necessárias não foi suficiente, sendo necessário requerimento no sítio do Ministério da Justiça por meio da Lei de Acesso à Informação.

Observa-se também a não completude dos relatórios obtidos como fonte de estudo porque muitos deles são omissos em muitas informações. Uma análise comparativa mais ampla entre os Diagnósticos objetos de estudo do capítulo III não foi possível porque algumas referências estavam presentes em um deles, mas não nos demais, sem qualquer justificativa.

O mesmo obstáculo se teve com os relatórios semestrais do Distrito Federal. Primeiramente, há semestres em que não foram divulgados relatórios sem qualquer justificativa, conforme informado pelo Ministério da Justiça. Em vários relatórios não houve o preenchimentos de diversos quesitos. Por exemplo, a informação sobre os recursos financeiros disponibilizados para o desenvolvimento das atividades distritais é informada em alguns relatórios, mas em outros não. Observou-se ainda a ausência de produção de pesquisas sobre o tráfico de pessoas na capital federal, além

da constatação de que ainda são escassos os programas de capacitação dos profissionais. A ausência de referências essenciais, de pesquisas, de cartilhas e manuais dificulta o acesso da população a informações atualizadas e verídicas.

Importante rememorar que as tentativas de contato direito com a Gerência ao Enfrentamento ao Tráfico e Apoio ao Migrante foram todas fracassadas porque dos telefonemas e comunicação por e-mail não houve qualquer resposta, lembrando que o telefone e endereço de e-mail são os expostos no próprio site do Ministério da Justiça. Além disso, a visita à Gerência também não logrou êxito porque não havia qualquer servidor no local.

Apesar das dificuldades no desenvolvimento do trabalho, este é importante porque expõe a situação do tráfico de pessoas no Brasil. A sua abordagem não se limitou a mero estudo teórico, o que é comum em vários outros trabalhos, mas versou sobre o que é o crime, algumas maneiras de sua manifestação no Brasil, em especial na finalidade do trabalho escravo, posto que elaborado inclusive estudo de caso neste sentido. Ademais, conjugou o estudo sobre a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico e os seus Planos Nacionais, adentrando inclusive em aspectos sobre os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e aspectos quanto à cooperação no desenvolvimento de atividades como a campanha "coração azul" em parceria com o UNODC. Foram feitos esclarecimentos quanto à Lei 13.344/2016, de suma importância porque ela ampliou o conceito do crime do tráfico de pessoas no Brasil e estabeleceu diretrizes que se coadunam com o Protocolo de Palermo. Por fim, foi possível tecer um panorama geral sobre a prática do ilícito em âmbito nacional e sobre os órgãos que atuam diretamente no combate ao crime e na assistência às vítimas, refletindo sobre a incidência da prática de políticas públicas previstas no ordenamento em relação aos dados expostos nos Diagnósticos.

Apesar do já estudado no decorrer desta pesquisa, muito ainda poderá ser discutido. Essa assertiva é verídica porque o III Plano Nacional de Enfrentamento foi editado recentemente (Decreto 9.440/2018). Ademais, a própria Lei 13.344/2016 também é recente, sendo que ainda não foram desenvolvidas coletas de dados oficiais com base nessa nova norma. Assim, será necessário um trabalho mais aprofundado e futuro com abordagem pautada nessas novas normas integradas a ordem jurídica. Além disso, apesar do cotejo realizado neste estudo, qual seja, dados dos Diagnósticos nacionais do Ministério da Justiça e informações dos relatórios semestrais do Distrito Federal à luz das diretrizes dispostas nas normas de políticas de enfrentamento ao crime, a matéria é extremamente extensa e de elevada importância, motivo pelo qual é plenamente possível se vislumbrar um estudo mais aprofundado e um exame ainda mais completo sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009. Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais. Programa de Pós-Graduação de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI – Tráfico de Pessoas no Brasil. 2014. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/54a-legislatura/cpi-trafico-de-pessoas-no-brasil/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao/relatorio-final-aprovado-e-parecer-da-comissao. Acesso em: 08 de mar. de 2019.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Planalto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 18 de ago. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de Outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: http://www.planalto.gov. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018. Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm. Acesso em: 31 de out. de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.344, De 6 de Outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Governo lança campanha Coração Azul contra o Tráfico de Pessoas. 2013. Disponível em: https://mj.jusbrasil.com.br/noticias/100504827/governo-lanca-campanha-coracao-azul-contra-o-trafico-de-pessoas. Acesso em: 28 de out. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/nucleos-de-enfrentamento. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Ofício nº 1/2019/CGETP/DPJUS/SNJ/MJ. Pedido de acesso à informação nº 08850000135201994. Brasília. 21/01/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Ofício nº 28/2018/CGETP/DPJUS/SNJ/MJ. Pedido de acesso à informação nº 08850005340201865. Brasília. 10/12/2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Folder_IIPNETP_Final.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_trilingue_politica.pdf. Acesso em: 20 de out. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Interministerial Nº 634, De 25 de fevereiro de 2013. Aprova o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - II PNETP e institui o Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do II PNETP. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/politica-brasileira/anexo_gi_-monitoramento/portaria-interministerial-no-634-de-25-de-fevereiro-de-2013.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Postos Avançados. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/postos-avancados. Acesso em 30 de ago. de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório consolidado a partir do levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil sobre o período de 2014 a 2016. 2017. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/Segundo%20Relatorio%20Rede%20/relatorio-netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/9o-relatorio-da-rede/netp-df.pdf/view. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/relatorio-nacional-sobre-trafico-de-pessoas_dados-de-2005-a-2011.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: Dados De 2012. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-depessoas/ publicacoes/relatorio-dados-2012.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Nacional Sobre Tráfico De Pessoas: dados de 2013. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf. Acesso em: 4 de mar. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório de Avaliação do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2013-2016). 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-

pessoas/publicacoes/anexos/relatorio-de-avaliacao-ii-plano-final-agosto2018.pdf. Acesso em: 18 de out. de 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea migrado-1/notas-tecnicas-planos-e oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2018.

CECRIA. Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil – PESTRAF. 2002. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tráfico de pessoas: lei 13.344 comentada por artigos. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DF: fiscais encontram trabalhador em condição análoga à de escravidão. Metropoles, 2019. Disponível: https://www.metropoles.com/distrito-federal/df-fiscais-encontram-trabalhador-em-condicao-analoga-a-de-escravidao. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 33.322, de 09 de novembro de 2011. 2018. Dispõe sobre o Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/69833/Decreto_33322_09_11_2011.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 34.420, de 05 de junho de 2013. Altera o Decreto nº 33.322, de 9 de novembro de 2011, que dispõe sobre o Comitê Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Seres Humanos e dá outras providências. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/SINJ/Norma/74467/Decreto_34420_05_06_2013.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 36.178, de 23 de dezembro de 2014. Institui, no âmbito do Poder Executivo, a Política Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Plano Distrital de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/78740/Decreto_36178_23_12_2014.html. Acesso em: 07 de mar. de 2019; DISTRITO FEDERAL.

DISTRITO FEDERAL. Diário Oficial. Decreto nº 38.444, de 29 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/SINJ/Diario/bc17708d-375b-30a9-81b9-ad677277a7b7/DODF%20167%2030-08-2017%20INTEGRA.pdf. Acesso em: 5 de mar. de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Diário Oficial. Decreto nº 39.193, de 03 de julho de 2018. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Diario/061edec7-b170-3222-afc4-c66a08c00d86/DODF%20125%2004-07-2018%20SUPLEMENTO%20A.pdf. Acesso em: 5 de mar. de 2019.

DITRITO FEDERAL. Secretaria de Justiça. Pró-vítima. Disponível em: http://www.sejus.df.gov.br/pro-vitima/. Acesso em: 9 de mar. de 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Blue Heart Campaign. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/blueheart/pt/about-us.html. Acesso em: 15 de out. de 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Campanha Coração Azul no Brasil. 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/blueheart/pt/a-campanha-no-brasil.html. Acesso em: 28 de out. de 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Global Action Objectives. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/glo-act/objectives.html. Acesso em: 18 de out. de 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. Global Action Overview. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/glo-act/overview.html. Acesso em: 18 de out. de 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Global Report on Trafficking in Persons 2016. New York. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. Materiais da Campanha Coração Azul. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/blueheart/Brochure_portuguese.pdf. Acesso em: 6 de mar. de 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES. UNODC e DPU promovem capacitação sobre Tráfico de Pessoas em Brasília. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/07/28-unodc-e-dpu-promovem-capacitacao-sobre-trafico-de-pessoas-em-brasilia.html. Acesso em: 6 de mar. de 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. UNODC e UE lançam iniciativa para combater tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/04/18-unodc-e-ue-lancam-na-quarta-feira-19-iniciativa-para combater-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes.html. Acesso em: 28 de out. de 2018.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Enfrentamento do Tráfico de Pessoas: Uma questão possível? Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília, fevereiro de 2007. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 1º Dia Mundial contra o Tráfico de Pessoas será marcado por semana de mobilização e lançamento de novo relatório. 2014. Disponível em: https://nacoesunidas.org/1o-dia-mundial-contra-o-trafico-de-

pessoas-sera-marcado-por-semana-de-mobilizacao-e-lancamento-de-novo-relatorio/. Acesso em: 31 de out. de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração internacional dos direitos humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso dia 30 de abr. de 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica. 22 de novembro 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Manual de Capacitação sobre Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 2010. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/manualcapacitacao-1.pdf. Acesso em: 6 de mar. de 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Brasília. 2006. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/tip/pub/trafico_de_pessoas_384.pdf. Acesso em: 30 de abr. de 2018.

PF investiga nova rota do tráfico de mulheres. Correio Braziliense, 2009. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/03/23/interna_cidadesdf,91206/pf-investiga-nova-rota-do-trafico-de-mulheres.shtml. Acesso em: 21 de abr. 2019.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PM prende acusado de submeter mulheres a trabalho escravo no Gama. Correio Braziliense, 2018. Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/10/24/interna_cidadesdf,714655/homem-mantem-mulheres-em-trabalho-semelhante-ao-escravo.shtml. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

PRADO JUNIOR, Manoel Batista do. Conflitos e estratégias sociais em torno da liberdade: famílias escravas em Mangaratiba no século XIX. In: ABREU, Martha; PEREIRA, Matheus Serva: (org). Caminhos da liberdade: histórias da abolição e do pós abolição no Brasil. Rio de Janeiro: 2011. p. 76-94. Disponível em: http://www.historia.uff.br/stricto/files/public_ppgh/hol_2011_CaminhosLiberdade.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2018.

SCACCHETTI, Daniela Muscari. O Tráfico de Pessoas e o Protocolo de Palermo sob a Ótica de Direitos Humanos. 2011. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2012/16.03.2012_00000278-02_daniela_reid-11.pdf. Acesso em: 30 de out. de 2018.

SILVA, Luciano Ferreira Dornelas Faipher Vieira da Silva. Boas Práticas no Combate ao Tráfico de Pessoas. Goiânia: Kelps, 2017.

TORRES, Hedel de Andrade. Tráfico de mulheres: exploração sexual – liberdade à venda. Brasília: Rossini Côrrea, 2012.

UNIÃO. Diário Oficial. Portaria nº 41, de 6 de novembro de 2009. Altera a portaria nº 31 de 20 de agosto de 2009. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/redes-de-enfrentamento/portaria-41-alteracao-09-11-2009.pdf. Acesso em: 30 de ago. de 2018.

UNITED STATES. Trafficking In Persons Report 2017. Disponível em: https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2018

Ciências Criminais

DELAÇÃO PREMIADA E SUA APLICABILIDADE

Lana Aimée Brito de Carvalho

RESUMO

O presente trabalho científico tem como objetivo principal a análise e estudo acerca da eficácia da delação premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado, principalmente a partir das disposições da Lei nº 12.850/2013. Pretende-se, à luz da literatura recente e de pesquisa jurisprudencial, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para isso, empregou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, utilizando-se como base a literatura doutrinária, jurisprudências, análises de artigos científicos e legislação específica referente ao tema exposto. Considerando que as organizações criminosas se apresentam como verdadeiras empresas voltadas à prática de infrações penais, com estrutura hierárquica e divisão de tarefas, é necessário empregar meios especiais de obtenção de prova capazes de fornecer informações eficazes para o combate do crime organizado, tais como a delação premiada, a qual se utiliza dos próprios investigados ou acusados para a produção de prova mediante a concessão de benefícios referentes à pena. Portanto, ao longo dos três capítulos deste trabalho, será abordada a importância da prova na investigação e no processo penal, o instituto da delação premiada e sua eficácia como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado.

Palavras-chave: Delação premiada. Prova. Crime organizado. Processo penal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta analisar o instituto da delação premiada, um benefício legal concedido a um réu em uma ação penal, que se compromete a colaborar com as investigações como um elemento autônomo

corroborativo de prova, sob o viés da efetividade das informações oferecidas como meio capaz de ser aproveitado pelo Estado no combate ao crime.

A delação premiada, para alguns autores, tem natureza jurídica de prova, já outros apenas atribuem força incriminadora para ela. Apesar dessa discussão doutrinária, o Código de Processo Penal[1] não menciona expressamente essa característica, falando apenas que o delator não presta compromisso de falar a verdade pelo direito de não produzir prova contra si mesmo.

Essa técnica de investigação é um tema de bastante notoriedade no processo penal brasileiro devido a sua larga utilização na Operação Lava Jato[2], investigação feita para apurar um esquema de lavagem de dinheiro. Seu estudo pode partir de questionamentos diferentes: jurídico; ético; psicológico, político.

Em face da insegurança pública que domina o Brasil, o legislador introduziu o instituto da delação premiada como meio de prova no Direito Processual Penal como uma solução para a diminuição da criminalidade que, gradativamente, vem adquirindo novas formas. O ato de provar constitui estabelecer a existência da verdade e, como ônus processual, as partes, valendo-se em benefício próprio, pretendem dar ao juiz elementos capazes de formar seu convencimento.

Para análise da valoração probatória na delação premiada no Brasil, inicialmente devemos considerar o princípio da livre convicção motivada que rege nosso ordenamento. Nesse sistema, a lei não estabelece valor às provas nem hierarquia entre elas. Cabe ao julgador atribuir o valor correspondente a cada prova

[1] BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[2] CIOCCARI, Deysu. Operação lava jato: escândalo, agendamento e enquadramento. Comunicação e mercado. Centro Universitário da Grande Dourados, v. 4, n. 9, p. 74-80. 2015. Disponível em: http://www.unigran.br/mercado/paginas/arquivos/edicoes/9/6.pdf. Acesso em 16 nov. 2018.

adquirida no processo, valorando-a de acordo com sua consciência, mas de forma fundamentada para permitir às partes concluir como o magistrado chegou àquele entendimento, possibilitando, assim, o contraditório.

Nessa ferramenta de combate ao crime, o acusado aponta outras pessoas igualmente responsáveis pela prática da infração penal e, em troca das informações prestadas, úteis ao esclarecimento do delito, recebe algum benefício do Estado com amparo legal. Nos preceitos de Guilherme de Souza Nucci[3], é necessário que o acusado, além de atribuir a conduta delituosa a outra pessoa, deve admitir também ter ele participado do ato, caso contrário não se configura.

Destarte, pode-se dizer que a delação premiada não é bem vista por ser considerada imoral, aética, além de ser severamente criticada. Juliana Conter Pereira Kobren[4] completa a crítica ao afirmar que sua natureza é prova anômala e que, apesar de admissível no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à sua força condenatória, predomina enorme divergência na doutrina e na jurisprudência concernente à violação ou não do princípio do contraditório.

Para alguns autores, dar valor probatório à delação implica uma violação ao princípio fundamental constitucional da presunção de inocência, além do próprio contraditório. Deveria, para estes, caso fosse empregada como meio de prova, gerar a nulidade do processo. Um exemplo que pode ser citado pelos defensores dessa posição é a absolvição do tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, pela 8ª Turma do

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 392.

[4] KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. Jus Navigandi, 15 de março de 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8105. Acesso em: 6 jun. 2018.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região[5], por considerar insuficientes as provas obtidas com as delações.

Em síntese, o objeto de estudo que se propõe este trabalho é realizar uma profunda análise acerca do instituto da delação premiada como meio de prova no processo penal, sua admissibilidade e as consequências para a persecução penal.

A análise que se pretende fazer tem como finalidade o esclarecimento das possibilidades para a aplicação do instituto, os requisitos de admissibilidade da delação premiada sob o aspecto probatório, usando como referência o Direito e, ao mesmo tempo, a determinação dos resultados benéficos às partes no processo.

Diante dessa problemática, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será abordado os meios de provas, junto da análise dos princípios que nele estão abarcados, os princípios que norteiam a prova no Processo Penal, como o princípio da autorresponsabilidade das partes, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão, da oralidade, da concentração, da publicidade e do livre convencimento motivado. As provas ilícitas e o sistema de avaliação da prova pelo juiz também serão analisados.

No segundo capítulo, será abordado o instituto da delação premiada, sua origem no ordenamento jurídico do Brasil e sua aplicabilidade no direito brasileiro. A análise realizada no segundo capítulo será quanto ao estudo concreto do modo de funcionamento e aplicação do instituto, bem como suas peculiaridades.

[5] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal. ACR 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. 8ª Turma. Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 27 de junho de 2017. Juntado aos autos em 03/07/2017. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=414992013674800310427320419 17&evento=5027&key=b7bb643c6934155ecfb72814254f841e02a43a560fdde17ea26ee06094efc26a&hash=1255e53ce591bf606950d00d1927f52f. Acesso em: 6 jun. 2018.

Por fim, no terceiro capítulo será examinado mais a fundo a utilização da delação premiada como meio de prova no processo penal, sua admissibilidade e as consequências para a persecução penal, bem como as críticas feitas pelos juristas à delação premida.

1 MEIOS DE PROVA

A palavra "prova" tem origem do latim *probatio*, o qual deriva do verbo *probare*, que tem o significado de provar, verificar, examinar, persuadir, demonstrar.[6] De forma geral, significa tudo que leva alguém ao conhecimento de um fato ou evento, estabelecendo a existência da verdade.[7]

No processo penal, provar é produzir um estado de certeza na consciência do magistrado para sua convicção a respeito da existência ou inexistência acerca da verdade de uma situação controversa.[8] Portanto, objeto de prova são os fatos que possuem relevância dentro do processo, os quais podem auxiliar no deslinde da lide, ficando excluídos os fatos irrelevantes, assim chamados aqueles que dispensam a produção probatória, por serem de conhecimento de todos ou por possuírem presunção legal de veracidade.[9]

O instituto das provas, no Direito processual penal brasileiro, é o mecanismo ou meio através do qual se realiza a reconstrução fática, sendo o processo penal a reconstrução aproximativa de um determinado fato real e documentado, um

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

[7] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

[8] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

[9] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 602.

instrumento de retrospecção segundo Aury Lopes Júnior.[10] O ato de provar constitui estabelecer a existência da verdade e, como ônus processual, as partes, valendo-se em benefício próprio, pretendendo dar ao juiz elementos capazes de formar seu convencimento.[11]

A prova tem como finalidade influenciar o julgador, sendo o meio pelo qual se procura estabelecer a verdade, proporcionando-lhe o conhecimento do fato por meio de sua reconstrução acerca dos fatos litigados. O ato de provar é um meio instrumental, processo pelo qual se averigua a exatidão dos fatos, que as partes utilizam para comprovar os fatos alegados. Nesse sentido:

> A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencido-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão.[12]

No processo penal, a importância da prova se dá porque é o meio que as partes buscam comprovar, para o convencimento do juiz, que a sua verdade é a que corresponde à realidade.[13] Sendo assim, a prova é um instrumento jurídico cujas partes conseguem demonstrar os fatos que elas desejam provar como verdadeiros, servindo para a formação da convicção do magistrado no processo.

Para Eduardo Cambi, a prova pode ser entendida de três maneiras: como atividade, meio e resultado:

---

[10] LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[11] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

[12] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 336.

[13] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 596.

> Como "atividade", a prova é instrução/conjunto de atos, realizados pelas partes e juiz, a fim de reconstruir os fatos suporte das pretensões e da própria decisão. O conjunto de atos – em sua ampla maioria previstos em lei – denomina-se procedimento probatório. Como "meio", a prova é vista como instrumento em que as informações acerca dos fatos são introduzidas. Visam, desta forma, a formação do convencimento do juiz sobre a existência ou não dos fatos deduzidos ou objeto de investigação. E, por fim, como "resultado", prova equivale a êxito ou valoração, consubstanciado na convicção do juiz. Vê-se, portanto, que a noção de prova engloba elementos objetivos (atividade e meio) e subjetivos (buscar a verdade ou certa dos fatos deduzidos em juízo).[14]

O termo prova pode ser entendido no âmbito do direito processual penal sob três sentidos, tem-se, em primeiro, a prova como ato de provar pelo qual se verifica a verdade do fato alegado, a exemplo do que se permite produzir em fase probatória. Em segundo, a prova como meio, ou seja, instrumento capaz de comprovar a veracidade de algo, a exemplo da prova testemunhal. E, por último, a prova como resultado da ação de provar, que consiste no produto retirado da análise dos instrumentos de prova oferecidos, atestando a verdade de um fato.[15]

Os meios de prova podem ser conceituados como todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para obter a verdade sobre determinado fato dentro do

[14] CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48. *apud* GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. Poderes instrutórios do juiz à luz da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. *In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. (coords.). Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos. Curitiba: Clássica, 2013. p. 86.

[15] CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48. *apud* GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. Poderes instrutórios do juiz à luz da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. *In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. (coords.). Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos. Curitiba: Clássica, 2013. p. 86.

processo. É o modo pelo qual se leva ao juízo elementos acerca da verdade dos fatos, com a finalidade de produzir a certeza necessária para a sua convicção.[16]

Dessa forma, os meios de prova são os instrumentos com que a parte se utiliza para comprovar a existência ou não do fato que é objeto de prova, como, por exemplo, os depoimentos, perícias, reconhecimentos, dentre outros.[17] Nesse sentido, vigora, no processo penal brasileiro, o princípio da verdade real: os meios de prova são revestidos de ampla liberdade.[18]

Nessa linha de raciocínio, descreve Júlio Fabbrini Mirabete:

> Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime.[19]

Assim sendo, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal[20] são exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas. São, por conseguinte, admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas que não se encontram previstas expressamente na legislação.[21]

Por outro lado, ressalta-se que o princípio da liberdade probatória não é absoluto. Em alguns casos, é exigido pela lei uma forma única para provar

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

[17] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 252.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 55-57.

[19] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 252.

[20] BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[21] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 253.

determinado fato.[22] No Código de Processo Penal, vislumbram-se limitações ao princípio da liberdade na produção de prova, não só pelo princípio que veda provas ilícitas, mas pela própria legislação que apresenta formalidade legal necessária para certas situações, exigências que limitam o alcance da liberdade dos meios de prova.[23]

Ensina Guilherme de Souza Nucci, utilizando-se do entendimento da doutrinadora Ada Pellegrine Grinover, que:

> Os meios de prova podem ser lícitos - que são admitidos pelo ordenamento jurídico - ou ilícitos - contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.[24]

Desse modo, mesmo que alguns meios de prova estejam previstos em lei, estes não são taxativos, visto que, se houvesse restrição quanto aos meios de prova, haveria limitação na busca pela verdade dos fatos, o que não corresponde com o objetivo do processo penal. Portanto, buscando obter a verdade real sobre os fatos, o legislador concedeu liberdade às partes no tocante à produção de provas, tendo limitado essa liberdade quanto à atividade probatória, em relação àqueles meios que violam o ordenamento jurídico, ou seja, os meios ilícitos.[25] Assim, os meios de prova são livres, de escolha das partes, desde que sejam as provas produzidas em observância às regras e aos princípios.

---

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

[23] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403-404.

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 337.

[25] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 36-37.

1.1 Princípios

A Constituição Federal de 1988[26], bem como outros regramentos infraconstitucionais, adotaram princípios que regem a produção de provas. No sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer que "os princípios por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo".[27]

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988[28], em seu artigo 5º, foram consolidados os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão na forma de cláusula pétrea, de modo a resguardar e proteger o indivíduo do poder do Estado.[29]

Os princípios que regulam a prova no processo penal podem ser definidos como critérios legais direcionados a demonstrar a existência de um fato perturbador ou violador de direito. Nos preceitua Silva: "Os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas" [30], ou seja, os princípios podem ser gerais, norteando todo o ordenamento jurídico, e específicos, norteando determinado ramo do Direito.

---

[26] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014. p. 395.

[28] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[29] MARIOTTI, Alexandre. Princípio do devido processo legal. 2008. 131 f. Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10183/13555. Acesso em: 16 nov. 2018.

[30] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Nesse sentido, os principais princípios que orientam a prova no processo penal são: princípio da autorresponsabilidade das partes; da audiência contraditória; da aquisição ou comunhão; da oralidade; da concentração; da publicidade e do livre convencimento motivado.

Pelo princípio da autorresponsabilidade das partes, cada parte assume e suporta as consequências de seus atos – negligência, erro, inatividade e intenção –, pois possuem o encargo de apresentar ao juízo os elementos comprobatórios de suas alegações.[31]

O princípio da audiência contraditória, relacionado ao princípio do contraditório, significa que as provas apresentadas em juízo admitem a contraprova, não sendo admissível a produção de uma prova sem o conhecimento da outra parte.[32] Este princípio está correlacionado ao princípio da ampla defesa, a não possibilidade de participação ou ciência para uma das partes se manifestar sobre prova existente gera nulidade do processo.

No que tange ao princípio da aquisição ou comunhão no âmbito penal, a prova produzida pertence a ambas as partes, e o ônus de produzi-la apenas a uma. Dessa forma, toda a prova produzida em sede processual faculta a favor de ambas as partes, bem como da justiça.[33]

Quanto ao princípio da oralidade, devem-se priorizar os atos orais, depoimentos, alegações, havendo a predominância das provas orais sobre as escritas.

[31] ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 32.
[32] ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.
[33] ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

Em decorrência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda produção de provas em audiência, que, por sua vez, representa o princípio da concentração.[34]

Pelo princípio da publicidade, tem-se que os atos judiciais – portanto, a produção de provas – são públicos, salvo as exceções, em razão do segredo de justiça.[35]

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado do juiz acerca da livre apreciação da prova, no qual o juiz não está adstrito a critérios valorativos e sua convicção, é formado por uma apreciação livre, desde que fundamentada.[36]

A Constituição Federal[37] também apresenta outros princípios basilares acerca da produção de provas, sendo os principais: o princípio do contraditório, presunção de não culpabilidade e garantia contra a autoincriminação.

1.2 Provas ilícitas

Fernando Capez considera como provas ilícitas "[...] todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem com aquelas que afrontem princípios constitucionais".[38]

[34] MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261.
[35] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 409.
[36] MIRABETE, Julio Fabbrini. processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.
[37] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.
[38] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 370-371.

Prova proibida e ilegal é aquela que viola norma legal ou constitucional, ou princípio de ordem processual ou material. Portanto, "quando a prova proibida afrontar uma norma de direito material, falamos em 'prova ilícita'".[39]

A Constituição Federal[40] trouxe, em seu artigo 5º, inciso LVI, vedação às provas ilícitas, o qual dispõe que não podem ser admitidas no processo as provas obtidas através de meios ilícitos.[41] Logo, são vedadas em qualquer processo todas as provas cujo alcance, cuja colheita tenha como origem um meio ilícito.[42]

Outrossim, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, tratou do tema, assentando que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".[43]

Consoante ao tema, leciona Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

> Em resumo: por força de preceito constitucional (art. 5º, LVI) e pela lei processual civil (art. 322), aplicada esta supletivamente ao processo penal, são proibidas as provas obtidas contra a lei, as afrontadoras dos costumes, as contrárias à moral e aos bons costumes, bem como as ofensivas a um princípio geral de direito.[44]

---

[39] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50.

[40] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[41] PINTO, Alexandre Guimarães. Os mais importantes princípios que regem o processo penal brasileiro. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/59135. Acesso: 18 nov. 2018.

[42] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

[43] BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[44] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

Os preceitos legais supramencionados asseguram, conjuntamente, a tutelar os direitos e garantias individuais, assim como, igualmente, preservam a própria qualidade do material probatório, produzido e valorado no processo.[45] Portanto, embora a busca da verdade real seja o principal objetivo do processo penal, não se pode sacrificar direitos e garantias constitucionais para que seja alcançada.

No entanto, deve ser lembrado que não existem direitos ou garantias constitucionais absolutas, sendo possível, respeitados certos parâmetros, o desprendimento de um direito legítimo em favor de outro da mesma ou superior relevância.[46]

1.3 Avaliação da prova

Ao final da produção probatória no processo, o magistrado passa, então, à sua avaliação, com base em juízo pessoal, para aplicar o Direito. Cabe ao juiz proferir uma decisão de acordo com o convencimento adquirido através das provas apresentadas pelas partes, decidindo, assim, pela procedência ou improcedência.

Nessa linha de raciocínio, descreve Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha:

> A avaliação da prova é um ato eminentemente pessoal do juiz, somente seu, mediante o qual, examinando, pensando e estimando os elementos oferecidos pelas partes, chega a uma conclusão sobre o alegado.[47]

O Código de Processo Penal, no artigo 155, prevê expressamente como o juiz deve proceder quanto à valoração das provas produzidas no processo. Referido

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 128.

[46] SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11.

[47] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 74.

artigo dispõe que o magistrado deverá fundamentar sua decisão através da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.[48]

O ordenamento jurídico pátrio consagra, majoritariamente, o sistema do livre convencimento motivado ao abordar o tema da valoração das provas. Apesar de o magistrado ser livre para formar seu convencimento, tem o dever de motivar e fundamentar a decisão, exteriorizando os motivos que levaram à sua convicção.[49]

Portanto, no sistema da livre convicção, além do esclarecimento pessoal, o juiz deve desenvolver em sua decisão uma demonstração lógica dos motivos que o levaram a proferir tal deliberação.[50] Nesse sistema, impera o princípio do livre convencimento motivado, o qual equilibra a liberdade de atuação do juiz em face da lei, diminuindo possíveis arbitrariedades e sendo essencial para a livre apreciação das provas.

Ao conceituar o tema, o professor Júlio Fabbrini Mirabete descreve que:

> Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso, se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova.[51]

A elucidação sobre o sistema de avaliação das provas é relevante para discussão da admissibilidade das provas para a condenação penal, pois

[48] BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[49] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 340.

[50] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 79.

[51] MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.

tem relação direta com a evolução intelectual da sociedade e demonstra que, atualmente, a civilização tende a uma análise individual e balanceada de cada caso concreto, contudo ainda atenta à segurança jurídica por meio de um parâmetro comum.

2 A DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Histórico da legislação brasileira acerca da delação premiada

Atualmente, a delação premiada é um fenômeno que cresce cada vez mais diante da necessidade do Estado de conter a criminalidade que, gradativa e implacavelmente, vem adquirindo novas formas delituosas organizadas.[52]

No Brasil, a delação premiada tem sua origem no Direito Penal brasileiro desde a época em que vigorava nas Ordenações Filipinas (1603-1867).[53] Em função de sua ética questionável, deixou de ser regulamentada, voltando somente no ano de 1990, abarcando os chamados crimes hediondos na Lei nº 8.072/90 (Lei de Crime Hediondos).[54] Assim, destaca o Professor Damásio Evangelista de Jesus:

> No Brasil, a delação premiada teve sua origem nas Ordenações Filipinas, que esteve em vigência de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. A parte criminal do Código Filipino constava no Livro V, Título CXVI, que tratava da delação premiada, sob o título "Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão", que concedia o perdão aos criminosos delatores e tinha abrangência, inclusive, por premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador

[52] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 86.

[53] PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. Delação penal premial. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992.

[54] BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei de crime hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

> incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.[55]

Além da citada lei, o ordenamento compreende o instituto da delação premiada em normas dispersas, como a dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86)[56], Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90)[57], na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/12)[58], entre outras.

Contudo, um procedimento mais completo em relação ao mencionado instituto foi definido na Lei de Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)[59], que rege sobre o crime contra organizações criminosas. A lei prevê ao colaborador o benefício do perdão judicial, redução da pena ou a até mesmo a substituição desta por penas restritivas de direitos, a depender do quanto, efetivamente, sua colaboração auxiliou na investigação e no próprio processo criminal.[60]

Além disso, ela prevê a colaboração premiada como um dos meios de obtenção de prova, deixando uma seção inteira para regulamentá-la. Assegura o § 16º do artigo 4º que "nenhuma sentença condenatória será proferida com

[55] JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. *In*: Revista do Tribunal Regional Federal: 3 Região, n. 81, p. 21, jan./fev. 2007.

[56] BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de julho de 1986. Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso. Em: 10 jan. 2019.

[57] BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Lei de crimes contra a ordem tributária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[58] BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Lei de combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[59] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[60] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 85.

fundamento apenas nas declarações de agente colaborador"[61], uma regra de valoração sobre as declarações do delator como meio de prova.

Por fim, vemos que a delação premiada faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, e são várias as leis que tratam do tema. Contudo, para o seu estudo aplicado, devemos entender seu conceito, e a análise do instituto da delação premiada com o conjunto probatório se faz necessária.

2.2 Conceito de delação premiada

Advindo do latim, o termo *delatione* significa "denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como autor de crime ou delito; deixar perceber, denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se".[62] Vale ressaltar que, a expressão "delação premiada" não se encontra na legislação pátria, sendo referida nas diversas leis que a disciplinam como "colaboração espontânea".[63]

No Brasil, alguns autores diferenciam "delação premiada" de "colaboração premiada", considerando-as institutos diversos. Aqueles que sustentam essa distinção entendem que o termo "delação premiada" é a mera denúncia dos coautores do crime, enquanto a "colaboração premiada" está relacionada a uma participação mais efetiva junto às autoridades, apontado os líderes da organização criminosa e revelando seu sistema, sem, necessariamente, incriminar terceiros.[64]

[61] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[62] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

[63] GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006. cit., p. 99.

[64] POLÍCIA JUDICIÁRIA. Organizadores Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isías Santos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 482.

Contudo, a corrente majoritária entende essas denominações como sinônimos, frutos de uma política legislativa para amenizar o termo "delator".[65] [66]

Nessa linha, descreve Renato Lima:

> Nesse ponto, a Lei nº 12.850/13 faz clara opção pela utilização da expressão "colaboração premiada". Ao invés de fazer referência à expressão "delação premiada", o legislador optou por fazer menção a essa importante técnica especial de investigação com o *nomen iuris* de "colaboração premiada", quer no art. 3º, I, quer na Seção I do Capítulo II, que abrange os arts. 4º, 5º, 6º e 7º.[67]

Existem argumentos positivos e negativos acerca da aplicação do instituto da delação premiada ou colaboração premiada, trazendo questões éticas e morais como óbices insuperáveis para o Estado atuar mediante essa técnica investigativa na persecução penal. Porém, trata-se de um instituto de grande importância no combate à criminalidade que encontra respaldo normativo e consiste em norma favorável ao acusado, portanto, deve ser aplicada quando presentes os requisitos legais.[68]

A delação premiada é uma técnica de investigação que consiste na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento de um fato criminoso. Para Cézar Roberto Bittencourt, a delação nada mais seria que um redutor de pena para o acusado que delatar seus comparsas de crime.[69] Nucci entende que a delação seria um mal necessário "pois trata-se da

[65] MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
[66] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 521.
[67] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 522.
[68] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 522.
[69] BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 704.

forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade".[70]

O termo delação premiada para Aranha trata-se da "afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa".[71] Pacheco Filho e Thums entendem que a delação premiada "ocorre quando o indiciado, espontaneamente, revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de um dos seus integrantes".[72]

Conceitua Nucci que a colaboração premiada:

> [...] significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o 'dedurismo' oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.[73]

Nas palavras de Lima, a colaboração premiada pode ser conceituada como:

---

[70] NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 778.

[71] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 128.

[72] PACHECO FILHO, Vilmar Velho; THUMS, Gilberto. Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155.

[73] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 716.

> [...] uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.[74]

Assim, o instituto da delação premiada é uma hipótese de justiça negociada onde o Estado prevê um acordo na busca da verdade real, resultando em um benefício ao delator. O benefício dependerá do valor das informações prestadas, assim como da comprovação da veracidade delas. Quanto mais útil e relevante a delação for para as investigações, maiores as chances de o delator receber perdão judicial no processo em que está colaborando ou até mesmo não ser denunciado pelos crimes conexos à sua delação.[75]

Com o avanço das organizações criminosas, o instituto da delação premiada é de extrema importância para a obtenção da verdade, sendo um instrumento valioso para o alcance desse propósito. A delação premiada pode ser feita tanto em fase de investigação quanto no curso do processo penal, consistindo em meio de prova através do qual o investigado contribui com as investigações em troca de privilégios previstos em lei, confessando os crimes e declarando às autoridades a atuação dos demais envolvidos.[76]

2.3 DELAÇÃO PREMIADA COMO MÉTODO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

[74] LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 613.

[75] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 85.

[76] SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

A delação premiada surgiu diante da ineficiência do Estado na desconstituição das chamadas organizações criminosas. A Lei nº 12.850, em seu § 1º do artigo 1º define organização criminosa como:

> [...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[77]

Em determinados tipos de crimes, não há testemunhas presenciais, e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos. Por isso, a delação premiada surge como instrumento eficaz dessas novas formas de criminalidade, buscando permitir uma persecução penal eficiente e, sobretudo, melhorar a qualidade do material probatório produzido.[78]

O uso do instituto da delação premiada frente às organizações criminosas é de grande importância para o Estado. Quanto às medidas de combate ao crime organizado, Mendroni descreve que:

> As medidas de combate ao crime organizado, em qualquer país, devem ser fortes, enérgicas, na exata medida da sua necessidade, na medida da prevenção e da repressão requeridas pela própria sociedade na recuperação da ordem pública, nem mais, nem menor, já que as organizações criminosas são realidades existentes e infiltradas em vários

[77] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

[78] MENDONÇA. Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). A revista eletrônica do Ministério Público Federal. Custos Legis, v. 4, p. 2. 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

> setores da vida cotidiana, com alto potencial destrutivo e desestabilizador, não havendo mais espaço para aqueles discursos, no mais das vezes demagógicos, realçados, derivados e trazidos a reboque das expressões de "estigmatização do investigado/acusado", "garantismo" ou "aplicação de direito penal mínimo" etc. Devem ser decorrentes de uma específica criação legislativa derivada de firme vontade política no sentido de promover eficiente defesa nacional.[79]

Diante das peculiaridades e estruturas que as organizações criminosas apresentam, com as inovações tecnológicas e as características peculiares apresentadas no plano jurídico penal, é evidente a dificuldade do Estado em desmantelar essas organizações. Para tanto, o Estado deve apresentar soluções eficazes que viabilizem o combate ao crime organizado para o controle da atividade criminosa, necessárias mudanças não apenas na forma de investigação, mas também na maneira de julgar e analisar a prova produzida.[80]

Isto posto, a superação dos meios tradicionais de produção e valoração da prova é necessária, uma vez que os métodos comuns já não se mostram suficientes e eficazes para o combate à nova realidade criminosa. Nesse sentido, Mendonça aponta que a colaboração premiada é um:

> [...] instrumento essencial para que se possa ter uma persecução penal eficiente em relação ao crime organizado e a delitos conexos, de difícil comprovação. [...] inclusive, pode-se afirmar que há uma tendência internacional em se reconhecer que, para enfrentamento da criminalidade organizada, em razão de suas características, necessita de meios excepcionais de investigação, diante da insuficiência dos métodos tradicionais.[81]

---

[79] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

[80] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 532.

[81] MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In*: SALGADO, D. de R.;

Diante disso, apesar de a delação premiada não estar prevista entre as demais provas expressas no Código de Processo Penal[82], esta deve ser reconhecida como tal, por servir de instrumento para a formação do convencimento do juiz, onde o delator, além de confessar seu envolvimento, expõe as pessoas envolvidas na infração.

3 A DELAÇÃO PREMIADA E A SUA VALORAÇÃO DIANTE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 A valoração da delação premiada como um meio de prova

A delação premiada, considerando a sua natureza jurídica de meio de prova, possui a finalidade de demonstrar a verdade de uma afirmação ou de um fato. Pretende formar a convicção do magistrado, para que se alcance um provimento jurisdicional adequado.[83]

O instituto da delação premiada é um negócio jurídico processual, tendo em vista que é qualificada como meio de obtenção de prova, e seu objeto é a cooperação do imputado com o intuito de propiciar e auxiliar a reunião de material probatório no processo penal.[84] Para sua total eficácia, é necessária uma investigação criminal,

QUEIROZ, R. P. de (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 232.

[82] BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

[83] SILVA, Fernando Muniz. A delação premiada no direito brasileiro: plea agrément in Brazil law. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/45259. Acesso em: 22 mar. 2019.

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 127483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em: 23 mar. 2019.

com o objetivo de alcançar a reconstrução dos fatos narrados pelo delator, pois não pode ser tratada como prova indiscutível.[85]

Os meios de obtenção de prova consistem em instrumentos utilizados com o objetivo de identificar elementos com força probante, não possuem caráter probatório, não são considerados prova no processo penal, enquanto as provas compreendem como fonte de conhecimento.[86] Portanto, podemos concluir que a delação premiada se trata de um instrumento de ajuda à investigação, um estímulo à verdade processual, que somente se mostrará hábil à formação do convencimento judicial se vier a ser corroborada por outros meios idôneos de prova.

Logo, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a delação premiada poderá ser apreciada como prova, quando analisada ante o estudo do contraditório, e comprovada com outros meios de prova, sendo instrumento pelo qual o juiz formará sua convicção.

Para o reconhecimento da delação premiada, Gustavo Badaró dispõe sobre três requisitos:

> Para ser considerada, a delação deve ter três requisitos: (1) o corréu que fez a delação tenha confessado sua participação no crime; (2) a delação encontre amparo em outros elementos de prova existentes nos autos; (3) no caso de delação extrajudicial, que tenha sido confirmada em juízo. Sem estes requisitos e sem que tenha sido respeitado o contraditório, com possibilidade de reperguntas pelas partes, a delação não tem qualquer valor, sendo um ato destituído de eficácia jurídica.[87]

[85] ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policiacolaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado. Acesso em: 23 mar. 2019.

[86] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 270.

[87] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 315.

Da mesma forma, a delação somente é eficaz quando o delator confessar a autoria, porque, se conceder a um terceiro, estará absolvido e não terá valor de prova sua alegação. Para Aranha[88] e Fernando Capez[89], "delação e o chamamento de corréu são sinônimos, consistindo na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, atribui a um terceiro, igualmente, a participação como seu comparsa".

No tocante à natureza jurídica da delação premiada, a corrente majoritária sustenta a carência de analogia com qualquer prova nominada, definindo-a como prova anômala ou prova inominada, visto que seus efeitos alcançam não só o delator como terceiro na ação penal, violando o princípio do contraditório, e porque ao delator é garantido o princípio de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, o delator não presta o compromisso de falar a verdade.[90]

Em virtude disso, remanescem conflitos doutrinários e jurisprudenciais acerca da sua valoração como prova. Alguns doutrinadores atribuem força incriminadora à delação, aceitando sua valoração como meio de prova, devendo ser usada dentro de um amplo conjunto probatório[91], enquanto outros não. Enrico Altavilla é um dos que corrobora a força incriminadora da delação premiada, desde que os apontamentos demonstrem uma concordância a ponto de admitir a veracidade da acusação. E acrescenta:

> A acusação do corréu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa.

[88] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[89] CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[90] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 128-129.

[91] PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista dos Tribunais. v. 879, ano 98, p. 475-498, 2009.

> Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.[92]

Ao contrário, Mittermaier é a favor da doutrina que nega a valoração como prova ao instituto da delação premiada, afirmando que:

> O depoimento do cúmplice apresenta graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.[93]

Diante do exposto, a delação necessita de certo cuidado ao ser associada como prova de força condenatória, sendo que é elemento essencial para a formação do livre convencimento do magistrado, se analisada em conjunto com todos os demais meios de prova.[94]

Nosso ordenamento jurídico é regido pelo princípio da livre convicção motivada, que dispõe sobre o livre convencimento motivado, e a liberdade do juiz para formar sua convicção, significa que qualquer prova poderia ser suficiente para condenação desde que assim entendesse e fundamentasse o magistrado.[95] Nessa

---

[92] ALTAVILLA. *apud* ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129.

[93] MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Tradução de Hebert Wuntzel Heinrich. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996. p. 195.

[94] GREGHI, Fabiana. A delação premiada no combate ao crime organizado. Revista de Direito Público. Londrina, 2007, p. 11. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11350/10169. Acesso em: 23 mar. 2019.

[95] MIRABETE, Julio Fabbrini. processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.



linha de pensamento, até mesmo a delação premiada desprovida de qualquer outra prova poderia ser suficiente para condenação.

Deve ser feita uma análise acerca desse princípio. A lei não estabelece valor às provas nem hierarquia entre elas, cabendo ao julgador o estudo da valoração probatória na delação premiada. Sobre o tema:

> O sistema da livre convicção não estabelece valor entre as provas, pois nenhuma prova tem mais valor do que a outra nem é estabelecida uma hierarquia entre elas [...] a confissão do acusado deixa de constituir prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Porém, o juiz está obrigado a motivar sua decisão diante dos meios de prova constantes nos autos. Não há possibilidade de o juiz decidir de acordo com provas que não constam nos autos do processo, pois as partes têm o direito subjetivo constitucional de conhecer as razões de decidir do magistrado para, se assim entenderem, exercer o direito de duplo grau de jurisdição.[96]

A Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)[97], no § 16 do art. 4º, tem o entendimento expresso quanto ao valor probatório da delação premiada, partindo do princípio de que é um meio de obtenção de prova, devendo estar acompanhada de elementos de provas que corroborem com os rumos que a delação seguir.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR, sob relatoria do ministro Dias Toffoli, firmou entendimento no sentido de que:

> No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria

[96] RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 465.

[97] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

> meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei nº 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador.[98]

Desse modo, constata-se que apenas as partes da delação que forem corroboradas por outras provas poderão ser utilizadas pelo juiz para justificar o seu convencimento. A delação do corréu não pode ser a base na condenação de outrem, não é possível o juiz proferir sentença condenatória apenas com as informações contidas na delação premiada, devendo ser analisado todo o conjunto probatório em conjunto com o que foi declarado pelo delator.[99]

3.2 Vantagens e desvantagens da delação premiada

Como evidenciado ao longo do presente trabalho, a delação premiada atualmente é muito discutida. Há quem entenda que a delação premiada é desnecessária dentro do ordenamento jurídico, que não possui força condenatória; já outros entendem que a delação premiada se configura como um grande mal, porém necessário, pois tutela o maior bem, que é o Estado Democrático de Direito.

Há divergência quanto à eficácia da delação premiada como meio de obtenção de prova. As críticas residem no argumento de que o instituto ofende os princípios constitucionais e que, pelo fato de o delator receber benefícios em troca de

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 127483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em: 23 mar. 2019.

[99] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 186.

informações, poderia prestar falsas informações apenas com a intenção de obter os benefícios, sem ter interesse em contribuir para as investigações.[100]

Afirmam, ainda, que o instituto da delação premiada é inconstitucional por ofender o princípio do contraditório, em razão do acordo ser sigiloso, e o princípio da isonomia e proporcionalidade, pois tanto o delator quanto o coautor praticaram o mesmo delito, porém, em virtude da delação, recebem tratamento penal diverso.[101]

Os posicionamentos favoráveis à utilização da delação norteiam-se no sentido da limitação do Estado em combater o crime organizado; acreditam que os efeitos benéficos do instituto alcançam tanto o acusado quanto à sociedade. Corrobora com esse pensamento Cerqueira:

> Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo no interesse superior da coletividade.[102]

A delação é vista como um aperfeiçoamento das técnicas investigativas que o Estado possui para alcançar a verdade processual. Tais investigações lidam com um sistema extremamente complexo, que é o das organizações criminosas, envolvendo interesses pessoais, silêncio por parte de vítimas e coautores. A aproximação do Estado à verdade real é um dos argumentos usados pelos defensores do instituto.

O juiz Sérgio Moro leciona que:

> [...] mesmo vista com reservas, não se pode descartar o valor probatório da colaboração premiada. É instrumento de

[100] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p.102.
[101] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 51-52.
[102] CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. Delação Premiada. Revista Jurídica Consulex. 2005. p. 25.

> investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos, como crimes de colarinho branco ou praticados por grupos criminosos, devendo apenas serem observadas regras para a sua utilização, como a exigência de prova de corroboração. Sem o recurso à colaboração premiada, vários crimes complexos permaneceriam sem elucidação e prova possível.[103]

Assim, apesar de existirem críticas à utilização da delação premiada, tal instituto se mostra eficiente na persecução penal decorrentes de infrações penais cometidas por organizações criminosas, pois, através da delação do agente, é possível tomar conhecimento de informações e provas que não poderiam ser obtidas pelos meios comuns de investigação.

3.3 Alguns apontamentos do STF sobre a delação premiada

Não há como negar o fato de que a delação premiada é uma importante técnica de investigação criminal, sendo utilizada principalmente no combate ao crime organizado, expondo e desvendando todo o sistema das complexas organizações criminosas. A delação tem se tornado o instrumento adequado para se chegar de forma mais eficiente e com mais eficácia à apuração dos delitos.

O instituto da delação premiada, como elemento único de prova acusatória, não pode servir de base a uma condenação, pois violaria o princípio constitucional do contraditório.[104] Conforme previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal[105], a instrução criminal será feita sob o viés do contraditório.

---

[103] PARANÁ. Justiça Federal. Ação Penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. 13ª Vara Federal de Curitiba. Relator: Sérgio Fernando Moro, 20 de julho de 2015. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701437392089765440050000000001&evento=811&key=0f724d0048f1a2a0ad03c4ffd570860f1e60064e78fb98683e2584beb40b3ce4&hash=3f43da277ec0429e04e5cca8a65a4498. Acesso em: 4 abr. 2019.

[104] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 131.

No Brasil, não é possível a condenação com base apenas nas palavras do delator, nos termos do § 16º do artigo 4º que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".[106] Nesse sentido é o entendimento da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. [...] 6. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita - antes ou depois da Lei 12.850/2013 -, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. Na espécie, as provas documentais, testemunhais e perícias produzidas, além corroborarem as declarações dos colaboradores, comprovaram a autoria e o dolo para além de dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), inexistentes causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade. Condenação, em concurso material, da corrupção passiva com a lavagem de capitais. 7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara

[105] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

[106] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

> dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013. 8. Suspensão dos direitos políticos do condenado quando do trânsito em julgado da condenação (art. 15, III, da CF).[107]

Da mesma maneira entende o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, destacando que a delação premiada não pode ser utilizada para fundamentar uma sentença condenatória, sendo que as informações prestadas pelo agente devem ser corroboradas por outros elementos de prova, analisemos:

> INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. [...] 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. [...] 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Ação Penal. AP 694. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 2 de maio de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194. Acesso em: 12 abr. 2019.

> Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012.[108]

Do mesmo modo é o entendimento do Ministro Jorge Mussi, do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES, CORRUPÇÃO ATIVA, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA FORMULADO POR CORRÉU. IMPUGNAÇÃO DO AJUSTE POR TERCEIRO DELATADO. ILEGITIMIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO PERSONALÍSSIMO. POSSIBILIDADE DE O DELATADO CONTRADITAR EM JUÍZO O TEOR DAS DECLARAÇÕES DO DELATOR E DE QUESTIONAR AS MEDIDAS RESTRITIVAS ADOTADAS EM SEU DESFAVOR COM BASE NOS ALUDIDOS DEPOIMENTOS. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. A delação premiada constitui um meio de prova que, a depender do resultado, pode produzir elementos de convicção, que, contudo, devem ser ratificados no curso da instrução processual a fim de que sejam utilizados pelo juiz para formar sua convicção sobre o mérito da acusação. 2. O acordo de colaboração, por si só, não atinge a esfera jurídica do delatado, uma vez que apenas as imputações contra ele feitas, caso comprovadas, é que podem ser usadas em seu desfavor, o que pode ocorrer independentemente de ser formalizado ou não um acordo com o delator. 3. Firmou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a delação premiada constitui negócio jurídico personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não possuem

[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Inquérito. Inq 3982. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 7 de março de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12997368. Acesso em: 15 de abr. 2019.

> legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. [...].[109]

Em razão da possibilidade de as informações prestadas serem falsas, o legislador elaborou medidas para evitar a condenação de pessoas inocentes, dentre elas o dever do colaborador em dizer a verdade, sob pena de cometer o crime de falsa colaboração, previsto no artigo 19 da Lei nº 12.850/2013.[110] Assim, o contrato de colaboração premiada será rescindido, e o colaborador perderá o direito a qualquer benefício.[111]

Não há que se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade ou isonomia, uma vez que os prêmios legais são concedidos como uma contraprestação ao auxílio prestado pelo agente, sempre em observância aos resultados obtidos e as circunstâncias pessoais do delator.[112] O Supremo Tribunal Federal já dissipou qualquer dúvida acerca da constitucionalidade do instituto da delação premiada no julgamento do HC 90.321/SP, em que consta da ementa que:

> Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de coautores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada.[113]

---

[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). RHC 43.776/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72448925&num_registro=201304132087&data=20170920&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2019.

[110] BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

[111] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 130.

[112] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 103.

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Habeas Corpus. HC 90321/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 2 de setembro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473. Acesso em: 12 de abr. 2019.

No julgamento do HC 90.688/PR, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, considerou a delação premiada como:

> Um meio de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada. [...] É um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados, como a Itália, e temos aplicado aqui no Brasil, e nos Estados Unidos também, claro, é o *plea bargain*, conhecido esse instituto internacionalmente no direito comparado.[114]

Destarte, de acordo com o entendimento da Suprema Corte e dos tribunais superiores, apesar de existirem críticas à utilização da delação premiada, o instituto mostra-se um instrumento eficaz como meio probante, desde que as informações prestadas pelo agente sejam corroboradas por outros elementos probatórios aptos a garantir a legalidade na persecução penal.[115]

Assim, a delação premiada constitui um importante meio de obtenção de prova na persecução penal e no combate às organizações criminosas, uma vez que os meios tradicionais de obtenção de prova não são eficazes para a desestruturação da criminalidade organizada,

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a eficácia da delação premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado, em especial a partir das disposições trazidas na Lei nº 12.850/2013, que definiu

[114] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 90688/PR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331. Acesso em: 12 de abr. 2019.

[115] FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 108.

organização criminosa e regulamentou os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal.

Este trabalho teve como problema de pesquisa responder o seguinte questionamento: a delação premiada pode ser utilizada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado? Em caso positivo, esse instituto é um instrumento eficaz?

Foi necessário primeiro compreender a importância das provas no Direito Processual Penal, o que pode ser considerado como objeto de prova e os meios de prova utilizados no processo criminal. Essa análise foi crucial para atingir o intuito do presente trabalho. Por meio desse estudo, foi possível observar os princípios que norteiam a prova no Processo Penal.

Posteriormente, o objeto de estudo se deu acerca do instituto da delação premiada, sua origem no ordenamento jurídico em relação ao histórico das legislações brasileiras, bem como a evolução que a criminalidade organizada apresentou, chegando, assim, à edição da Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013), que apresentou um conceito de organização criminosa e definiu os meios especiais de obtenção de prova.

Por fim, o presente trabalho se dedicou à analise de um dos meios de obtenção de prova previstos na Lei nº 12.850/2013, a delação premiada, apresentando a previsão normativa de tal ferramenta dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a partir da análise do instituto da delação premiada, este trabalho buscou explicar o valor probatório que a delação do acusado apresenta, chegando ao ponto principal do presente trabalho, abordando a eficácia da

colaboração premiada como meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado.

Diante do avanço das organizações criminosas, apresentando cada vez mais características que dificultam o trabalho dos órgãos envolvidos na persecução penal, surgiu a delação premiada. Apesar de não enumerada entre as previstas no Código de Processo Penal, foi trazida pelas legislações correlatas, visando maior eficácia na obtenção de provas para a investigação ou processo criminal.

Ainda assim, existem críticas quanto à eficácia da delação premiada como meio de obtenção de prova, visto que o delator poderia prestar informações inverídicas, apenas com o objetivo de ser beneficiado com os prêmios legais, sem possuir interesse em contribuir na investigação criminal.

Todavia, importante ressaltar que o acordo de delação premiada tem natureza de contraprestação, ou seja, os benefícios somente serão concedidos ao agente se as informações prestadas forem capazes de gerar os resultados definidos na Lei nº 12.850/2013, ficando claro que o acusado que fornecer informações falsas não fará jus aos benefícios.

Considerando as peculiaridades do crime organizado, os institutos de delação premiada e colaboração premiada são meios eficazes de provas, uma vez que se valem de informações privilegiadas, disponibilizadas por membros da própria organização criminosa, as quais muito dificilmente seriam alcançadas pelos meios tradicionais de investigação.

Ademais, conforme consta do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a delação premiada consiste em um meio de obtenção de prova, sendo que sua eficácia resta comprovada, uma vez

que os benefícios apenas serão concedidos se a veracidade das informações prestadas pelo delator for corroborada por outros elementos de prova, não sendo possível uma condenação com base, exclusivamente, nas declarações do delator.

Dessa maneira, conclui-se que a delação premiada é um importante meio de obtenção de prova no combate ao crime organizado, demonstrando sua eficácia no momento em que permite às autoridades competentes o acesso a informações que não seriam possíveis com uma investigação criminal tradicional.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policiacolaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado. Acesso em: 23 mar. 2019.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. Processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Lei de combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 3 de agosto de 2013. Lei de crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de julho de 1986. Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso. Em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei de crime hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Lei de crimes contra a ordem tributária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). RHC 43.776/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72448925&num_registro=201304132087&data=20170920&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Ação Penal. AP 694. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 2 de maio de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1ª Turma). Habeas Corpus. HC 90688/PR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331. Acesso em: 12 de abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Habeas Corpus. HC 90321/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 2 de setembro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550473. Acesso em: 12 de abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Inquérito. Inq 3982. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 7 de março de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12997368. Acesso em: 15 de abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. HC 127483/PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666. Acesso em: 23 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. Delação Premiada. Revista Jurídica Consulex. 2005.

CIOCCARI, Deysu. Operação lava jato: escândalo, agendamento e enquadramento. Comunicação e mercado. Centro Universitário da Grande Dourados, v. 4, n. 9, p. 74-80. 2015. Disponível em: http://www.unigran.br/mercado/paginas/arquivos/edicoes/9/6.pdf. Acesso em 16 nov. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GREGHI, Fabiana. A delação premiada no combate ao crime organizado. Revista de Direito Público. Londrina, 2007, p. 11. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11350/10169. Acesso em: 23 mar. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006. cit.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. Poderes instrutórios do juiz à luz da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça. *In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. (coords.). Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos. Curitiba: Clássica, 2013.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro. *In*: Revista do Tribunal Regional Federal: 3 Região, n. 81, p. 21, jan./fev. 2007.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. Jus Navigandi, 15 de março de 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8105. Acesso em: 6 jun. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARIOTTI, Alexandre. Princípio do devido processo legal. 2008. 131 f. Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: http://hdl.handle.net/10183/13555. Acesso em: 16 nov. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In*: SALGADO, D. de R.; QUEIROZ, R. P. de (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDONÇA. Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). A revista eletrônica do Ministério Público Federal. Custos Legis, v. 4, p. 2. 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Tradução de Hebert Wuntzel Heinrich. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACHECO FILHO, Vilmar Velho; THUMS, Gilberto. Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. Delação penal premial. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992.

PARANÁ. Justiça Federal. Ação Penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR. 13ª Vara Federal de Curitiba. Relator: Sérgio Fernando Moro, 20 de julho de 2015. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701437392089765440050000000001&evento=811&key=0f724d0048f1a2a0ad03c4ffd570860f1e60064e78fb98683e2584beb40b3ce4&hash=3f43da277ec0429e04e5cca8a65a4498. Acesso em: 4 abr. 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Revista dos Tribunais. v. 879, ano 98, p. 475-498, 2009.

PINTO, Alexandre Guimarães. Os mais importantes princípios que regem o processo penal brasileiro. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/59135. Acesso: 18 nov. 2018.

POLÍCIA JUDICIÁRIA. Organizadores Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isías Santos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal. ACR 5012331-04.2015.4.04.7000/PR. 8ª Turma. Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 27 de junho de 2017. Juntado aos autos em 03/07/2017. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=414992013674800310427320419 17&evento=5027&key=b7bb643c6934155ecfb72814254f841e02a43a560fdde17ea26ee06094efc26a&hash=1255e53ce591bf606950d00d1927f52f. Acesso em: 6 jun. 2018.

SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Fernando Muniz. A delação premiada no direito brasileiro: plea agrément in Brazil law. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/45259. Acesso em: 22 mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

.

Ciências
Criminais

ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO CRIME DE FURTO – À LUZ DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO PENAL

Leonardo De Araújo Alencar

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de analisar, sob uma diferente ótica, o instituto do furto simples, artigo 155 do Código Penal, jungido a importantes reflexões da Criminologia e dos institutos da criminalização. Nessa toada, as reflexões vão além de dissecar as teorias criadas em torno do delinquente e da delinquência. A análise busca alinhavar alternativas relevantes no tratamento do indivíduo que incorre no tipo penal em comento. Não se trata de dar soluções cabais a um processo tão complexo como a criminalização social, contudo pretende-se eleger algumas alternativas de descriminalização e despenalização que possam dar uma resposta diferente do rigor da persecução penal que tem crescido nos ideais da sociedade brasileira. Com o auxílio da Criminologia Crítica e com a análise dos processos de furto simples do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, será possível transpor as fronteiras do campo teórico para materializar graves considerações sobre a política criminal atual e de suas consequências nefastas que se iniciam, frequentemente, com um processo penal constituído para esclarecer um furto de coisa alheia móvel. Assim, entendendo como funciona importantes diretrizes do pensamento criminológico bem como a aplicabilidade do tipo penal na estigmatização dos indivíduos percebe-se que este trabalho anda na contramão da política criminal atual, pois foi constituído por meio de uma crítica à dogmática do Direito Penal e dos falidos institutos dos fins da pena que somente viabilizam a reincidência e a gerência da miséria por meio do Direito Penal.

Palavras-Chave: Direito Penal. Furto simples. Criminologia Crítica. Descriminalização. Despenalização. Criminalização. Co-culpabilidade

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem o propósito de refletir sobre a história e o processo da criminalização e as suas consequências no estudo concreto do furto simples nos processos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Após essa análise de dados processuais e com o auxílio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), será possível fazer graves observações em torno de uma possível descriminalização ou despenalização do furto simples

A importância deste trabalho gira em torno da necessidade de se fazer uma profunda reflexão sobre a atual política criminal brasileira e as teorias criminológicas que a corrobora. No intento de viabilizar essas ponderações, o furto simples tornou-se o centro desta pesquisa, por ser um crime desprovido de violência ou grave ameaça ao indivíduo e que se consuma somente com um prejuízo patrimonial para a vítima.

Ademais, como veremos ao longo da pesquisa, é um crime voltado aos marginalizados pelo sistema penal, trata-se de um tipo penal voltado aos miseráveis. Por isso a importância e a escolha deste tipo penal em específico. Além disso, é analisado em tom crítico a importância que o Estado emprega no momento da criminalização primária e secundária que envolve crimes contra o patrimônio.

Será possível entender com este trabalho que a atuação desigual maciça das instâncias de controle sobre determinados indivíduos apenas os marginalizam e os isolam do convívio da sociedade como uma parte indesejável dela dentro de uma visão maniqueísta de um cidadão "do bem" e um cidadão "do mal".

Não se detendo nestes aspectos iniciais, a mais importante pergunta assenta-se no porquê de se criminalizar determinadas condutas; qual o móvel das instituições oficiais em tentar estancar comportamentos considerados ilícitos comumente praticados por uma classe social mais pobre e que, como veremos, parece fazer parte de um perigoso ciclo discriminatório e político gerido igualmente por uma outra específica classe social.

Neste viés, o primeiro capítulo deste estudo aborda as principais correntes criminológicas que foram criadas no intuito de solucionar seculares questionamentos sobre a delinquência, o delito e o delinquente. A Criminologia surge com um importante papel de entender os mecanismos do crime e o que constitui e contribui para o surgimento do criminoso e os meios de recuperá-lo.

A relevância desse primeiro capítulo está na necessidade de se refletir sobre o momento em que determinados pensamentos criminológicos surgiram e se os postulados, por exemplo, da Defesa Social e da Criminologia Positivista ainda não se perpetuam no pensamento dos sujeitos do processo penal e da sociedade. O intento não é somente de catalogar a história da Criminologia, mas de se criar um campo maior de elucubrações capaz de fazer uma crítica grave ao processo de criminalização, marginalização e estigmatização que o Direito Penal proporciona.

Não obstante os dizeres da doutrina e dos atores do processo penal de que a política criminal deve basear-se no Direito Penal Mínimo, cujo conceito superficial é o de que o Direito Penal apenas deve intervir quando completamente esgotados outros meios de se solucionar determinados problemas sociais, o que se tem na prática é a máxima utilização da instrumentação penal do Estado que recai desigualmente sobre a sociedade. Neste ponto insurge a Criminologia Crítica

denunciando uma aparente igualdade formal de todos perante a lei que somente escamoteia grandes desigualdades entre determinadas classes sociais.

Existem outros mecanismos que o Estado pode se utilizar para que não tenha a atuação das instâncias de controle que terminam por gerenciar a miséria social. Para corroborar com essas afirmativas acima levantadas, o segundo capítulo desta monografia revela o estudo de mais de 70 processos de furto simples que já foram julgados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) dentro de um espectro temporal de 6 meses. Com a análise desses processos, foi possível levantar um conjunto de questões e, de uma certa forma, demonstrar no plano concreto toda a problemática que envolve o tema.

No terceiro capítulo, faz-se uma análise de todos os dados levantados no capítulo anterior além de se projetar possibilidades de uma descriminalização ou despenalização do furto simples seguindo diversos princípios de uma verdadeira política criminal de Direito Penal Mínimo e com fulcro no princípio da co-culpabilidade do Estado como forma de diminuição de pena.

O Direito Penal e a Criminologia durante muito tempo e até os dias de hoje podem ser vistos como instrumentos da ordem vigente agregadora dos privilégios que o sistema econômico capitalista pode lhes proporcionar. A proteção demasiada sobre o bem jurídico patrimônio é clara pelas penas respectivas. Uma breve comparação com os crimes que protegem o bem jurídico vida e integridade física da pessoa humana com o bem jurídico patrimônio já é possível vislumbrar isso.

A pesquisa se dará pela forma quantitativa e qualitativa por considerar a dinamização entre os aspectos objetivos e subjetivos que serão apresentados, quais sejam, as problemáticas, os dados processuais levantados e alternativas

respectivamente. Para tanto, a pesquisa será caracterizada por ampla bibliografia sobre o assunto, com a utilização de literatura jurídico-filosófica, doutrinária e analítica da legislação penal e jurisprudencial.

Para o levantamento de dados foi utilizado o sítio do TJDFT na aba de jurisprudência avançada, pesquisando-se o termo de furto simples em determinado espaço-temporal. Foram pesquisados acórdãos das três turmas criminais que compõe o referido tribunal. Ademais, foi utilizado os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizadas até junho de 2016, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública. Na pesquisa qualitativa foi utilizada a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Assim, o estudo será por alternativas penais e não penais de inclusão de uma minoria jurídica marginalizada e estereotipada pela sociedade. Não se trata, em um primeiro momento, de trazer soluções definitivas, dado que o tema, por si só, envolve um complicado contexto social vigente, mas de alternativas possíveis no âmbito criminal, civil e administrativo quando o indivíduo subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

1 ESCORÇO HISTÓRICO E AS FUNÇÕES DA PENA

Para os fins desta pesquisa, é importante percorrer a história da Criminologia, entender o seu processo de amadurecimento e o seu uso como instrumento de legitimação de poder, até chegar na intitulada Criminologia Crítica, já que esta dá a identificação ao trabalho. Com os recursos da Criminologia Crítica que se pretende criar uma ponderação na análise do tipo do furto no sistema criminal brasileiro e, assim, buscar propostas e alternativas na condução de novas perspectivas.

As Escolas Criminológicas não surgem como um movimento estanque no tempo e espaço. Os pensamentos criminológicos costumam ser recorrentes, não se encerram em lapsos temporais determinados e adequam-se com maior ou menor intensidade em certos quadros políticos e econômicos de um Estado. Por isso, a separação por Escolas Criminológicas é problemática, pois as ideologias da criminologia continuam latentes, variando apenas em sua intensidade[1].

1.1 Criminologia Clássica

A Escola Criminológica Clássica tem, dentro de seus postulados, o sentido liberalista, racionalista e humanista do Iluminismo, em um viés jusnaturalista e através de um método abstrato, dedutivo e formal[2].

Há de se destacar, pois, os três grandes pilares desta escola que são o homem como ser racional, igual e livre, a teoria do pacto social, advinda dos contratualistas, como base da sociedade civil e do poder punitivo do Estado. Desta feita, os clássicos interpretavam o delito como um fato individual e isolado, como mera infração à lei e, consequentemente, às cláusulas do "contrato social". O determinante para a aplicação da pena é a simples contravenção a uma determinada norma legal ou social[3].

A atenção do criminólogo, portanto, deve voltar-se ao fato delituoso e não ao agente que delinquiu. Não se busca, por meio de um método causal-explicativo, as

1 FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241. Acesso em: 16 jun. 2018.

2 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

3 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

causas do crime no delinquente, conforme faz a Escola positiva; o que se tem é a ação livre e consciente de um determinado indivíduo que, de forma unilateral, quebra o pacto social, infringi-o e devendo receber, como contraestimulo, a incidência do poder punitivo do Estado[4].

Cada indivíduo dentro do contrato social cedeu parte de sua liberdade e de sua força ao ente político estatal, encarregado de unir a força da coletividade para organizar, prevenir e reprimir todo atentado ao pacto. Se algum indivíduo furta, esse fato é considerado um atentado contra o pacto social, pois o patrimônio de alguém foi prejudicado às expensas de uma conduta individual; o Estado então, para manter a harmonia social, deve responder a este fato delituoso, mediante uma pena, sem buscar no delinquente qualquer fator bioantropológico, social ou psicológico que influiu decisivamente para rompimento unilateral do contrato, isto é, um fator etiológico que explica a causa do crime.

O furto deve ser analisado somente como um fato delituoso e este fato carreia consigo as consequências penais. Além disso, deve-se aplicar uma pena proporcional ao furto praticado para que sirva como um freio às possíveis reincidências de ações contra o patrimônio. Portanto, sendo todos os homens iguais e livres, todos têm o dever de respeitar os regramentos sociais e todos podem, com a mesma liberdade, mesmo que por uma contravenção, cometerem crimes.

Entendendo o delito como mera abstração-jurídica, torna-se difícil estabelecer e oferecer ao ente político bases e informações necessárias para um planejamento de um programa político-criminal de prevenção e repressão ao crime,

4 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

apesar da importância deste planejamento, dado o crescimento generalizado do crime[5].

Este enfoque sobre o delito, analisando quando, por que e como castigamos o crime tem uma forte explicação histórica. A Criminologia Clássica enfrentou, à época, o contexto político rígido das monarquias absolutistas, que castigavam e convencionaram os delitos e os crimes conforme as vontades dos monarcas. Muito das penas se resumia a restabelecer a autoridade do rei que se fragilizava quando algum de seus súditos não obedecia suas ordenações. A preocupação, ademais, não era a de buscar as causas do crime, bem como quais as soluções para erradicá-lo, mas sim racionalizar e humanizar o próprio sistema legislativo, judiciário e executivo. Assim, o sistema penal resumia-se a dar uma resposta à conduta criminosa com uma pena justa, proporcional e útil[6].

1.1.1 Cesare Beccaria

Um dos grandes nomes da Criminologia Clássica é Beccaria que em 1764 escreve um tratado penal chamado "Dos delitos e das penas". A importância de ressaltar este autor está que ele resume e expressa todo um movimento do pensamento filosófico e político do Iluminismo europeu[7].

[5] MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

6 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

[7] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

Beccaria cria uma teoria jurídica do delito e da pena, bem como do processo, dentro de um contexto liberal do estado de direito, baseada no utilitarismo, melhor desenvolvido por Bentham, no contrato social e na divisão dos poderes[8].

Na visão de Baratta [9]:

> A base da justiça humana é, para Beccaria[10], a utilidade comum; mas a ideia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.

Em seu referido livro, Beccaria sustenta diferentes penas para o "roubo sem violência", que para o Código Penal brasileiro trata-se do furto, e para o "roubo com violência" cuja expressão faz referência ao tipo do roubo, que envolve violência ou grave ameaça[11].

Diante do primeiro delito, o penalista italiano sustenta que, em tese, a melhor pena seria a pecuniária, cuja aplicação é justa dado que quem rouba um bem, deve-se

---

8 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

9 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 33.

10 Na próprias palavras de Beccaria,: "Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defende-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por sua natureza; e tanto mais injustas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá a seus súditos." (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 43).

11 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 83-84.

ver despojado do seu. No entanto, ele complementa admitindo que o furto é produto da miséria e do desespero; é um crime cometido por determinada classe de homens infortunados, a quem o direito de propriedade só deixou a existência como único bem, então diante deste panorama torna-se inócua aplicação da pena pecuniária. À frente disso, Beccaria propõe contra o crime de furto a servidão temporária em favor da vítima, para fazer o desviante expiar o seu crime e o dano causado à violação do pacto social, através da sua força de trabalho[12].

Em sua obra, Beccaria bem desenvolve o princípio da legalidade, que limita as ações do magistrado (Poder Judiciário) cujas ações devem pautar-se pelo que descreve a lei e o Legislador que está limitado pela necessidade social[13].

O dano social e a defesa social, por fim, constituem os principais elementos da teoria do delito e da pena. A pena de morte não deve existir, pois não há de se pensar que quando cedemos o mínimo de nossa liberdade para constituir o contrato social, poderíamos dispor também da nossa própria existência[14].

1.1.2 Ideologia da Defesa Social

Como bem alerta Alessandro Baratta, a ideologia da defesa social é criada e desenvolvida por vários corifeus da Escola Clássica e, posteriormente, os seus

[12] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 83-84.
[13] ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan. p.160-164. 2008.
[14] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

postulados são absorvidos pela Criminologia Positivista. Verifica-se, portanto, que é uma ideologia comum a duas importantes escolas da Criminologia[15].

A referida ideologia nasceu junto à ascensão da ordem burguesa no cenário político dos países europeus e traz consigo vários princípios legitimadores de seus postulados[16].

Entre eles tem-se o princípio da legitimidade; este é o princípio idealizador do poder punitivo do ente soberano no contrato social. Na medida em que os contratantes cedem seu poder e liberdade para um único ente, este encontra-se legitimado a prevenir e a reprimir qualquer atentando ao pacto social, por meio das instâncias oficiais de controle, quais sejam a legislação, polícia, magistratura e o sistema penitenciário[17].

Outrossim, tem-se o princípio do bem e do mal; este é o princípio fundante da defesa social, pois com o cometimento do delito, o delinquente torna-se um elemento negativo (o mal) e disfuncional na sociedade constituída (o bem) que sofre com suas ações e por isso o ente soberano deve promover ações para protegê-la[18].

Tem-se, ademais, o princípio da culpabilidade; este princípio faz forte referência ao jusnaturalismo, pois tem como conceito a atitude interior contrária às

[15] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

[16] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 34.

[17] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

18 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

normas e valores vigentes em uma sociedade independente de sanção do legislador[19].

Igualmente, tem-se o princípio da finalidade ou da prevenção; este princípio está ligado às funções da pena, cuja ação não se circunscreve apenas em retribuir, mas também em prevenir o crime. Aquele era a função da pena para os clássicos, o de desmotivar o cometimento de novos crimes mediante uma pena abstratamente prevista pela lei e, por fim, no plano concreto, buscar a ressocialização do criminoso[20].

A lei penal deve ser aplicada a todos que a viole, sendo assim tem-se o princípio da igualdade, como expressão desta linearidade na aplicação da sanção penal[21].

O princípio do interesse social e do delito natural faz alusão aos bens jurídicos fundamentais para a própria existência da sociedade. Assim, o núcleo dos tipos penais representa uma ofensa a esses bens jurídicos que devem ser tutelados[22].

A importância de estudar esta ideologia, conforme os princípios acima expostos por Baratta, é que muitos de seus postulados não só influenciaram duas das mais importantes escolas da Criminologia, como ainda estão presentes até os dias de hoje. Todos os princípios que legitimavam o uso da ideologia da defesa social, são os

19 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.
20 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.
21 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.
22 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 42.

mesmos princípios que influenciam as ações das esferas de controle social no combate aos crimes.

O indivíduo que subtrai para si patrimônio alheio, sem violência ou grave ameaça, incorre nas penas do tipo do furto, e, por consequência, além de sofrer com a *persecutio criminis* do Estado, também é envolvido nos estigmas daquela ideologia. Outrossim, frente ao valor excessivo atribuído ao bem jurídico patrimônio, em decorrência lógica do sistema econômico capitalista, não só o Estado está legitimado a agir por meio de seu órgão de acusação (Ministério Público) como a sociedade e a demais instâncias de controle realizam o recenseamento do bem e do mal, isto é, enumeram os que devem receber as sanções abstratamente cominadas, sob um falso viés ressocializador e igualitário na aplicação penal.

1.2 Criminologia Positivista

A Criminologia muito se esforçou por estudar o delinquente, o delito e a delinquência em seus variados aspectos. Através do método causal-explicativo, tentou-se dar uma resposta a quem seria o delinquente, como seria o delinquente e o quantum de delinquência possuía um criminoso[23].

Marcando uma ruptura com a Escola Clássica, a Criminologia Positivista trouxe novas justificativas para o âmbito da Criminologia, não tendo mais como objeto de estudo a sociedade, Estado, leis e nem como eles afetavam os indivíduos, mas sim o comportamento singular e desviante que devia ter como base patológica/anormal no próprio indivíduo que incorreu no crime[24].

23 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41.

24 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 297.

O método comum entre os positivistas era o empírico-indutivo ou indutivo-experimental, em contraponto à analise filosófico-metafísica dos clássicos[25] [26].

A base do positivismo são as leis naturais, que não tem, reitera-se, a sua origem em uma instância jusnatural ou metafísica, mas sim na ordem física ou social. O fato é a realidade. Os aspectos do crime são centrados e observados no delinquente, frente a uma análise objetiva e empírica das causas que o levaram a delinquir. Sendo assim, aquele que observa deve portar-se isentando-se de qualquer subjetivismo, bem como analisar os dados coletados e inter-relacioná-los. Como verdadeiros cientistas do crime, parte-se do que "é" para inferir, por indução, o que "será", em um rígido determinismo[27].

Neste sentido, muito contribuiu a denominada *Scuola* Positiva italiana, dentre seus corifeus encontram-se Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

25 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176.

26 Neste viés, sintetizam Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, "Os postulados da Escola Postivia, em contraposição aos da Escola Clássica, podem ser sintetizados desta maneira: o delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição coma lei a que ele corresponde, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo e compressão são inseparáveis do exame do delinquente e da sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, e não simplesmente a sua gênese, pois o decisivo será combate-lo em sua própria raiz, com eficácia e, sendo possível, com programas de prevenção realistas e científicos; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica, senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade; o positivismo concede prioridade ao estudo do delinquente, que está acima do exame do próprio fato, razão pela qual ganham particular significação os estudos tipológicos e a própria concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos, constituindo esta diversidade a própria explicação da conduta delitiva." (MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177.).

27 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 176.

1.2.1 A Escola Positivista italiana- Césare Lombroso, Enrico Ferri e Rafaelle Garófalo

A Criminologia Positivista de Lombroso, inspirada no cientificismo e no positivismo naturalista, enfrentou o problema do crime individualizando "sinais" antropológicos da criminalidade no seu objeto de pesquisa – o homem delinquente –, por meio de uma análise clínica do indivíduo, em zonas rigidamente circunscritas como o cárcere e o manicômio judiciário[28].

Baseada nas características do indivíduo, seria possível, portanto, diferenciar os sujeitos "criminosos" dos indivíduos "normais", apoiando-se sobre a negação do livre-arbítrio mediante um rígido determinismo[29].

Reforçando esse paradigma etiológico, que busca a causa e a origem das coisas, no capítulo: Força irresistível dos criminosos, confissões, alerta Lombroso para o determinismo daquele que delinque contra a propriedade [30]:

> Como tudo isso se encontra exatamente nos criminosos, já mostrei com as estatísticas na mão e com a observação de outros; e melhor teria podido, só recolhendo as confissões deles. Assim me disse um ladrão: "Nós temos o furto no sangue; se vejo uma agulha não posso fazer de menos de pegá-la, ainda que depois esteja disposto a restituí-la". O gatuno Bruno me disse que tenho roubado desde os doze anos pela estrada, roubado no colégio, estava na impossibilidade de abster-se do furto, ainda que estivesse com o bolso cheio. Se não, era difícil dormir e à meia-noite é constrangido a roubar o primeiro objeto que lhe venha à mão. [...] Deham confessava a Lauvergne uma paixão irresistível pelo furto. Dizia: "Não mais

28 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 29-30.

29 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 29-30.

30 LOMBROSO, Cesare. O homem deliquente. São Paulo: Ícone Editora, 2010. p. 220.

> roubar seria para mim como não mais viver. O furto é uma paixão que arde como o amor, e quando o sangue me sobe à cabeça e me vai aos dedos, creio que roubaria a mim mesmo, se pudesse".

Para Lombroso [31], os caracteres do homem criminoso reunia, entre outros, as mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo[32].

Neste viés, o cientista realizou inúmeras pesquisas em indivíduos nas diversas prisões e manicômios da Itália. Por exemplo, o seu modelo positivista mapeava sobretudo o aspecto fisiológico e antropológico de vários delinquentes, entre eles aquele acusado de furto e, a partir de rígidas análises "clínicas", as características de um desviante comum estariam padronizadas e com isso se poderia prever futuros delinquentes que trariam inscritos no próprio corpo o gene dos delitos contra o patrimônio. Sendo assim, o próprio modelo estigmatizava determinados indivíduos, que, sem qualquer apoio em um livre-arbítrio, estariam fadados a cometer crimes contra o patrimônio e por isso deveriam estar reclusos ou existirem políticas-públicas de defesa da sociedade do "bem", em um típico pensamento maniqueísta de divisão entre o bem e o mal.

31 Conforme registram Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, " De acordo com o seu ponto de vista, o delinquente padece uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais(fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliares, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maças do rosto, orelhas em forma de asa, tubérculo de Darwin, uso frequente de tatuagens, notável insensibilidade à dor, instabilidade afetiva, uso frequente de um determinado jargão, atos índices de reincidência etc. Em sua teoria da criminalidade Lombroso inter-relaciona o atavismo, a loucura moral e a epilepsia: o criminoso nato é um ser inferior, atávico, que não evolucionou, igual uma criança ou a um louco moral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo dos valores; é um indivíduo que, ademais, sofre alguma forma de epilepsia, com suas correspondentes lesões cerebrais." (MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.).

32 LOMBROSO, Cesare. O homem deliquente. São Paulo: Ícone Editora, 2010. p. 197.

Outro grande expoente das ideologias positivistas foi Enrico Ferri[33] (1856-1929), que expôs o positivismo em um viés mais socialista. Ainda na busca de critérios etiológicos para a criminalidade, Ferri sustentava que as ações humanas honestas ou desonestas, sociais ou anti-sociais, são um produto advindos de três elementos a serem considerados: fisiopsíquico, atmosfera física e social. O primeiro elemento é a constituição orgânica, psíquica, raça, idade, sexo do indivíduo. Já o segundo elemento está ligado ao clima, solo, estações. O terceiro faz referência à opinião pública, à densidade de população, à religião, ao alcoolismo, à educação, à justiça penal etc[34].

Percebe-se, desta feita, a preponderância do elemento sociológico nas contribuições de Ferri, ampliando os fatores da criminalidade para o âmbito externo do indivíduo, como o meio em que foi criado, onde recebeu educação e influências da religião. O fator causal-explicativo do crime sai do âmbito bioantropológico de Lombroso e agrega-se, com uma maior força, ao meio social do homem delinquente. É neste momento que o famoso orador desenvolve melhor a ideologia da defesa social, resgatada da Escola Clássica, e a consequente separação de classes, conforme registra Castro [35]:

33 Esclarece Gabriel Ignácio Anitua, "Algumas dessas contribuições já foram vistas em Lombroso, mas Ferri seria, sem dúvida, o divulgador da versão mais conhecida e mais elaborada do positivismo. Naquilo que torna a atividade esteriotipante, Ferri influiu decisivamente na classificação de delinquente que fez famosa a escola positivista: nato, louco, habitual, ocasional e passional. O primeiro é aquele que apresenta uma carga congênita e orgânica para com o delito, motivo pelo qual não pode ser ressocializado. Já o louco tem uma anomalia física psíquica, que também é moral e que o leva a delinquir adquirida, mas sem base orgânica. O ocasional cede diante da oportunidade de delinquir, mas se o meio não favorece ele não age assim. Finalmente, o passional tem facilidade para exaltar-se, mas no geral é como o ocasional." (ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 312).

34 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 312.

35 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 46.

> Ao se apoderarem do empirismo da ciência da repressão, começou-se a delinear o que culminaria numa separação dramática da sociedade: mais que entre homens delinquentes e não delinquentes, entre classes delinquentes e classes não delinquentes.

O significado da pena para Ferri e para os positivistas em geral era de uma repressão necessária para defender o organismo social contra indivíduos perigosos, assim a pena serviria como um recurso que possui a finalidade de transformar essa personalidade malquista pela sociedade de bem[36].

Fugindo aos pensamentos da Escola Clássica e adequando-se ao modelo positivista, Ferri preconizava que o delito não poderia advir do livre-arbítrio, mas sim por um comportamento condicionado por causas subjacentes. Diante disto, a reação primaz da sociedade será pela legítima defesa pós-delito, ou por um caráter preventivo, pré-delito, isto é, a pena, em alguns casos, poderia ter o valor, em tese, de inclusão, através de um tratamento curativo e reeducador. Para isso, tudo dependeria do quantum de delinquência possuía o criminoso para então adequar o melhor tratamento, se possível. O tempo do tratamento, portanto, tenderia à pena sem termo, pois se condicionava ao esgotamento da criminalidade no indivíduo[37].

Neste diapasão, ao delinquente que furta, Ferri proporia não só uma análise antropológica para a causa da criminalidade, mas seria necessário ir além, e pesquisar a fundo o meio social em que aquele desviante viveu, a educação que recebeu, o clima atmosférico em que conviveu e, por fim, chegaria a uma conclusão etiológica dos fatores que condicionaram este delinquente a incorrer no tipo do furto.

---

[36] ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 311.

37 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 313.

O objeto de estudo dos positivistas era um indivíduo extremamente estereotipado; inicialmente descrevendo e conduzindo a explicação do crime nos escaninhos físicos daquelas pessoas já selecionados pelo sistema penal desigual, já afeitos à reação social. Posteriormente, a causa do delito não estava somente no aspecto físico do delinquente, mas também no seu meio social. A Criminologia Positivista, desta feita, teve como ação primordial a reprodução da ordem estabelecida. O criminoso tinha todas as características dos indivíduos de classes baixas e pobres[38].

Com isso, houve uma quebra de solidariedade entre as classes, toda a defesa social deveria ser conduzida contra a classe que "normativamente" ficou registrada como agressiva, perigosa e produtora de delinquentes. A consequência é a criminalização de uma classe social que deveria ser reprimida e marginalizada[39].

Por fim, outro grande difusor das ideias positivistas no seio da famosa *Scuola Positiva* foi Rafaelle Garófalo (1852-1934), este autor construiu o conceito de delito natural, que estaria ligado aos sentimentos e valores jurídicos europeus. Em um viés determinado mais por um racismo idealista do que científico, ele afirmava que as sociedades que não se adequaram aos valores europeus poderiam ser consideradas sociedades degeneradas. Os dois sentimentos europeus básicos e naturais seriam descritos pelo autor como a "piedade" e "probidade"[40].

38 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008 p. 46.
39 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008 p. 47.
40 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314.

A piedade está ligada aos bens jurídicos vida e saúde, enquanto a probidade ou justiça se refere à propriedade. Àquele que carece de tais sentimentos, o delinquente natural ou inimigo natural, espontaneamente os afrontarão[41].

Posto isso, percebe-se que Garófalo[42] se preocupou muito mais com o conceito do delito do que em descrever o delinquente[43].

O ponto característico de sua teoria é a fundamentação do tipo e da conduta do criminoso em uma base eminentemente psíquica e moral. O criminoso é tratado com alguns dos estigmas antropológicos de Lombroso e sociais de Ferri, mas sobressalta o déficit moral dentro de sua esfera de personalidade, exatamente por não possuir os sentimentos acima transcritos, não se tratando, à primeira vista, de uma enfermidade mental[44].

41 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314.

42 Foi Garófalo que incutiu a noção de "periculosidade" dentro do positivismo, conforme registra Gabriel Ignácio Anitua, "Foi ele que introduziu a noção de "periculosidade", tão cara ao positivismo. Ele é o seu verdadeiro "inventor", pois o havia utilizado pela primeira vez em um artigo publicado em 1878. A periculosidade – temeritá – seria definida como "perversidade constante e ativa", mediante a qual recomendava que a pena não devia ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à dita periculosidade do sujeito. Ao unir critérios dos psiquiatras e médicos do século XIX com os que eram próprios da ciência jurídica, Garófalo conseguiu aumentar o aspecto repressivo de ambos. Por conseguinte, ele criticava o que chamava de benevolência – ou má atuação médica e judicial – para reprimir e separar os perigosos das pessoas probas e piedosas. Ele foi, pois, o defensor das mais terríveis ideias de inoculação como solução diante desses inimigos perigosos." (ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 314).

43 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

44 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

Ao criminoso que furta, Garófalo proporia a deportação ou a expulsão da comunidade, já que aquele careceria do sentido de probidade ou justiça e por isso deveria ser excluído da sociedade para que não houvesse "contaminação"[45].

A pena de morte deveria ser imposta àqueles que atentam contra a piedade, isto é, contra a vida e a saúde de outrem. Esses são considerados irrecuperáveis e por isso a imposição da pena capital[46].

Uma das falhas da Criminologia "empírica", além de todo o racismo contido em seus postulados, foi o de estudar e pesquisar indivíduos que já estavam devidamente selecionados pelo sistema penal. Dentro do contexto explicativo-causal, tentou determinar uma causa à criminalidade, mas esqueceu que a seleção social e o processo de etiquetamento se iniciam fora do presídio, sendo este somente o ponto culminante ou término do ciclo àqueles selecionados pela sociedade como perigosos e anormais.

A importância desta Escola criminológica é sentida principalmente pelo lado histórico-político. Os iluministas, época da Escola Clássica, se limitaram a teorizar a pena, em todo o seu sentido abstrato e contratual, frente ao poder absolutista de antanho. Com o rompimento dos poderes absolutos do monarca, uma nova classe social avança por estabelecer-se, essa é a burguesia. O trabalho dos positivistas foi o de legitimar e fundamentar os valores dessa classe e, por conseguinte, estigmatizar todos os outros que não compartilhavam dos mesmos privilégios burgueses[47].

45 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.
46 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.
47 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

A partir disso, avalia Molina e Gomes [48]:

> A teoria do contrato social e da função preventiva da pena não eram suficientes para fundamentar positivamente a nova ordem social burguesa industrial. Pelo contrário, o criticismo racionalista e metafísico dos iluminados poderia colocá-la em perigo. Era necessário, por isso, fortalecer a nascente ordem social, legitimá-la, protegê-la, e esse foi o projeto político do positivismo, que absolutizou e entronou, possivelmente não o poder, mas sim a ordem burguesa.

Percebe-se que as escolas criminológicas constituem poderosos instrumentos de legitimação do poder vigente e do controle social. A função legitimadora da ordem burguesa não é vista somente na Escola científica, mas também em alguns pontos nos clássicos, diante da ideologia da defesa social, que, como os críticos apontarão mais tarde, não passam de argumentos formais de ratificação do poder e da classe burguesa.

1.3 Labbeling Approach- Etiquetamento social

No âmbito da sociologia criminal, diferentes escolas da Criminologia tentaram perfilhar, inspiradas na tendência do "labeling approach" ou rotulação, caminhos outros para entender o problema do crime, qual seja a reação social. Por meio dela, verificou-se um processo de criminalização em que a reação social determinaria quais condutas se tornariam delitivas e criariam a delinquência. Esta forma de determinar a delinquência demonstra o nítido caráter seletista do sistema, pois alguns eram marcados ou rotulados como criminosos e outros não, determinadas condutas eram taxadas de perigosas e outras não. E por essa via de

48 MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175.

etiquetamento, ampliar-se-ia ainda mais o status delitivo no indivíduo selecionado como criminoso[49].

Ademais, deve-se analisar a ação constitutiva de estigmas das instâncias oficiais de controle que define e reage contra o comportamento criminoso, a iniciar pela constituição das normas abstratas até a ação concreta das instituições estatais como polícia, Ministério Público, juízes e instituições penitenciárias. Essa ação e reação das instituições de controle costuma criar o *status* ou o estigma da delinquência naqueles que são objetos da *persecutio criminis*[50].

Nas palavras de Baratta mudam-se os paradigmas [51]:

> Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo "quem é criminoso?", " como se torna desviante?", "em quais condições um condenado se torna reincidente?", "com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?". Ao contrário, os interacionaistas, como em geral os autores que se inspiram no labeling approach, se pergutam: "quem é definido como desviante?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?" e, enfim, "quem define quem?".

Com essas considerações, percebe-se que com a influência da fenomenologia e do interacionismo há um importante avanço nos estudos da criminalidade para além do delinquente, mas abarcando, também, o processo anterior de criminalização. Esse pensamento marca uma ruptura de laços com a Criminologia

49 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41.

50 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 86.

51 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89-89.

Positivista, pois muda-se quase que completamente o enfoque, o método e o objeto de estudos[52].

A Criminologia da reação social parte dos fatos interpretados ou não como desviantes segundo a reação da própria sociedade. Diante de determinados fatos, a sociedade reage negativamente ou de forma anormal a ela, construindo-se a criminalização daquele fato ou conduta ou reagindo de forma neutra[53].

Diante desta mudança de paradigmas, vários autores fizeram referência a esse processo de criminalização, entre eles encontra-se Frank Tannembaum (1893-1969). Para este autor, a "dramatização do mau", através da ação das instâncias de controle cria o processo de "rotulação" (tagging), que atribui características ao indivíduo e, por consequência, o expulsará a sociedade de "bem" e será recebido pelo grupo de indivíduos criminosos[54].

Neste sentido, a sociedade e o poder público dramatiza ou confere atenção demasiada aos crimes contra o patrimônio, até mesmo pela relevância social dada ao bem jurídico; assim, estabelece-se o padrão comum aos furtadores e aos que roubam e por meio dessas características ou estigma negativos constitui-se os rótulos; uma vez delinquindo e recebendo da sociedade os estigmas sociais advindos desta conduta, para sempre aquele indivíduo estará marcado como um criminoso, não restando para ele outras alternativas senão continuar em uma verdadeira "carreira criminosa".

52 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.
53 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.
54 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 588.

Outro autor importante no cenário do interacionismo foi Edwin Lemert (1912-1996), em seus estudos, ele criticava a separação entre criminosos e não criminosos. O foco deveria ser em torno do comportamento, separando-o em dois tipos: desvio primário e desvio secundário. O desvio primário seria a conduta referida pela lei penal cujas causas, sem fugir do pensamento tradicional, remontariam ao âmbito social, cultural e psicológica do acusado. Logo após incorrer na conduta descrita no tipo, a reação social diante do delito seria a parte mais importante de todo esse processo, pois com ela reagindo negativamente ao delito cumpre-se o primeiro passo para a imposição do estigma de desviado. O desvio secundário, por sua vez, seria a resposta à reação social, somente o ponto culminante de todo o processo estigmatizador[55] [56].

Entre as críticas[57] apontadas ao modelo da reação social, tem-se a falta de importância que se torna o desvio primário dentro do processo de criminalização. A maior parte dos autores não exploram com tanta veemência o primeiro passo do

55 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 590-591.

56 Outro importante autor da Criminologia da reação social foi Howard Becker, comenta Gabriel Ignácio Anitua: "Becker também ia mais além quanto ao fato de não pressupor que o comportamento desviado afeta a sociedade em seu conjunto e pensar justamente em quem é aquele que tem o poder de impor uma etiqueta. Ele afirmaria que são os grupos sociais os que criam o desvio ao aplicar regras e colocar etiquetas de "estranhos" em algumas pessoas. Becker afirmou contundentemente: "O desviado é uma pessoa a quem o etiquetamento foi aplicado com êxito; o comportamento desviado é um comportamento etiquetado como tal". Por conseguinte, o comportamento desviado não existe ontologicamente, mas sim o desvio será um atributo imposto na reação social. Para ter sucesso no etiquetamento é necessário ter o poder de criar as normas de fazê-las entrar em ação no caso concreto". (ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 592.).

57 Entre as acentuadas críticas, alerta Lola Anyar de Castro: "Mas o impulso oficial da escola interacionista, que pôde recriar radicalmente a reflexão criminológica, fica a meio caminho quando retorna às origens de toda problemática delitiva, isto é, ao estudo do Estado, do poder e dos interesses, e estanca na análise, também causal-explicativa, da reincidência devida à rotulação. Ao mesmo tempo, ao estimular as pesquisas valorativas, contribui para a reforma do aparato do controle social formalizado, constituindo-se assim em um instrumento a mais de legitimação." (CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 42).

processo estigmatizador, focando o objeto da pesquisa no desvio secundário, posterior à reação social. É no desvio primário, como apontam alguns, que se deve buscar os problemas estruturais e sociais ligados ao crime. Portanto, a teoria do etiquetamento não passaria do aspecto "micro" do problema criminal tendendo a esquecer o aspecto "macro" de outras questões ou variáveis que também influenciam ou constituem o comportamento desviante[58].

1.4 Criminologia Crítica

Com o advento destes novos estudos do controle e da reação social que procuravam enxergar, com diferentes métodos, a origem do delito, abriram-se então novos caminhos para a eclosão cada vez mais progressiva da criminologia radical/crítica ou também chamada de "nova criminologia"[59].

A criminologia crítica advém dos estudos de Karl Marx, é ele quem cria a Crítica ao descrever o sistema capitalista como produto da classe burguesa disposta a operar o sistema sob falsos ideais burgueses de liberdade e justiça quando por detrás existe uma essência desumana e antissocial na produção[60].

Em suas pesquisas, Marx se utiliza de um método chamado de materialismo histórico que consiste, em breve resumo, em estudar um fato social integrado com a história constituída e constituinte de determinada sociedade, segundo os aspectos históricos da luta de classes e os aspectos políticos e econômicos a envolvê-la. Desta

58 ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 599.
59 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 42.
60 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 58.

forma será possível entender as contradições e a verdadeira aparência dos fenômenos sociais[61].

Este método, também chamado de dialético, mostrará que as relações sociais e os próprios institutos do direito são influenciados pela histórica luta de classes entre burguesia que possui a propriedade dos meios de produção e o proletariado que detém a força de trabalho. As relações de produção e o modo de produção são resultados deste antagonismo de classe. Assim, entender um determinado fenômeno social isoladamente ou utilizar de métodos empíricos e científicos sem englobar este contexto que necessariamente a sociedade está incluída, é facultar a criação de teorias de ideologia, que possuem a função de ocultar a realidade sob falsos pretextos[62].

Como acentua Castro [63]:

> Enquanto Marx fazia crítica econômica, a teoria crítica faz crítica cultural. É a crítica da ideologia. É preciso combinar as duas. Um dos aspectos mais importantes da teoria crítica é o que explica o desenvolvimento sociocultural do homem como um processo de autorreflexão, que consiste no desmascaramento de "poderes opressores, cuja objetividade deriva unicamente do fato de ainda não terem sido descobertos" (Habermas). Ou seja, a função da teoria será a desmascarar todo tipo de legitimação ideológica, bem como exigir uma discussão racional de toda relação fática de poder. É, assim, por si mesma, um elemento catalizador do contorno social.

Para a criminologia crítica, a criminalidade deixa de ser vista como um aspecto ontológico e causal do indivíduo ou do seu meio, mas revela-se como um status atribuído a determinadas pessoas em razão de seus comportamentos

61 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59.
62 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 59.
63 CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 61.

estigmatizados. Esta seleção opera-se de duas formas: em um primeiro momento, seleciona-se os bens jurídicos protegidos pelo direito penal; num segundo momento, seleciona-se os indivíduos estigmatizados entre todos os outros indivíduos que também incorrem na norma penal incriminadora[64].

Segundo Baratta a criminalidade é um "bem negativo", distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos, isto é, a criminalidade está distribuída em todas as classes, o ilícito todos os dias são é perpetrado, no entanto somente uma classe é selecionada para responder por seus atos.[65].

Dessa maneira, percebe-se que o Estado e os institutos oficiais do Direito penal são instrumentos que a classe dominante utiliza para continuar a sobrepor-se aos interesses dissonantes. A seletividade social e penal é operada de acordo com os interesses que financiam o próprio sistema econômico.

Objetivar um estereótipo do delinquente em classes que comumente procuram subverter a ordem estabelecida, isto é, os privilégios estabelecidos em favor de alguns, é demonstrar que os interesses burgueses de fato foram institucionalizados nas letras constituídas pelo legislador, na sentença proferida pelo julgador e na ação executiva do administrador.

Enquanto que os princípios da ideologia da defesa social, ainda muito em voga, apontam para um direito penal que protege a todos os cidadãos de forma

64 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161.

65 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 161.

indistinta e vela por sua incidência igual para todos, a crítica contra argumentará em desfavor desses postulados[66].

A crítica expõe um direito penal que não defende a todos, e mesmo quando há ofensa a bens jurídicos relevantes, a aplicabilidade da sanção penal varia conforme as condições sociais e econômicas do acusado. Por consequência, a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído pelo sistema oficial de controle de forma desigual e, o mais grave, o status de desviante é atribuído não em decorrência à gravidade social da conduta perpetrada, dado que existem ações delitivas que afrontam bens jurídicos, em tese, mais importantes e que mesmo assim não sofrem com a *persucutio* do Direito penal[67].

Debruçar-se, portanto, sobre o estudo dos delitos patrimoniais, como o furto, é investigar os meandros de um direito penal desigual, perpassando por uma igualdade jurídico-formal que somente oculta as desigualdades materiais produtoras e reprodutoras dos estigmas sociais, ou, nos dizeres do professor Netto "a mesma sociedade que origina a desigualdade torna-se, ao mesmo tempo, absolutamente intolerante em relação a ela"[68].

1.5 As funções da pena

O primeiro questionamento antes de se aplicar uma pena qualquer a um indivíduo que transgride as normas de uma sociedade é o porquê e qual a justificativa para a sua aplicação. Qual a finalidade esperada com a aplicação da

66 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 162.

67 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 162.

68 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

sanção e, exposto estes motivos, se estes são válidos e se tem eficácia dentro de certos parâmetros e princípios sociais.

Toda pena deve ter uma função ou uma finalidade, seja ela apenas retribuir o injusto perpetrado, dissuadir toda a sociedade ou focar na recuperação por meio de ideologias de ressocialização do desviante. Assim, é imprescindível entender os motivos de existência das penas para então questioná-las e propor mudanças se necessárias por um viés crítico e racional do Direito penal e da Criminologia.

1.5.1 Teorias absolutas

As teorias absolutas fundamentam a aplicação da pena pela retribuição de um mal causado ou a sua compensação. Desprovida de qualquer caráter preventivo, a pena é aplicada àquele que causou algum mal social e por isso deve receber uma sanção como consequência de sua conduta ilegal. Essa retribuição do injusto através da pena se aproxima das exigências da justiça e diz respeito também à expiação do delito causado[69].

A pena para aquele que afronta o bem jurídico patrimônio, dependendo do caso concreto, deveria ser a mera retribuição do injusto causado ao proprietário do bem. Assim, a pena se justificaria pela perda do patrimônio do delinquente ou a conversão dos frutos de seu trabalho em favor da vítima do delito, dentro de certos parâmetros de proporcionalidade entre o injusto causado e a sua reparação e expiação.

69 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

Na atualidade, o conceito jurídico de retribuição da pena traz consigo a ideia da proporcionalidade ao injusto culpável, segundo o princípio da justiça distributiva. Portanto, não se trata, ao menos no campo formal do direito, a um sentimento de vingança social, mas sim a um limitativo da sanção, pois frente ao delito perpetrado deve-se manejar a pena de acordo com a magnitude do injusto e da culpabilidade[70].

1.5.2 A função de prevenção geral da pena

A prevenção geral negativa faz alusão ao caráter utilitário da pena, pois pretende, com a imposição da sanção, dissuadir todos os outros indivíduos que pensam em delinquir. A medida da pena está na exata proporção da intimidação dissuasória, desprovida de qualquer consideração ética, embora a doutrina trabalhe em torno de certos limites impostos à imposição da pena[71].

Dentro de uma lógica mecânico racional, entende-se o ser humano como capaz de, em suas ações, sopesar o custo-benefício e as consequências advindas de suas condutas sociais. Neste viés, a pena deve servir de exemplo suficiente para que o indivíduo não veja na conduta criminosa um custo-benefício superior do que o risco de imposição da sanção penal[72].

No entanto, percebe-se que esta função exemplarizante da pena perde em sentido em razão da seletividade do sistema punitivo. A realidade social demonstra que a maior parte dos crimes faz referência aos delitos com finalidade lucrativa, que,

70 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

71 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

72 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

de acordo com a seletividade penal, recai sempre sobre os vulneráveis. Assim, o elemento de dissuasão vai recair sobre as condutas criminosas que aqueles podem perpetrar dentro do sistema penal desigual[73].

Neste diapasão, analisam Zaffaroni e Nilo Batista [74]:

> Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

Em outras ocasiões, enquanto a seletividade evidencia os vulneráveis, também sobressaltam os invulneráveis à este efeito dissuasório, revelando a sua total ineficácia à frente de delitos do "colarinho branco", terrorismo de estado, crimes com motivações patológicas (semi-imputáveis) ou situações em que não se pondera sobre a ameaça da pena, nos casos dos homicídios dolosos[75].

Nada obstante ser raro a existência da não delinquência em razão *per si* da criminalização secundária, a maior parte dos indivíduos não incorrem na pena por medo ou receio da sua imposição. Existe todo um bojo de consequência penais e não penais com aplicação da pena, um deles é a própria estigmatização social que a criminalização secundária, através da persecutio criminis, proporciona. Assim, verifica-se a existência de diversas variáveis éticas e não-jurídicas que influenciam

73 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.
74 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.
75 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

negativamente no cometimento do crime, não tendo guarida o efeito da prevenção geral negativa[76].

No plano do furto, dificilmente algum indivíduo entende de forma dissuasória a possível aplicação da pena de um a cinco anos de reclusão, conforme prescreve o artigo 155 do Código Penal. Ademais, o próprio sistema penal escolhe quem deve ser criminalizado ou não. A criminalização secundária é, acima de tudo, política e satisfaz a conveniências de seus controladores. Quando se precisa mostrar a eficiência do sistema discriminatório, tem-se aqueles que recebem involuntariamente toda a carga da sanção criminal.

De forma prática e segundo a característica da retribuição da pena, a legitimação desta função penal faz com que as penas a serem aplicáveis ao caso concreto se tornem descomunais e desproporcionais, pois, segundo analisado, os delitos que devem ser impedidos através da pena exemplar, continuam a ocorrer, devendo ser cada vez mais agravado a imposição da pena como um reforço natural de sua existência; chega-se, portanto, à pena de morte para todos os delitos, por esgotamento de alternativas e, por conseguinte, esta teoria se aproxima bastante das teorias absolutas de retribuição penal[77].

Já a teoria da prevenção geral positiva da pena está ligada ao consenso social frente às instâncias de controle que impõe a pena e ao reforço da confiança necessária à mantença do equilíbrio do sistema penal. Trata-se, antes de tudo, da criminalização secundária impor com eficácia a neutralização do injusto perpetrado, não para fins de exemplificação, mas sim de dar créditos à atuação do sistema penal

76 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 118.
77 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 118.

oficial. Desta forma, o sistema aplica a pena superando o injusto e dando publicidade neutralizante ao delito, reforçando suas instituições[78].

Diante do furto ou do roubo, delitos esses rechaçados pela sociedade, as instâncias de controle devem apurá-los e impor as sanções devidas, utilizando-se dos selecionados pelo sistema como bodes expiatórios para o ganho de créditos das instituições de repressão e o restabelecimento normativo. O uso do delinquente como mero instrumento institucional é uma das críticas feitas a esta função da pena.

No âmbito normativo a ser restabelecido, Luiz Regis Prado comenta os principais efeitos desta função [79]:

> Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.

Seguindo as mesmas consequências da prevenção geral negativa, a positiva também desemboca em excesso de penas, dado que as sociedades são conflituosas, dificilmente se encontrará uma fórmula penal que concentre a coesão esperada pela

78 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

79 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

função geral positiva da pena. O que se terá é a aplicação desmedida de várias penas em busca de consenso social ao sistema[80].

Outra importante crítica é o fator legitimador desta teoria. As instâncias de controle operam segundo características seletivas do sistema, consequentemente a sua ação novamente vai recair sobre determinada parcela da sociedade. Se os não criminalizados acreditarem nessa falsa ilusão de eficácia do sistema penal, naturalmente o direito penal revela-se como fonte difusora de ideologias falsas[81].

Posto isso, percebe-se que a função idealizadora desta teoria, também é vista na função geral negativa da pena ou nas teorias absolutas, pois diante do delito, a pena sempre serve para, de alguma forma, restabelecer a ordenamento jurídico violado[82].

1.5.3 A função de prevenção especial da pena

Enquanto a função geral é aplicada a todos os indivíduos "indistintamente", a prevenção especial leva em consideração, em sua análise, a periculosidade do próprio delinquente, concretamente considerado, e as medidas para corrigi-lo. Esta função exerce o papel legitimador das ideologias *re* (ressocialização, reeducação, resinserção, repersonalização, reinvidualização, reincorporação)[83].

80 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.
81 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.
82 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.
83 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

No entanto, apesar de teoricamente a pena consistir em uma ressocialização do indivíduo, a realidade social difere muito do pretendido, com presídios superlotados, violações a diversos direitos dos presos e um sistema que viabiliza uma verdadeira carreira criminosa àqueles que sofrem com a privação de sua liberdade. Essa função torna-se inócua dentro do sistema penal brasileiro[84].

Ademais, como a função da pena é voltada ao autor do delito e à sua periculosidade, torna-se perigoso a imposição de penas indefinidas, já que a sua cessação está na razão direta da diminuição do quantum de periculosidade que envolve o delinquente, podendo ser adotado até mesmo um Direito penal do autor[85].

Portanto, no viés desta teoria a aplicação da pena serviria para reeducar novamente o delinquente para os moldes esperados pela sociedade vigente, de acordo com certos parâmetros escolhidos e reintegrá-lo após o cumprimento final da pena. Assim, a pena serve para melhorar o agente e corrigir a sua periculosidade através de uma estrutura penal eficiente e integradora.

Com o foco na defesa social, a função preventiva especial negativa da pena somente tem início quando as ideologias *re* não funcionam. Neste caso, o indivíduo

84 Zaffaroni e Nilo Batista ressaltam as críticas: " Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenda realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso." (ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 126.)

85 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

que não pode ser ressocializado deve ser eliminado ou neutralizado para o bem da sociedade, como uma forma de expurgar um mal incorrigível[86].

Contudo, o sistema prisional e as penas impostas não foram feitas para funcionar de forma a reintegrar aquele que desviou. A função da prevenção especial negativa sempre será uma discussão, mesmo em Estados que não admitem a pena de morte ou prisão perpétua. Por isso sempre estará em voga a discussão sobre estes tipos de penas, pois dificilmente se admite correção àqueles incorrigíveis pelo sistema, quando perpetram crimes brutais ou são reincidentes.

2 ANÁLISE DE DADOS DO CRIME DE FURTO SIMPLES E DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é tentar entender a questão tema do trabalho a partir de uma observação de dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em um lastro temporal de 01/01/2018 a 30/06/2018, completando seis meses de estudos dos acórdãos prolatados pelo referido tribunal sobre o furto simples.

Ademais, foi objeto da pesquisa o sistema penitenciário nacional, bem como o sistema penitenciário do Distrito Federal, para isso foi utilizado a principal fonte relacionado a este tema que é o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), atualizadas até junho de 2016, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Segundo o referido levantamento, a população prisional no Brasil, até a data da pesquisa, contava com 726.712 pessoas encarceradas. As vagas que dispunham as

86 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 122.

estruturas penitenciárias eram de 368.049, com isso tem-se um déficit de vagas de 358.663, uma taxa de ocupação de 197,4% e de aprisionamento de 352,6[87].

No Distrito Federal a população prisional era de 15.194, com uma taxa de aprisionamento de 510,3. As vagas no sistema prisional da capital do Brasil era de 7.229, com uma taxa de ocupação de 210,2%. O total de presos sem condenação era de 3.651 representando 24% dos presos[88]. Registra o relatório[89]:

> Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90, conforme gráfico 1. [...] Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em Junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, conforme gráfico 3.

No DF as pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime somam-se 24% com presos sem condenação, 43% sentenciados em regime fechado, 33% sentenciados em regime semiaberto, 0% sentenciados em regime aberto[90].

---

87 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

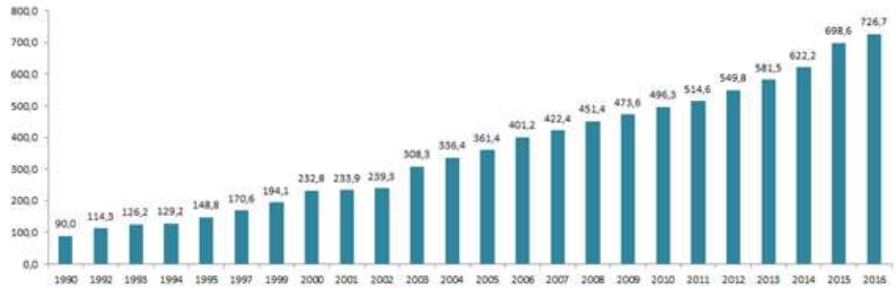
88 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

89 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

90 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-

Analisando os tipos de estabelecimentos prisionais, 49% destes são reservados para o aprisionamento de presos provisórios, 24% das unidades são para cumprimento em regime fechado, 8% em regime semiaberto e 2% para regime aberto, as demais são divididas em unidades para cumprimento de medida de segurança, destinados à realização de exames gerais e criminológicos[91].

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016[12]



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

A quantidade total de crimes consumados/tentados pelos quais homens e mulheres respondem é de 620.583, com 586.722 de crimes realizados por homens e 33.861 por mulheres. A maior quantidade de crimes consumados/tentados é contra o patrimônio, com 278.809 no total, abrangendo crimes como furto simples, furto qualificado, roubo simples, roubo qualificado, latrocínio, extorsão, extorsão

levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

[91] BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

mediante sequestro, apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, estelionato, receptação, receptação qualificada e outros[92].

Dentre esses crimes listados, o furto simples representa o 3º crime mais frequentemente realizado no grupo de crimes contra o patrimônio, perdendo para o roubo qualificado com 102.068 crimes tentados/consumados e para o roubo simples com 52.236 do total. O número de presos que respondem pelo tipo penal do furto simples tentado/consumado e que aguardam julgamento ou já foram condenadas expressam-se num total de 37.155 pessoas, entre 35.674 homens e 1.481 mulheres[93].

Em distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados por tipo penal em porcentagem, tem-se que 12% dos homens encarcerados respondem por furto e 26% por roubo, entre as mulheres esse número cai para 9% em crime de furto e 11% em roubo. Os crimes contra o patrimônio representam pelo menos 44% entre homens que aguardam o julgamento ou já foram condenados em crime patrimonial tentado ou consumado[94].

Por fim, registra-se os profissionais em atividade no sistema prisional brasileiro, compondo-se por servidores responsáveis pela atividade de custódia de pessoas (74%) somando 78.163 pessoas. Servidores que trabalham na área

92 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

93 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

94 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

administrativa somam 8% com 8.900 pessoas. As categorias de saúde como médicos, enfermeiros, dentistas, ginecologistas, clínicos, psiquiatras e demais especialidades representam, juntas, 6% dos servidores do sistema penitenciário. Os advogados e assistentes sociais somam 1% e os profissionais da educação que compreendem os pedagogos e professores somam 3% do quadro de servidores ou 3.124 pessoas[95].

2.1 Dados gerais da pesquisa de furto simples

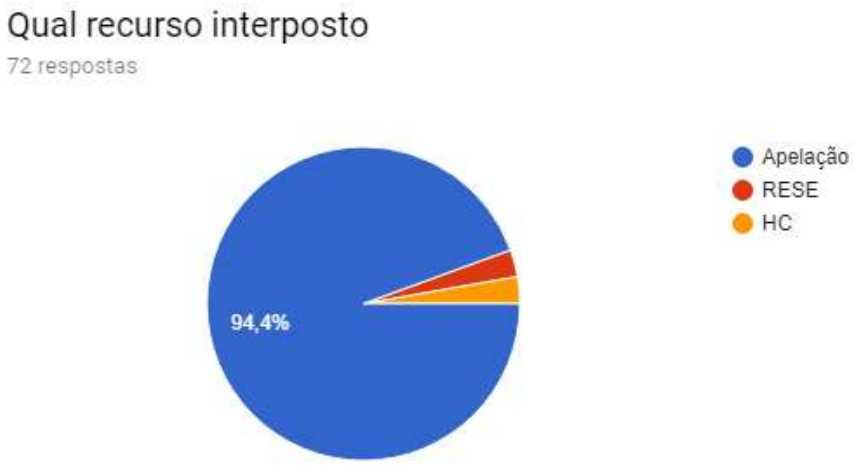
Feita essas observações do sistema penitenciário brasileiro, passa-se para a pesquisa realizada, foram avaliados 72 (setenta e dois) processos referentes ao tipo penal "furto simples" com consequente preenchimento dos respectivos formulários para a coleta de dados. O espectro temporal determinado foi da data de 01/01/2018 a 30/06/2018, representando um lastro de 6 meses completos de todos os recursos de furto simples identificados na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

A palavra-chave "furto simples" devolveu vários recursos com esses termos, com muitos julgados somente do furto simples em si, bem como julgados referentes a teses de defesa, como por exemplo a desclassificação do furto qualificado para o simples, ou do roubo simples para furto simples. Diante disto, fez-se um novo filtro das ocorrências analisadas para separar somente os julgados que de fato o furto simples foi analisado em toda sua estrutura penal, como por exemplo o provimento da desclassificação do furto qualificado para o furto simples e as teses de defesa ou de acusação referentes ao mérito e dosimetria da pena do mencionado crime.

95 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

Entre os recursos analisados tem-se o recurso em sentido estrito (2,8%), habeas corpus (2,8%) e apelação (94,4%), sendo a maioria dos recursos representados por este último.

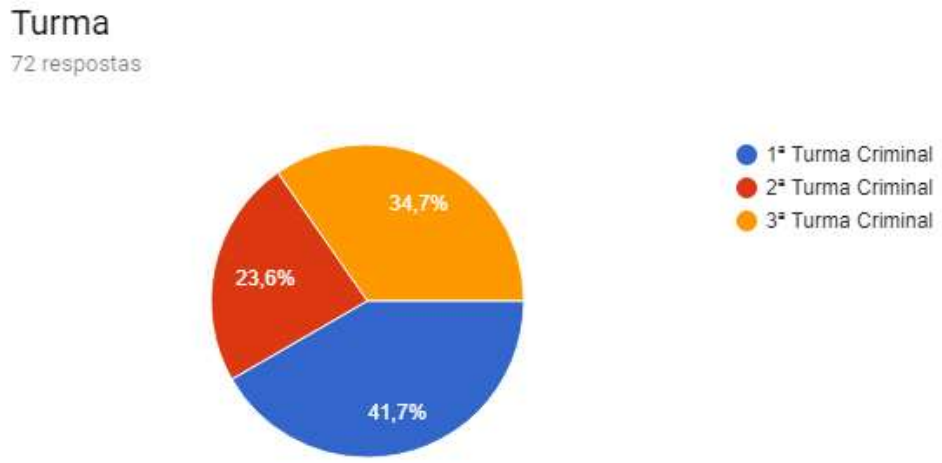
Gráfico 2- Recurso interposto.



Fonte: Próprio autor

O TJDFT possui 3 (três) turmas criminais, a 1ª turma analisou 30 (trinta) processos referentes a palavra-chave "furto simples". Já a 2ª turma examinou 17 (dezessete) processos e, por fim, a 3ª turma apreciou e julgou 25 (vinte e cinco) processos, totalizando o número inicialmente levantados em parágrafos anteriores.

Gráfico 3- Processos analisados por turmas



Fonte: Próprio autor

O objetivo primaz deste capítulo é fazer o levantamento dos acórdãos de furto simples realizados pelo Tribunal de segunda instância do Distrito Federal e a partir dos dados concretos iniciar uma análise esmiunçada e crítica dos resultados em capítulo posterior.

Nos parágrafos seguintes, inicialmente será feito uma análise dos dados referentes aos autores dos crimes de furto simples, com o apoio do relatório do INFOPEN, posteriormente será feito a análise dos resultados dos processos e da dosimetria da pena, encerrando, assim, a perspectiva da análise dos formulários.

2.2 Dados dos autores

Nesta parte da pesquisa foram analisados todos os dados disponíveis dos acusados, que foram possíveis encontrar no site do TJDFT tanto na aba de pesquisa do processo em primeira instância quanto em segunda instância e em execução penal. Muitos dos dados foram recolhidos das "cartas de guia" que são enviadas ao

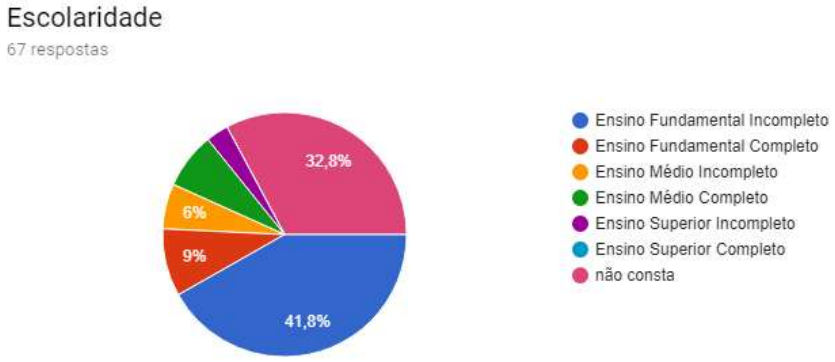
juízo de execução para o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da condenação e que possuem uma gama de informações do apenado, da pena e dados gerais do processo importantes para a execução da pena.

Entre os dados levantados, alguns serão aqui examinados para se buscar um recorte de classe que comumente impera nestes tipos penais responsáveis pela estigmatização das classes pobres que delinquem.

A escolaridade do autor do crime foi analisada seguindo as seguintes questões: ensino fundamental incompleto (41,8%), ensino fundamental completo (9%), ensino médio incompleto (6%), ensino médio completo (7,5%), ensino superior incompleto (3%), ensino superior completo (0%) e "não consta" (32,8%). A questão "não consta" diz respeito a determinadas cartas de guias que não possuíam a informação da escolaridade do réu e por isso foram separadas nesta aba em específico.

Ademais, foram colhidos dados dos autores de 67 processos, pois os outros 5 processos dizem respeito às ações de habeas corpus e aos recursos em sentido estrito, que possuem natureza incidental e por isso não foram colhidos maiores informes dos autores por ausência da "carta de guia".

Gráfico 4- Escolaridade dos acusados



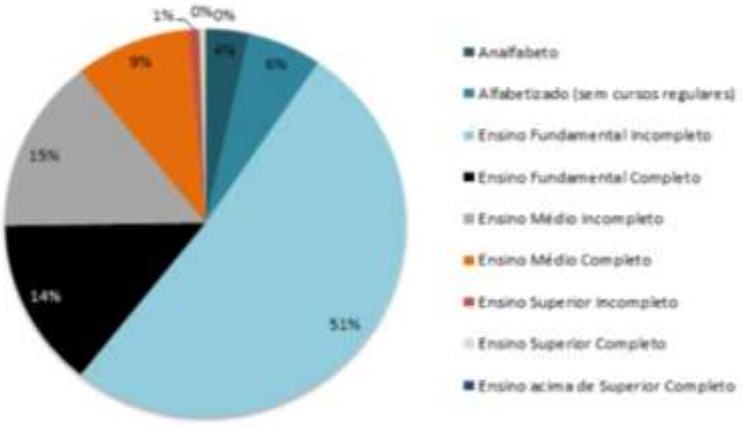
Fonte: Próprio autor

Com esses dados percebe-se que a maior parte dos acusados por furto simples são pessoas com um grau de instrução muito baixo, por não possuírem nem o ensino fundamental completo. Em razão desse baixo grau de escolaridade e diante do observado na parte de "profissão" dos autores dos crimes, pondera-se que muitos exercem algumas profissões que não costumam ser muito valorizadas no mercado de trabalho, já outras estão desempregadas, atualmente presas ou moram nas ruas.

No mesmo sentido está o relatório do INFOPEN no capítulo denominado: perfil da população prisional – escolaridade, os resultados corroboram com os analisados acima. Segue o gráfico em análise:

Gráfico 5. Escolaridade dos acusados

Gráfico 17. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Os analfabetos representam 4% da população carcerária, 6% são alfabetizados (sem cursos regulares), 51% possuem o ensino fundamental incompleto, 14% com ensino fundamental completo, 15% com ensino médio incompleto, 9% com ensino médio completo, 1% com ensino superior incompleto, 0% com ensino superior completo e ensino acima de superior completo[96].

Sabe-se que, conforme afirma a Lei de Execução Penal[97], o acesso ao sistema educacional é um direito e garantia do preso e deve ser oportunizado pelo Estado na forma de instrução escolar e profissional, objetivando a ressocialização daqueles que estão com sua liberdade privada. Neste viés, o relatório do INFOPEN, discriminou as

96 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

97 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019. Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado; Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

atividades educacionais, em tese, oferecidas no sistema prisional, que compreendem: alfabetização, formação de ensino fundamental até ensino superior, cursos técnicos (acima de 800 horas de aula) e cursos de capacitação profissional e atividades complementares, ligadas a remição da pena, como estudo por meio de leitura e outras atividades[98].

Segundo os dados do INFOPEN, 12% da população prisional nacional está envolvida em alguma atividade educacional relatadas acima. No Distrito Federal, 11% do total da população carcerária estão inseridas em atividades de ensino escolar e 0% inseridas em atividades complementares[99].

Ainda sobre o sistema educacional, registra o relatório que [100]:

> Entre as pessoas que se encontram em algum tipo de atividade de ensino escolar dentro do sistema prisional, 50% estão em formação no nível do ensino fundamental, conforme tabela 26. Cabe ressaltar que o ensino fundamental é destacada na Lei de Execução Penal como nível educacional que deve, obrigatoriamente, ser oferecido no sistema prisional, sendo que a oferta dos demais níveis depende da demanda da população e da disponibilidade de professores e infraestrutura.

Transpondo a análise agora para a atividade laboral dos presos que cumprem pena no Brasil, tem-se que apenas 15% da população prisional nacional está

98 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

99 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

100 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

envolvida em alguma atividade laboral, interna ou externa aos estabelecimentos penais. Desse número apresentado, 87% encontram-se em atividades laborais oferecidas dentro dos próprios estabelecimentos penais e apenas 13% laboram em atividades externas. O Distrito Federal possui 16% dos presos registrados em algum tipo de trabalho reconhecido pelo sistema penal[101].

Quanto a remuneração pelas atividades laborais realizadas, 75% da população prisional não recebe remuneração ou recebe menos que ¾ do salário mínimo mensal, embora a LEP[102] preveja que o trabalho do presidiário não deve ser inferior a ¾ do salário mínimo[103].

Quanto à raça, cor ou etnia no sistema prisional, 64% são negros e somente 35% brancos, enquanto que em relação a população brasileira acima de 18 anos, 53% são negros e 46% brancos, o que demonstra uma sobre-representação da raça negra no sistema penal brasileiro proporcionalmente à população nacional. No DF o recorte de raça é ainda maior, com 17% brancos e 82% negros[104].

101 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

102 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019. Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

103 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

104 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

Retornando aos dados colhidos nos formulários, tem-se o seguinte gráfico quanto à defesa patrocinada pelos réus nos processos de furto simples:

Gráfico 6- Defesa patrocinada



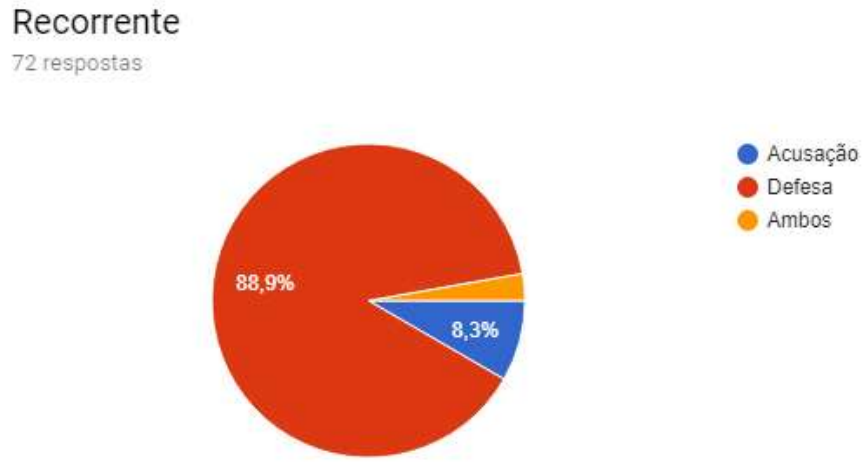
Fonte: Próprio autor

Conforme visto, 48,6% estão sob o patrocínio da Defensoria Pública do Distrito Federal, enquanto 43,1% são defendidos pelos Núcleos de Prática Jurídicas de diversas faculdades no DF e apenas 8,3% tiveram condições econômicas suficientes para serem defendidas por um advogado privado.

2.3 Dados do processo

Antes de se analisar o resultado dos acórdãos, é necessário examinar quem comumente recorre nas decisões de furto simples, se mais a defesa ou acusação, para se ter uma ideia de quem teve na maior parte dos processos o recurso desprovido, parcialmente provido ou provido integralmente, assim tem-se o seguinte gráfico:

Gráfico 7- Recorrente

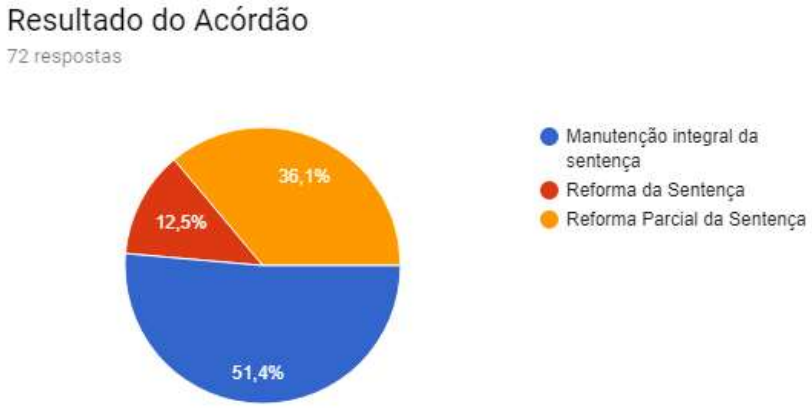


Fonte: Próprio autor

Verifica-se que 88,9% dos recursos de furto simples analisados pelo TJDFT tem como recorrente o réu, apenas 8,3% o Ministério Público e 2,8% em que ambos recorreram.

Neste diapasão, o resultado dos acórdãos prolatados foi de 51,4% para a manutenção integral da sentença, 36,1% para reforma parcial da sentença e 12,5% foram reformados integralmente, isto é, houve o provimento do recurso da defesa ou da acusação. Observa-se que das reformas integrais da sentença, dois são RESEs interpostos pelo Ministério Público e que foram providos, retornando ao juízo *a quo* para o recebimento da denúncia e apenas dois recursos, como se verá adiante, dizem respeito à absolvição do réu.

Gráfico 8- Resultado do Acórdão



Fonte: Próprio autor

Como visto, a maior parte dos recursos que sobem para análise em segunda instância tem o réu como recorrente, então, por óbvio, os resultados gerais dos acórdãos dirão respeito mais a defesa.

A reforma parcial das sentenças, quando da prolação dos acórdãos, possui alguns pontos relevantes a serem descritos. Quase todos os recursos parcialmente providos tiveram a sua reforma na dosimetria da pena, isto é, o juiz de primeiro grau na análise da primeira, segunda e terceira fases exasperavam desproporcionalmente no cálculo da pena ou reconheciam circunstâncias judiciais negativas ou agravantes que inexistiam na análise técnica dos desembargadores.

Para ilustrar essa desproporcionalidade no cálculo da pena e a sua readequação em segunda instância, retira-se alguns excertos do formulário de nº 11 julgado pela 3ª turma criminal do TJDFT [105]:

[105] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. Acórdão nº 1087411/DF. Apelação Criminal. Furto Simples. Materialidade e Autoria Comprovadas. Antecedentes. Análise Desfavorável Mantida. Quantum de Exasperação Redimensionado. Regime Fechado.

Na primeira fase, a MM. Juíza avaliou desfavoravelmente os antecedentes, aumentando a pena-base em 2 (dois) anos, fixando-a em 3 (três) anos de reclusão. Quanto aos antecedentes, agiu com acerto a Sentenciante, pois, conforme evidenciam os andamentos processuais extraídos do sítio eletrônico desta Corte de Justiça (fls. 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 136, 126), o réu já foi condenado definitivamente pela prática de crime anterior ao delito em apreço, razão pela qual, de fato, ostenta maus antecedentes. [...] No que atine ao cálculo da pena-base, a lei não impõe observância de qualquer critério lógico ou matemático para quantificar o grau de aumento ou de diminuição de pena diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis. [...] Em outros termos, ao promover a individualização da pena deve o magistrado pautar-se nos primados da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando aplicar a reprimenda necessária e suficiente para o atendimento da dupla finalidade da sanção penal. [...]. Contudo, sugere a jurisprudência dominante a fração de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância presente, ficando o juiz atrelado aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal. No caso em tela, considerando a análise desfavorável dos antecedentes e considerando que o delito perpetrado,

---

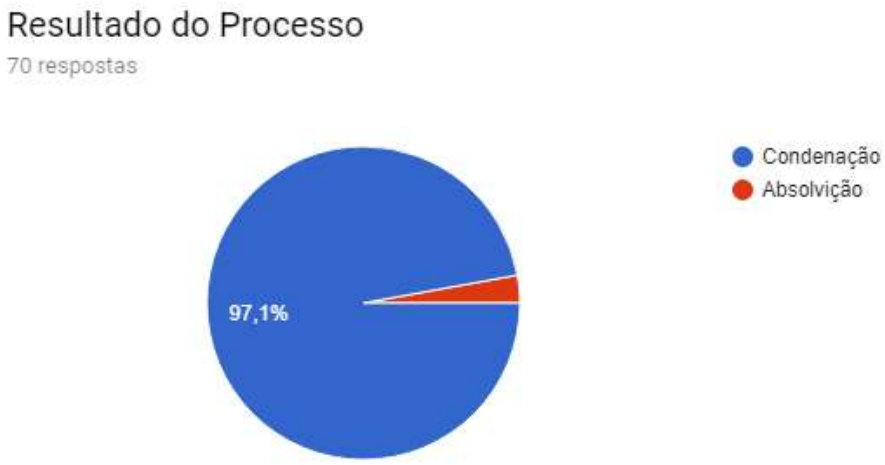
Manutenção. Direito de Recorrer em Liberdade. Improcedente. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido. 1. Decorre da aplicação do critério subjetivo-objetivo, adotado pela jurisprudência pátria, o acréscimo relativo a 1/8 (um oitavo) à quantidade de meses obtidos entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime, para cada circunstância judicial valorada negativamente na fixação da pena-base. Acréscimo maior fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impondo-se o redimensionamento da pena-base. 2. Mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena quando, embora a pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o réu é multirreincidente e ostenta avaliação desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes. 3. Não se concede o direito de apelar em liberdade, quando não foi apresentada nenhuma alteração na situação fática que demonstrasse o desaparecimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva originalmente decretada. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelante: Francisco Carlos Correa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal. Relator: Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1087411. Acesso em: 05 jan. 2019.

> furto, possui preceito secundário com penas, mínima e máxima, respectivamente, de 1 (um) e 4 (quatro) anos de reclusão, o aumento da pena de 2 (dois) anos para uma única circunstância judicial negativa fere os primados da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual diminuo a pena-base para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Pondera-se, portanto, que em primeira instância os juízes costumam julgar o crime de furto com uma austeridade que por vezes foge da jurisprudência já sedimentada no TJDFT, tornando-se imperioso para a defesa apelar para que a sentença seja reformada, pois o entendimento do Tribunal tem sido mais garantista.

Por outro lado, manutenção da sentença em primeiro grau sobressai, não obstante o número expressivo de reforma parcial da sentença de primeiro grau, a taxa de condenação em furto simples é muito alta, isso por diversas razões, colhidas nos próprios acórdãos do Tribunal. Segue o gráfico comparativo entre condenação (97,1%) e absolvição (2,9%):

Gráfico 9- Resultado do processo



Fonte: próprio autor

Só existiram dois casos de absolvição (2,9%), um foi por ausência de provas, entendeu a turma por absolver com fulcro no *in dubio pro reo*, e no outro processo houve a absolvição com base no princípio da insignificância. Todavia, a condenação em crimes de furto é alta, pois para se comprovar a autoria o depoimento da vítima tem especial relevância no processo quando conjugado com alguns outros elementos de prova [106]:

> Como se bem sabe, a jurisprudência está solidificada no sentido de que a palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio, possui especial relevância e aptidão para embasar decreto condenatório se corroborada por demais elementos probatórios. [...] Importa acrescentar que as testemunhas Elessandro Denilson Carias e Romulo Barroso Silva (mídia - fl. 87), policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, afirmaram em Juízo que no momento da prisão o apelante confessou informalmente a prática do furto indicando, inclusive, o local onde teria deixado o objeto subtraído. Portanto, a palavra da vítima, que reconheceu o réu

106 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. Acórdão nº 1097985/DF. Apelação criminal. Penal e processo penal. Furto simples. Repouso noturno. Estabelecimento comercial. Absolvição. Impossibilidade. Palavra da vítima e testemunhas. Suficiência. Causa de aumento do repouso noturno. Manutenção. Recurso conhecido e desprovido 1.Estando o decreto condenatório embasado no depoimento da vítima e das testemunhas presenciais, sua força não se abala com meras ilações e é suficiente para sustentar a condenação. 2. Mostra-se completamente irrelevante o local comercial no qual foi praticado o furto estar ou não funcionando, uma vez que o tipo penal do art. 157, § 1º, do CP tutela o patrimônio mais vulnerável durante a noite, sem qualquer exigência sobre o horário de funcionamento do estabelecimento. 3. Recurso conhecido e desprovido. Apelante: Willas Sobreira Dias. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal. Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 30 maio. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1097867. Acesso em: 05 jan. 2019.

> no momento da prisão em flagrante como sendo a pessoa que subtraiu seu aparelho celular, somada à palavra do policial, forma conjunto robusto a embasar o decreto condenatório.

Verifica-se, assim, que o depoimento da vítima e dos policiais militares responsáveis pelo flagrante foram responsáveis para embasar o decreto condenatório e confirmá-lo em segunda instância. Ademais, outra tese defensiva de absolvição amiúde rejeitada e que favorece ao menos a condenação em crime de furto tentado consta nos termos da súmula 567 do Superior Tribunal de Justiça [107]:

> Súmula 567 - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. (Súmula 567, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016)

Isso porque nos crimes de furto a maioria dos casos envolvem locais monitorados e, embora os seguranças possam estar acompanhando todas as ações suspeitas de alguém, ainda assim, e conforme o entendimento sumulado, seria possível que o suspeito se desvencilhasse das ações de segurança e monitoramento e lograsse fugir.

Outra tese defensiva muito utilizada trata-se do princípio da insignificância, responsável pela absolvição de um caso analisado, no entanto a análise deste princípio, bem como as críticas por sua frequente rejeição será feita em capítulo posterior.

107 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 567. Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. (Súmula 567, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27567%27).sub. Acesso em: 05 jan. 2019.

Por fim, a teoria utilizada no furto simples que viabiliza a consumação do referido delito, em detrimento da tentativa, mesmo sem posse mansa e pacífica do objeto furtado é a teoria da Amotio ou Aprehensio, conforme explica o próprio Desembargadora Ana Maria Amarante[108]:

[108] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. Acórdão nº 1097684/DF. Apelação criminal. Furto simples. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Valor acima do critério. Multirreincidência. Estado de necessidade. Furto famélico. Descabimento. Crime impossível. Súmula 567 do stj. Não ocorrência. Desclassificação. Forma tentada. Não cabimento. Súmula 582 do stj. Dosimetria. Conduta social. Culpabilidade. Personalidade. Antecedentes. Multirreincidência. Confissão espontânea. Readequação da pena. Regime inicial fecahdo. Acusado reincidente e com circunstâncias negativas. Súmula 269 do stj.1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância apenas possui aplicação quando houver a incidência cumulativa de seus quatro requisitos, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.2. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância quando se extrai dos autos a contumácia delitiva do apelante e o valor não se mostrar irrisório.3. Para o reconhecimento do furto famélico, de acordo com a doutrina majoritária, são necessários os seguintes requisitos: que o fato seja praticado para mitigar a fome; que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; a insuficiência de recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar.4. Descabe falar em furto famélico se o acusado não conseguir demonstrar o estado de necessidade, ou seja, o perigo atual e a inevitabilidade do comportamento lesivo.5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do Resp 1524450/RJ, adotou a teoria da amotio, pela qual o crime de furto se consuma com a inversão da posse da coisa subtraída pelo agente, ainda que por um breve momento, e mesmo sob a vigilância do ofendido e perseguição imediata, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. O entendimento pacificado consta do enunciado da Súmula 582 do STJ.6. A existência do monitoramento eletrônico realizado pela segurança do estabelecimento comercial dificulta a ação delitiva, mas não torna impossível o crime de furto. Nesse sentido já se pronunciou o STJ, no enunciado da Súmula 567.7. A prática de novo crime no curso da execução penal implica reprovação da conduta social, e não da culpabilidade do agente, sendo possível a readequação da categoria jurídica, sem que isso implique "reformatio in pejus".8. Nos termos da jurisprudência dominante do STJ, se o acusado ostenta várias condenações transitadas em julgado, é possível que cada uma delas seja considerada para valoração desfavorável de antecedentes penais, conduta social e personalidade, sem que isso implique em bis in idem. 9. A preponderância da agravante da multireincidência em relação à atenuante da confissão espontânea está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.10. Se a pena de reclusão é de até 4 (quatro) anos e o condenado é reincidente, o regime inicial será o semiaberto ou o fechado. O que irá definir isso serão as circunstancias judiciais: se desfavoráveis, vai para o fechado, e se favoráveis, vai cumprir em regime semiaberto. Essa é a posição do STJ, externada na Súmula 269.11. Apelo conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n.1097684, 20161610081735APR, Relator: ANA MARIA AMARANTE, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/05/2018, Publicado no DJE: 23/05/2018. Pág.: 116-138). Apelante: Michely Alves Correia. Apelado: Ministério Público do Distrito

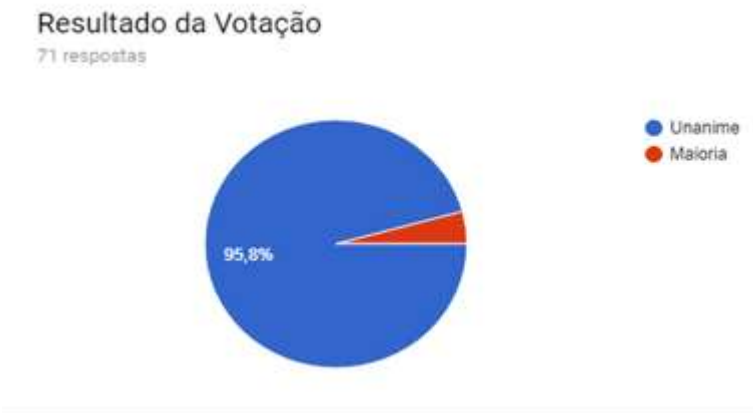
> A pretensão de que seja descaracterizada a consumação do furto para a modalidade tentada, sob a justificativa de que a consumação do crime se deu sob vigilância da segurança do supermercado, também não merece ser acolhida. A questão já foi pacificada no STJ, em sede de Recurso Repetitivo, fixando o entendimento de que a consumação do crime se dá com a inversão da posse da coisa subtraída (adoção da teoria da Amotio ou Aprehensio), sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. O entendimento pacificado consta do enunciado 582 da Súmula do STJ[109].

Já o resultado das votações sugere uma harmonia entre as turmas do TJDFT no momento do julgamento do furto simples, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

Gráfico 10- Resultado das votações.

Federal. Relator: Desembargador Ana Maria Amarante. Brasília, 23 maio. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1097684. Acesso em: 05 jan. 2019.

[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 582. Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_582_2016_Terceira_Secao.pdf. Acesso em: 05 jan. 2019.



Fonte: Próprio autor

Os julgamentos por unanimidade representam 95,8% dos processos analisados e houve o julgamento por maioria em apenas 4,2% dos casos.

2.4 Dados da dosimetria da pena

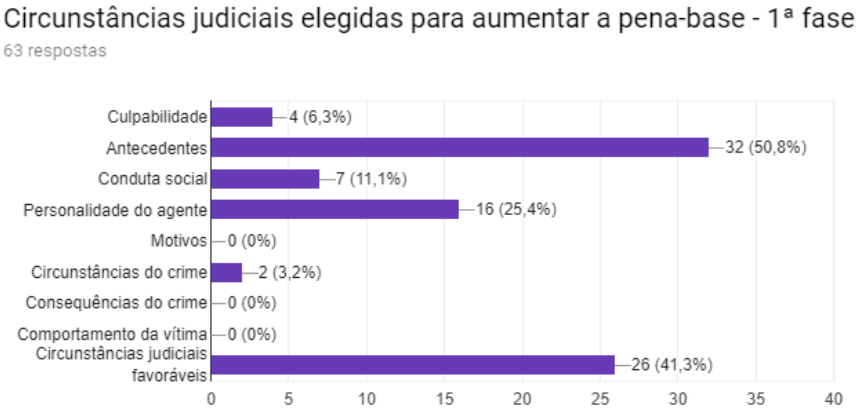
Alguns dados do processo serão analisados neste capítulo para que haja uma melhor correlação com os dados colhidos na dosimetria da pena realizada pelos desembargadores do TJDFT na análise do tipo do furto simples.

A primeira fase da dosimetria da pena é realizada conforme prescreve o art. 59 do Código Penal[110], então quando o juiz percebe alguma circunstância judicial negativa na análise do caso concreto, a pena-base é elevada. Em 57% dos casos de furto simples a pena-base foi exasperada em razão de alguma circunstância judicial negativa, restando 43% dos casos em que ela foi fixada no mínimo legal de 1 ano de

110 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

reclusão. Segue o gráfico que demonstra quais circunstâncias judiciais negativas foram elegidas na análise dos acórdãos:

Gráfico 11- Circunstâncias judiciais



Fonte: Próprio autor

As circunstâncias judiciais favoráveis na análise da primeira fase representaram 41,3%, a culpabilidade alcançou 6,3%, os maus antecedentes 50,8%, conduta social com 11,3%, personalidade do agente com 25,4% e circunstâncias do crime com 3,2%. Os maus antecedentes preponderaram na análise dos casos, e por frequentemente aumentar a pena-base também houve reflexos, como será visto, na fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso.

A personalidade do agente foi analisada pelo número de processos que estabelecem os maus antecedentes, reincidência e multireincidência, demonstrando, na visão dos desembargadores, uma personalidade voltada para o crime.

Na segunda fase da dosimetria, a única agravante que foi utilizada para exasperar a pena é a agravante da reincidência. A sua presença foi registrada em

61,53% dos processos analisados. E trata-se de um ponto importante no momento da fixação da pena, pois tem reflexo direto no regime de cumprimento e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, além de estabelecer, se multireincidente, a manutenção da prisão preventiva em primeira instância.

Dentre as atenuantes registradas, a confissão espontânea despontou-se em 53,84% dos casos analisados. A menoridade relativa do agente surgiu em 4,61% dos casos.

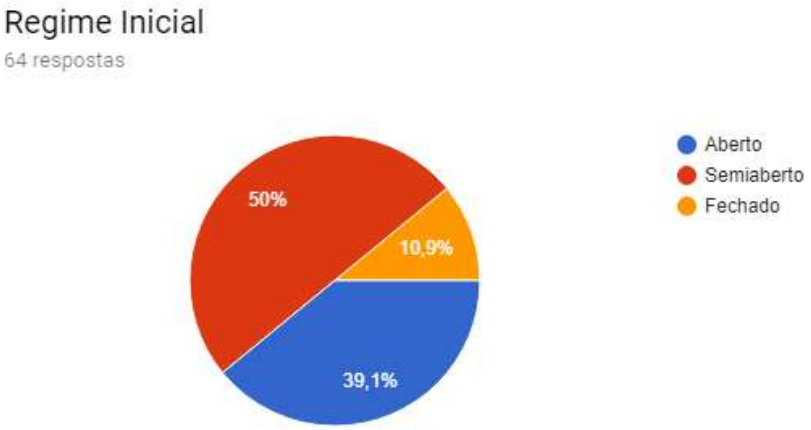
Na terceira fase da dosimetria da pena, a única causa de aumento registrada foi a constante no art. 155 §1º do CP[111], com 7,69% de ocorrência. Já nas causas de diminuição da pena a tentativa teve sua ocorrência em 13,84% dos casos, com as ressalvas anteriormente levantadas. O arrependimento posterior mostrou-se em 3.07% dos casos e o furto privilegiado, constante do art. 155, §2º[112], com 9,23% dos registros totais.

O regime inicial de cumprimento da pena tem na reincidência e maus antecedentes os motivos para a o seu agravamento, conforme registro do gráfico:

Gráfico 12- Regime Inicial

111 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

112 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2018. Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.



Fonte: Próprio autor

Percebe-se que 50% dos casos teve o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, o regime aberto comportou o número de 39,1% dos registros e o regime fechado com 10,9%. Só foi utilizado o regime aberto nos casos quem não estava presente a agravante da reincidência ou até mesmo os maus antecedentes.

Somando-se os dados do regime semiaberto com o fechado o resultado dará 60,9%, número que praticamente representa as ocorrências da reincidência, conforme visto anteriormente. O regime fechado só foi estabelecido em casos de multireincidência ou quando o agente possuía além de maus antecedentes, alguma outra circunstância judicial negativa e reincidência.

A mesma correlação entre a agravante da reincidência é vista no momento de se substituir a pena privativa de liberdade estabelecida para a pena restritiva de direitos, segundo gráfico a seguir:

Gráfico 13- Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

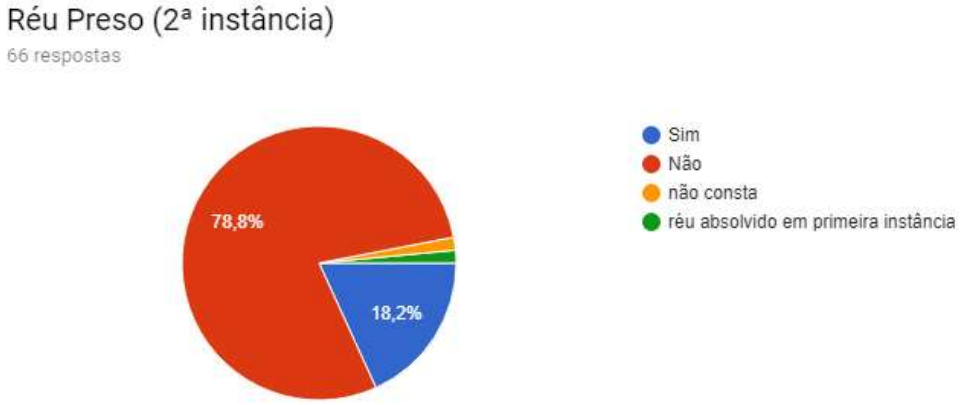


Fonte: Próprio autor

Em 64,6% dos casos não houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em contraponto em 35,4% houve a substituição. O percentual só se elevou um pouco além da reincidência porque em alguns processos, somente com presença dos maus antecedentes na primeira fase, já foi considerado o suficiente para não se substituir a pena.

Outra questão abordada no formulário, foi se o réu ficou ou não preso preventivamente, após prolatada a sentença em primeira instância, isto é, se o juiz concedeu ao acusado o direito de recorrer em liberdade, até a confirmação do decreto final.

Gráfico 14- Réu Preso



Fonte: Próprio autor

Pelos dados elencados acima, observa-se de pronto que 78,8% dos casos registrados apontam que ao réu foi concedido o direito de apelar em liberdade após a confirmação do decreto condenatório em primeiro grau, já 18,2% dizem respeito aos acusados que teve a manutenção da prisão preventiva decretada em razão do alto índice de reincidência e maus antecedentes, precavendo-se a ordem pública.

Um ponto a ser esclarecido é que o juiz de primeira instância concede ao réu o direito de apelar em liberdade se não já estiver preso por outro motivo. Apesar de ser alto o número dos casos em que o réu pode apelar em liberdade, na prática esse número cai bastante exatamente por conta dos antecedentes criminais e reincidência, pois muitos dos acusados se encontram respondendo por outros crimes em fase de execução da pena. Assim, esse percentual reflete apenas o caso isolado do furto simples.

Observou-se que o instituto da reparação do dano previsto no art. 387, IV do Código de Processo Penal[113], nos julgados do crime de furto simples não costumam ser muito utilizados, dado que a maior parte dos furtos que são levados ao juízo ocorrem em situação de flagrância, momento em que os bens subtraídos são prontamente restituídos não havendo o que se falar em indenização material. Estes casos de restituição dos bens foram registrados em 64% dos casos, quanto a eventuais danos morais, não houve nenhum pedido expresso do Ministério Público neste sentido.

Para se estabelecer qualquer indenização material às vítimas dos furtos em que os bens não foram restituídos é necessária uma perícia atestando o valor aproximado do bem e um pedido expresso do MP neste sentido. Por isso, os casos em que se estabeleceu a reparação dos danos materiais comportaram uma porcentagem de ocorrência baixa de 10,7% dos registros. Por óbvio que não impede uma ação cível no sentido de atestar uma eventual reparação de danos. No restante dos casos em que o bem não foi restituído, inexistiu no processo pedido expresso do MP para que fosse reparado eventuais prejuízos.

3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO OU À PENALIZAÇÃO DO FURTO SIMPLES

Hodiernamente, assusta, à primeira vista, o quantitativo de tipos penais patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto que alguns juristas esperavam a superação deste tipo penal por outros de maior relevância, a realidade ainda é a predominância não só da excessiva tutela penal patrimonial, mas também a

113 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 6 jan. 2018. Art. 387 juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

sua incidência sobre um perfil de uma classe social distinta, correspondendo a uma classe mais pobre, popularmente desfavorecida social e economicamente[114].

Fazendo uma breve análise do crime de furto, artigo 155 do Código Penal[115], verifica-se que a sua pena é de um ano a quatro anos de reclusão, o que o torna igual ou mais grave que os crimes de aborto, aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante, lesão corporal leve, abandono de incapaz, maus-tratos, constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, dentre inúmeros outros. Estes crimes citados estão dispostos no Título I, que são os crimes contra a pessoa[116].

Com essa rápida análise, o título mencionado é responsável por garantir a proteção aos principais bens jurídicos da sociedade, com suas respectivas sanções penais. No entanto, como se percebe, os delitos que afrontam o patrimônio são, por muitos momentos, colocados acima de outros bens jurídicos mais relevantes e com uma excessiva tutela penal, que demonstra nada mais do que desproporcionalidade na sua aplicação. Essa desproporcionalidade aumenta quando o furto se torna qualificado, elevando a pena base para as margens de dois a oito anos de reclusão. Estes limites são os mesmos impostos ao delito daquele que reduz alguém à condição análoga à de escravo[117].

114 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

115 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jan. 2018. Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

116 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

117 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

Do exposto, observa o professor Netto [118]:

> O bem jurídico patrimônio é, sem dúvida, objeto de intensa proteção, permitindo a afirmação de que no Direito Penal brasileiro há uma supervalorização da tutela penal patrimonial. Essa supervalorização aparece, como visto, tanto na excessiva resposta punitiva do Estado em delitos dessa modalidade, quanto na criminalização das mais diversas condutas que vislumbrem a afetação patrimonial. Em linguagem figurativa, a legislação brasileira estabelece um completo cerco de proteção aos institutos patrimoniais, utilizando, para tanto, o recurso criminal em elevado grau de severidade.

Com o fito de compreender essa desproporcionalidade nos crimes patrimoniais, é imprescindível verificar como a norma se estrutura e a influência desta estrutura na atividade do legislador e do magistrado. A norma aparece jungida a um preceito primário e secundário. O primeiro estabelece um comportamento proscrito e o segundo é a sanção a ser imposta nos casos de sua realização. Isto é, de uma situação fática tipificada surge uma consequência jurídica como regra de imputação[119].

A norma primária vincula o cidadão prescrevendo ou proscrevendo uma conduta a ser observada, já a norma secundária vincula o juiz no momento em que aquele não observar o que foi imposto pelo ordenamento jurídico[120].

A norma é debatida no meio doutrinário como possuindo uma característica impositiva/determinativa, decorrente de seus aspectos primário e secundário e a característica de ser valorativa. O campo da valoração da norma é feito pelo

118 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28.

119 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

120 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

legislador diante dos fatos que envolvem determinada conduta, fazendo com que o sistema jurídico tutele ou não determinados efeitos advindos dos fatos observáveis. O julgador, mesmo que de menor monta, também faz esse trabalho valorativo no momento de aplicar a norma. É certo que, diante de um delito, o magistrado é obrigado a impor uma sanção, por violação da norma primária, no entanto essa ação do julgador também deve ser delimitada pela valoração que o caso concreto oferece[121].

Nessa linha de intelecção, o legislador, diante do nosso contexto econômico-liberal, faz valorações rígidas do bem jurídico "patrimônio" fazendo com que o Direito Penal atue, com o auxílio de seus instrumentos persecutórios, de forma desproporcional. Com esse procedimento do Legislativo, no momento de se aplicar a norma, toda a sua carga valorativa da origem recai sob a atividade do Judiciário, colocando-se a norma, dentro do caso concreto, com um peso desprovido de qualquer proporcionalidade[122].

O fim deste trabalho é criar um campo importante de reflexão sobre essa carga valorativa que ainda vincula o bem jurídico patrimônio no ordenamento jurídico-penal proporcionando não só a reflexão abstrata em torno do furto simples, mas discutindo também propostas concretas alternativas para o seu tratamento.

O furto simples é um tipo penal interessante para se discutir e evidenciar um Direito Penal desigual, com suas facetas estigmatizantes e seletivas. O estudo deste crime está para além da discussão da desproporcionalidade de sua pena, mas

121 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

122 NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

perpassa também pela busca da razão de existir um controle penal tão rígido e organizado com o fim de realizar a gestão da miséria por meio do Direito Penal.

Destaca-se, neste viés, a relevância de se discutir alternativas não penais ou despenalizadoras com o fim afastar a rígida atuação opressora das instâncias de controle sobre uma determinada coletividade que incorre especificamente neste crime. Ademais, é um delito que não evidencia violência ou grave ameaça à pessoa, perfazendo somente um insulto ao bem jurídico patrimonial *per si.*

Medidas alternativas não penais seriam medidas de descriminalização do que era então considerado um crime. Trata-se de um *abolitio criminis* em que aquela conduta antes tipificada no Código Penal não pode ser mais alvo da persecução do Estado. Trata-se de um irrelevante penal, mas que pode ainda ter sua relevância em outras esferas independentes, como na cível e administrativa.

Já as medidas de despenalização são medidas que ainda perpetuam determinada conduta como um relevante penal, contudo há uma mudança no seu tratamento. Essa mudança por surgir por meio de uma modificação de pena, de cumprimento de pena, redução de pena e etc.

Assim, enquanto a descriminalização retira do âmbito penal a proteção drástica das instâncias de controle e aprisionamento, a despenalização dá uma tratativa diferente da antes enfocada dentro de um viés, por vezes, muito mais humanizador.

Nesta linha de intelecção e como evidenciado no capítulo anterior, a atuação estatal por meio da criminalização e encarceração somente contribui para afastar qualquer solução cabível na recuperação dos indivíduos que incorrem no tipo penal do furto e que demonstram diversas carências como instrução básica e

profissionalizante, além dos estereótipos que carregam por ainda possuírem as marcas da persecução penal e a da reincidência.

3.1 Análise doutrinária do furto simples

A ação incriminada no furto consiste em subtrair, que tem como ideia a ação de diminuir, deduzir, retirar, tirar às escondidas a coisa da vítima, isto é, o agente retira a coisa do campo de proteção de quem é o seu real titular. Nota-se que a clandestinidade não necessariamente é um elemento do tipo, a subtração pode ocorrer de forma ostensiva desde que idônea de inverter a posse do bem objeto da ação do agente[123].

O dissentimento é uma elementar do tipo do furto simples, sob pena de não se considerar típica a conduta do agente, contudo se houver o consentimento, este só terá eficácia se feito em momento anterior ou concomitante a apreensão da *res*, não tendo validade se feita em momento posterior. Há necessidade, por fim, de que este consentimento tenha sido dado por quem de fato detém o poder de propriedade ou posse legítima do bem e que esteja no gozo de sua capacidade e autodeterminação[124].

Trata-se o furto simples de um delito de forma livre, em que se mostra irrelevante que seja praticada na presença ou ausência da vítima, atentando-se que a subtração pode ser realizada mediante apreensão direta da coisa, com o emprego de

[123] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

124 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

instrumentos, até mesmo animal adestrado e por meio de um autor mediato, uma interposta pessoa[125].

Há uma discussão doutrinária sobre o conceito de patrimônio e o que este abarca para efeitos da tutela penal patrimonial. O entendimento majoritário é que o patrimônio, objeto do furto, deve ter algum valor economicamente aferível, apesar de haver, dependendo do caso concreto, exceções de bens que não possuem diretamente um valor econômico relevante, no entanto para a vítima possui um alto valor afetivo e sentimental o que justifica, em alguns casos, a ação do controle penal com o fim de tutelar esses interesses[126].

No que se refere ao conceito de ser móvel a coisa subtraída, tem-se que este conceito abarca tudo o que possa ser passível de deslocamento, remoção ou apreensão. Embora o código civil excepcione algumas situações criando por ficção jurídica a característica de imóvel a determinados bens, esta ficção não tem aplicabilidade para o Direito Penal, que considera móveis todos aqueles que estão aptos para deslocamento, mesmo esses excepcionados pela lei civil[127].

A intangibilidade da *res* não desnatura a conduta delituosa, desde que passível de apreensão, como os gases e líquidos. Sobre o elemento "alheia", este indica que só pode ser furtado bens que possuem de fato um proprietário, não podendo ser objeto

[125] PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

126 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

127 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

do furto bens sem dono (*res nullius*), as coisas abandonadas (*res derelictae*) e as coisas comuns[128].

O tipo subjetivo é orientado pelo dolo, ou seja, vontade livre e consciente de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. O elemento subjetivo está caracterizado por ser um delito de intenção, em que o agente possui um fim de agir assegurada no propósito de assenhoramento da *res* subtraída. Ademais, dispensa-se a ideia de lucratividade da ação, dado que ela pode ser realizada por mero capricho ou vingança o que não deixa de ser considerado furto[129].

Apesar de existir controvérsias no que se refere ao momento consumativo do furto, para o TJDFT o momento consumativo deve ser orientado pela teoria da *amotio* em que se exige a inversão da posse da coisa, mesmo que por um breve período, e, portanto, dispensa-se a posse mansa e tranquila do bem, conforme explicado em parágrafo anterior.

Por fim, outro ponto importante é sobre o furto mediante arrebatamento, no qual a conduta delituosa sobressai com certa severidade, no entanto essa ação é dirigida sobre a coisa e não pessoa, por isso tem-se o entendimento de que, ausente a violência e grave ameaça a pessoa, a ação mediante arrebatamento da coisa configura furto simples[130].

3.2 Dos maus antecedentes e reincidência no furto simples

128 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

129 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

130 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 871.

Analisar os maus antecedentes e reincidência no sistema penal é debruçar sobre as falhas deste sistema, que formalmente diz buscar a recuperação do desviante, mas que somente contribui para uma maior deflagração do desvio. Apesar dos discursos de autoridade dos magistrados de justificar a pena com base em uma ressocialização falaciosa, os dados concretos apontam para uma embolia sistêmica, que faz aumentar a reintrodução do indivíduo no crime, após a própria entrada dele no sistema carcerário.

Isso deve-se a diversos fatores, alguns deles foram relatados no capítulo anterior, como a superlotação das prisões, que na penitenciária do Distrito Federal encontra-se com o dobro de pessoas com a relação as vagas disponíveis (taxa de ocupação de 210,2%). Deste número apenas 11% estão envolvidos com alguma atividade educacional que o sistema penitenciário oferece, e somente 15% se encontram envolvidos com algum trabalho que na sua maioria é desenvolvido dentro das prisões[131].

Estes não são dados estanques e isolados, eles se encontram intimamente imbrincados e desaguam na falta de estrutura e descaso do sistema penitenciário com relação aos recuperandos. O discurso formal do legislador e dos magistrados seguem na mesma linha, o art. 59 do CP[132] aborda que a fixação da pena deve ser

131 BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019

132 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 7 jan. 2018. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

suficiente para a repressão e prevenção do crime. Os magistrados aduzem pelo empoderamento do sistema penal capaz de coibir o crime, transcreve-se[133]:

> Assim, concluo que a culpabilidade do autor, no caso em tela, foge àquela pertinente a espécie, pelo fato de demonstrar que este não se ateve ao propósito ressocializador da pena, preferindo voltar a delinquir, abusando, portanto, da confiança nele depositada pelo Estado-Juiz.

Seguindo nessa argumentação, registra-se outro acórdão [134]:

133 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. Acórdão nº 1084760/DF. Apelação criminal - furto simples - princípio da insignificância - não cabimento - dosimetria. I. A aplicação da insignificância exige mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ausentes os requisitos.II.O Sentenciante não utilizou nem o critério de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, nem o de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre os limites máximo e mínimo da pena. O último entendimento é mais próximo do quantum fixado na sentença.III. Apelo parcialmente provido para reduzir as penas.(Acórdão n.1084760, 20170210013918APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/03/2018, Publicado no DJE: 02/04/2018. Pág.: 170/179). Apelante: Luiz Guilherme Alves da Conceição. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Sandra de Santis. Brasília, 02 abril. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1084760. Acesso em: 05 jan. 2019.

134 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. Acórdão nº 1103608/DF. Apelação criminal. Furto simples. Atipicidade material. Princípio da insignificância. Absolvição incabível. Valor da res furtiva. Desvalor da conduta. Existência de ação penal em curso contra o réu. Reconhecimento do furto priveliago. Não acolhimento.execução provisória da pena. Possibilidade.1. Devidamente evidenciadas a autoria e a materialidade do delito de furto simples, sobretudo pelas declarações da testemunha policial, responsável pela prisão em flagrante do réu na posse da res furtiva, aliadas ao depoimento do representante da loja vítima, que reconheceu os bens como sendo de propriedade da empresa, bem como da confissão extrajudicial do réu, não merece acolhimento o pleito defensivo para absolvição.2. Inaplicável o princípio da insignificância ou o reconhecimento do furto privilegiado, se os bens subtraídos alcançam valor total superior a R$800,00 (oitocentos reais), quase a importância de um salário mínimo vigente à época do fato, e está o réu respondendo a outra ação penal por crime contra o patrimônio.3. De acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não configura ofensa ao princípio da não culpabilidade o início do

> Não bastasse isso, da análise de sua folha penal (fls. 27/30), vê-se que ele está respondendo a outra ação penal pelo mesmo crime aqui analisado, qual seja, furto, na forma tentada, aspecto que reforça a reprovabilidade de sua conduta, pois indica não ser a presente conduta delituosa um fato isolado em sua vida, ensejando repressão estatal hábil a coibi-lo de incidir em novas empreitadas delitivas.

No entanto, percebe-se que é exatamente a imposição da pena, em meio ao caos do sistema penitenciário, que reforça os fatores desviantes no indivíduo. Os dados levantados no capítulo 2 indicam que as taxas de reincidência e maus antecedentes no crime de furto simples são de 61,53% e 50,8% respectivamente. São taxas altíssimas, pois de 100 pessoas que entram no sistema penitenciário para cumprimento de pena provisória ou definitiva, aproximadamente 38 delas não são consideradas tecnicamente reincidentes e 50 delas terão as penas-bases agravadas pela circunstância judicial negativa dos maus antecedentes.

Verifica-se formalmente a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Ademais, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5

---

cumprimento da pena, após a manutenção da sentença condenatória em segunda instância, porquanto os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, que, em regra, não possuem efeito suspensivo, não se prestam a rediscutir fatos e provas.4. Recurso conhecido e não provido.(Acórdão n.1103608, 20160111121774APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/06/2018, Publicado no DJE: 19/06/2018. Pág.: 152/171). Apelante: Jean da Silva Gomes Monteiro. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Demetrius Gomes Cavalcanti. Brasília. 14, jun. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1103608. Acesso em: 05 jan. 2019.

anos. Neste caso, superado este prazo reconhece-se apenas os maus antecedentes.[135] Se existirem duas condenações distintas já transitadas em julgado é possível a valoração de cada uma para reincidência e maus antecedentes sem que isso gere *bis in idem.*

Ademais, outro ponto observado é o efeito em cascata que a reincidência e os maus antecedentes geram para o agravamento de diversas circunstâncias judiciais, além do reconhecimento de agravantes, recrudescimento do regime inicial de cumprimento da pena e a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No momento da fixação da pena-base pelos desembargadores, registrou-se [136]:

135 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 7 jan. 2018. Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Art. 64 - Para efeito de reincidência: não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

136 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (3. Turma). Apelação. Acórdão nº 1105399/DF. Furto simples. Prova pericial corroborada por prova oral. Comprovação de materialidade e autoria. Condenação. Manutenção. I - Não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória quando as provas carreadas aos autos são harmônicas, coesas e aptas a demonstrar a autoria do delito praticado.II - Há provas suficientes da autoria do crime de furto se Laudo papiloscópico comprova a presença do réu dentro do veículo furtado, a vítima efetua o reconhecimento com absoluta certeza e segurança de que o acusado estava no local do crime, as provas orais corroboram as demais de forma harmônica e não há qualquer elemento que refute as teses acusatórias.III – Recurso conhecido e desprovido.(Acórdão n.1105399, 20140910220285APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Revisor: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/06/2018, Publicado no DJE: 29/06/2018. Pág.: 150/164). Apelante: Daniel Santana. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Nilsoni de Freitas Custodio. Brasília, 29 junho. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre

> Ademais, havendo diversas condenações criminais transitadas em
> julgado, uma delas poderia ter sido utilizada para a configuração da reincidência enquanto as outras poderiam ter servido para o exame desfavorável dos antecedentes, da personalidade e da conduta social, desde que não fosse utilizado o mesmo registro para fundamentar circunstâncias variadas.

Em outro acórdão registrou o desembargador relator [137]:

> Quanto à personalidade do apelante, o conjunto probatório demonstra que o réu possui personalidade voltada para o mundo do crime. Com efeito, analisando a vida pregressa do réu, percebe-se que os delitos cujas certidões estão colacionadas às fls. 104, 109, 110, 111, 112, 113, 119- 120, 122 e 124 denotam que o crime é um elemento que integra o modo de vida do sentenciado, o que autoriza a concluir que a

---

&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1105399. Acesso em: 05 jan. 2019.

[137] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma). Apelação. Acórdão nº 1074417/DF. Penal. Furto simples. Dosimetria da pena. Análise desfavoravel da personalidade mantida. Quantum desproporcional de aumento pela prevalência da reincidência sobre a confissão espontânea. Adequação. Pena reduzida. Regime semiaberto fixado. Pena pecuniária.1. Mantém-se a valoração desfavorável da personalidade, uma vez que possui motivação idônea para esse fim.2. Desproporcional o aumento relativo à preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, procede-se à sua adequação.3. Fixa-se o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, por ser a pena inferior a 4 anos, réu reincidentee desfavoráveis os antecedentes e a personalidade, à luz da alínea "b" do § 2º do art. 33 do Código Penal.4. Reduz-se a pena pecuniária em razão da sua fixação decorrer da natureza do delito, da situação econômica do réu e para guardar certa proporção com a pena privativa de liberdade.5. Apelação conhecida e parcialmente provida.(Acórdão n.1074417, 20161610052413APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2018, Publicado no DJE: 21/02/2018. Pág.: 119/137). Apelante: Sergio Ramos Pessoa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador João Batista Teixeira. Brasília, 21 fev. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1074417. Acesso em: 05 jan. 2019.

> personalidade do apenado se encontra, ainda que em uma análise mais benevolente, comprometida com o mundo do crime.

Pelos excertos retirados acima, nota-se que em razão da reincidência múltipla o indivíduo que responde pelo furto simples terá sua pena-base aumentada pelo reconhecimento de três circunstâncias judiciais negativas, qual seja os antecedentes, personalidade e conduta social, desde que baseadas em condenações distintas, além de outra condenação separada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Além disso, a reincidência é um dos elementos a serem observados para o deferimento de eventual substituição de uma pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme dispõe o art. 44 do Código Penal[138]. Em razão disso, mesmo o furto simples sendo um crime que não envolve violência e grave ameaça, o deferimento da substituição ocorreu somente em 35,4%. Já o cumprimento de pena teve o regime de cumprimento aberto somente em 39,1% dos casos registrado em razão dos vetores em análise, conforme visto em dados levantados no capítulo 2.

Em decorrência da reincidência além da pena aplicada se tornar mais grave, perde-se qualquer possibilidade de substitui-la por medidas alternativas à prisão e o seu cumprimento provavelmente iniciará em um regime mais gravoso, cumprindo-se, assim, o controle e gerência da miséria por meio do Direito Penal.

3.2 Do princípio da insignificância

O princípio da insignificância é uma das teses mais aventadas nos processos que envolvem furto simples, pois na maioria deles a *res furtiva* se resume a um valor

[138] BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 8 jan. 2019. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: II - o réu não for reincidente em crime doloso

módico o que faz necessário debater se no caso concreto houve ou não efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma e se houve o preenchimento dos critérios elencados pelo Supremo Tribunal Federal para o seu reconhecimento.

Resumidamente, o princípio da insignificância pode ser explicado nas palavras do relator [139]:

> A Defesa argumenta que estariam presentes os quatro vetores apontados pelo Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento do crime de bagatela: ausência de periculosidade da ação, mínima ofensividade e falta de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica causada. Sem razão, contudo. O princípio da insignificância ou da bagatela, embora não previsto em lei, tem aplicação prevista pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, a

139 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (1. Turma). Apelação. Acórdão nº 1099916/DF. Apelação. Furto simples. Atipicidade material. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Aumento de pena pelo repouso noturno. Manutenção. Recurso conhecido e desprovido.1. O reconhecimento do princípio da insignificância só é possível "quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (RHC nº 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 12/8/14). 2. Inviável a aplicação do princípio da insignificância quando a reprovabilidade da conduta do agente é considerável em razão, principalmente, da contumácia delitiva. Precedentes.3. A causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 155 do Código Penal tem o escopo de agravar a pena se o crime é cometido em horário em que se presume maior vulnerabilidade da sua vigilância (período compreendido entre 22h e 6h). Não importa se o local está ou não habitado, se é destinado a residência ou a atividade comercial ou, ainda, se é de natureza móvel ou imóvel. 2.1. Constando que o crime ocorreu às 01h50min da madrugada, aplica-se a majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal.4. Recurso conhecido e desprovido.(Acórdão n.1099916, 20170110079087APR, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Revisor: GEORGE LOPES, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 24/05/2018, Publicado no DJE: 05/06/2018. Pág.: 146-159). Apelante: Euripedes Caitano da Costa Relator. Apelado: Ministério Público Do Distrito Federal E Territórios Relator: Desembargador Carlos Pires Soares Neto. Brasília, 05 jun. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1099916. Acesso em: 05 jan. 2019.

> fim de excluir a tipicidade penal nos casos em que a ofensividade da conduta, de tão ínfima, não chega a ser penalmente relevante. A orientação jurisprudencial e doutrinária considera o princípio da insignificância como medida de política-criminal, na medida em que funciona como vetor interpretativo restritivo do tipo penal, objetivando a exclusão da incidência do Direito Penal perante as situações que resultem em ínfima lesão ao bem jurídico tutelado. Sua aplicação decorre da premissa de que o direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. [...] Ora, o emprego do postulado da bagatela não se limita à aferição da simples importância pecuniária do bem subtraído ou atingido. Até porque, ao se fazer isso, a infração penal imputada ao agente não será devidamente repreendida, o que resultaria no aumento da reiteração da conduta criminosa, gerando insegurança na sociedade. Além disso, serviria como verdadeiro estímulo à impunidade, à consumação de ilícitos e à violência urbana, transmitindo ao cidadão honesto um sentimento de descaso estatal ante a delinquência desenfreada. No caso dos autos, a teor da folha de antecedentes penais de fls. 128/136, constata-se que o apelante já foi condenado por crime contra o patrimônio (fls. 131/131-v), sendo certo que tal circunstância agrava a reprovabilidade de sua conduta, pois tem feito do crime seu modo de viver, mostrando-se impossível o afastamento da tipicidade material. Além disso, consta uma ação penal em curso também por delito contra o patrimônio (fl. 129); e outra condenação recorrível por furto praticado meses depois do caso sob análise (fl. 130). Neste contexto, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a ser possível a aplicação do princípio da insignificância, pois, independentemente do valor atribuído aos bens subtraídos, extrai-se dos autos a contumácia delitiva do apelante.

Embora existam decisões no STJ e STF de que a reincidência *per si* não é um elemento suficiente para o não reconhecimento do princípio da insignificância, na

prática os seus efeitos acabam sendo reconhecidos no momento de sopesar as circunstâncias do caso concreto. Isso porque, no entendimento do TJDFT, haveria um estímulo à reiteração da conduta criminosa, por consequência não se tornaria mínima a ofensividade da conduta, inexpressividade da lesão jurídica e reprovabilidade da ação. Mesmo que a coisa subtraída se restrinja a um pequeno valor, se o indivíduo possuir em sua folha de antecedentes criminais outras condenações por crimes contra o patrimônio, absolvê-lo com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal[140] seria motivá-lo a reincidir.

Neste viés, somente um caso analisado houve a absolvição baseada no princípio em comento, nos demais ou a coisa subtraída não era de pequeno valor o que, em tese, aumenta a gravidade do caso ou a reincidência operada nos efeitos comentados obstruía o seu reconhecimento.

Assim, a utilidade deste princípio é mínima, pois, em tese, diante de ações que não expõe a risco o bem jurídico tutelado pela norma do furto simples, em razão da reincidência ou maus antecedentes do indivíduo, dificilmente haverá a incidência de seus efeitos com o fito de absolver o agente.

3.3 A descriminalização do furto simples e o Direito Penal Mínimo

Em importante passagem de seu livro, Globalização – as consequências humanas –, Zygmunt Bauman relembra que o aprisionamento na contemporaneidade sempre foi visto como a forma última mais radical de confinamento espacial, sendo utilizado nos diversos setores inassimiláveis e

140 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2019. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: III - não constituir o fato infração penal.

problemáticos da população incontrolável, como os loucos, leprosos, escravos, criminosos e etc. Como forma de marcar e estigmatizar essa parte da população, determinados sinais foram criados com o fito de isolar e informar no corpo dessas pessoas a sua proveniência e do espaço a que elas pertenciam[141].

As casas de correção, locais onde se segregavam indivíduos, inicialmente eram construídas com o objetivo primaz de corrigir o comportamento desviante e, com isso, permitir o retorno do indivíduo à "sociedade normal" ou "do bem", no sonho distante de Jeremy Bentham e no idealismo de seu Panóptico. Esses locais voltados a interromper a decadência moral de seus tutelados poderiam ser utilizados em manicômios, escolas, orfanatos, presídios[142].

No intento utilitarista de Bentham, reutilizar e readequar o indivíduo criminoso para a sua volta às lides da produção e da normalidade traria muito mais benefícios do que isolá-lo da sociedade ou eliminá-lo. A pena, neste viés, possuía um caráter de ressocialização, embora até os dias de hoje exista a discussão se de fato esses locais de segregação possuíam o propósito declarado de reabilitação. Entre os pesquisadores a opinião é de que, não obstante as intenções deste sistema de correção, essas casas de confinamento caminhavam contra a reabilitação[143].

A crítica de Bauman é para o momento em que a pena perdeu esse caráter idealizador de ressocialização e passou a ser executada dentro do sistema penitenciário somente com o intuito de degradar e isolar a personalidade, este

[141] BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.113.
142 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116.
143 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116

momento da história é denominado por ele como a pena e prisões na idade da pós-correção[144].

A partir de 1970, em uma escala global, cresceu numerosamente os investimentos e os gastos públicos na maioria dos países com relação ao sistema penitenciário e o recrudescimento de leis penais, graças a políticas conservadoras norte-americanas intituladas "tolerância-zero" e combates incessantes contra a globalização das drogas.

Neste viés, surge, como polo atrativo de idealizações, a linha de pensamento conservador de proteção da "lei e ordem" necessária para conter determinados segmentos populacionais marginalizados e produtores da criminalidade. Como um meio de acalmar a ansiedade da sociedade e proporcionar uma falsa ilusão de segurança pública, incrementou-se, deste modo, a punição através do encarceramento vista como uma forma eficiente de conter essa nova ameaça social[145].

Para a consecução destes fins, houve uma retração dos investimentos sociais, especialmente nos Estados Unidos, com consequente aparelhamento do Estado penal e policial vistos como investimentos em segurança pública. Por sua vez, as ações repressoras deste Estado policial mantinham-se centradas de onde surgiam a gangrena da criminalidade, isto é, os pobres setores marginalizados dos "indesejáveis"[146].

144 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116
145 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.116.
146 WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 17.

Com este incremento do Estado penal e com as exigências da "sociedade de bem" de segregação dos não ajustáveis, a pena volta a ser projetada como uma prevenção geral negativa ou de dissuasão e deixa à margem os objetivos da prevenção especial positiva da pena.

A prisão, contudo, não carreia consigo apenas a ideia chave de isolamento, mas também de expulsão, de "arrancar o mal pela raiz" e dar a sensação de segurança, pois aqueles que feriam a ordem e leis locais se encontram segregados para fora da vista e presença da maioria[147].

As penitenciárias hoje são construídas e planejadas como fábricas de exclusão e de pessoas habituadas à sua condição de excluídas. As marcas que esses excluídos possuem é de imobilidade e isolamento fruto da persecução penal implacável do Estado[148].

Seguindo nessa linha de intelecção, é possível defender a descriminalização do furto simples no Código Penal brasileiro, analisando criticamente não só a desproporcionalidade de sua pena, mas também o viés ideológico repressor que ela carrega no momento de sua aplicação e execução, viés ideológico esse característico das últimas décadas do século XX. Ademais, deve-se analisar essa alternativa não penal com o apoio das proposições da Criminologia Crítica.

Alessandro Baratta apresenta as principais conquistas e proposições da Criminologia Crítica, entre elas tem-se que a pena representa a forma mais drástica de restrição e repressão de direitos e necessidades além de ser vista como uma

147 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.122.
148 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.123.

violência institucional aplicável ao indivíduo.[149] Nesse sentido, a pena deve ter caráter de subsidiariedade, sendo aplicável somente quando outras instâncias de controle menos violentas fracassem em seus impositivos, além disso deve-se ponderar quais os bens jurídicos importantes para determinada sociedade para justificar a persecução mais incisiva do Direito Penal. [150]

Outrossim, a atuação dos órgãos de controle que compõem a justiça penal e policial do Estado, tais como legislador, polícia, Ministério público, magistrados, não é uniforme e comum para todos os membros da sociedade. As ações destes órgãos denotam proteger e tutelar interesses de um grupo minoritário e socialmente privilegiados[151].

Além disso, o funcionamento dessas instâncias de controle é altamente seletivo, desde a proteção conferida aos bens jurídicos até os interesses sociais que legitimam essa proteção. Igualmente, há evidente seleção no processo de criminalização das classes populares marginalizadas, o próprio sistema carcerário nos responde com esse substrato social, não obstante ser os comportamentos socialmente negativos distribuídos em todos os extratos sociais bem como existir

149 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

150 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

151 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

violações mais graves aos direitos humanos em decorrência de condutas provindas dos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas[152].

De mais a mais, o sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver, ao invés de compor conflitos, reprime-os e, frequentemente, esses problemas sociais tornam-se mais graves do que o contexto originário ou em outros contextos, após a atuação do Estado. A organização deste sistema punitivo não é adequada para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, discursos esses que apenas legitimam a ideologia da defesa social[153].

Analisando o cárcere como pena principal, comenta Alessandro Baratta [154]:

> Se nos referirmos, em particular, ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, corresponderia, em primeira instância, comprovar o fracasso histórico dessa instituição diante das suas principais funções declaradas: conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Não obstante, em uma consideração mais profunda, estudando a instituição carcerária do ponto de vista

152 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

153 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

154 BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

> das suas funções reais, comprova-se que essas têm sido historicamente cumpridas com êxito.

Trazendo essas perspectivas para a análise do furto simples, percebe-se que atuação do Estado penal criminalizando condutas que atentem sem violência ou grave ameaça ao patrimônio alheio é desproporcional e desnecessária. O Estado penal deve ser mínimo e a criminalização desta conduta só produz maiores problemas, como analisados nos institutos da reincidência, e trata-se de um tipo penal voltado unicamente à estigmatização social de uma população marginalizada.

Além do mais, trata-se de um tipo penal em que a ação seletiva social e estatal é muito grande, com um recorte de classe bem definido. As medidas que deveriam ser tomadas, além de eventuais sanções em outras instâncias administrativas, deve ser de políticas públicas para assistir o desviante que incorre no verbo deste tipo penal. Levá-los ao encarceramento só aumenta as chances de reincidência e em tipos penais mais graves, como roubo, latrocínio e homicídio. A estrutura dos presídios brasileiros com suas facções e proteções informais internas possibilitam o recrutamento desses neófitos para verdadeiras carreiras criminosas.

Diante de ações que não respeitem a propriedade alheia nos moldes do tipo do furto simples, a atuação do Estado deve pautar-se por outros instrumentos administrativos e cíveis que no caso concreto podem trazer mais benefícios do que prejuízos.

A persecução penal inviabiliza o retorno do indivíduo à própria sociedade, já que com um crime de furto registrado em sua folha de antecedentes criminais dificilmente terá um retorno proveitoso ao mercado de trabalho, salvo se se mantiver na informalidade, mas aí, mais uma vez, o sistema punitivo cumpriria o seu papel de marginalizar.

Nesse sentido, a política criminal mais adequada para defender a descriminalização do tipo em comento é o do Direito Penal mínimo que se opera por uma medida de subsidiariedade, como ultima *ratio*. A intervenção do Estado só se justifica como última razão, porquanto a violência estrutural que ela carreia pode ser mais danosa e conflituosa do que benéfica.

O processo de descriminalização, cuja necessidade aparece em muitos outros tipos penais do ordenamento jurídico, só será viável e possível se realizado com prudência e acompanhado, reitera-se, de um conjunto de medidas eficiente de outros setores da esfera legal ou por sistemas sociais extralegais, que substituam o controle penal, que tem sua atuação cessada por risco de produzir maiores problemáticas sociais[155].

Não se pugna pela completa erradicação do controle penal que tutelam importantes bens jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo deve ser feita uma reflexão racional sobre o alcance do sistema penal e os seus benefícios, pois não se deve banalizar a suas ações sob pena de se relativizar diversos direitos fundamentais do ser humano.

Assim sendo, a descriminalização do furto simples torna-se um importante instrumento de racionalização do sistema punitivo e impõe ao Estado o dever de repensar outras estruturas não penais para a solução deste intrincado problema social que envolve não só o patrimônio, mas toda uma complexa cadeia de estereótipos, estigmatização e desigualdades sociais.

[155] CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.195-196.

3.4 A co-culpabilidade como alternativa à despenalização do furto simples

Hodiernamente, as medidas de descriminalização e despenalização mostram-se urgentes e necessárias nos diversos debates políticos e sociais, porquanto deve-se buscar com uma maior justiça e solidariedade diferentes soluções que possam compor os conflitos que advém de uma conduta socialmente desviada[156].

O princípio da co-culpabilidade aborda a divisão compartilhada da responsabilidade entre o criminoso excluído socialmente e o Estado pelo cometimento do delito, em virtude da omissão deste em proporcionar as mesmas oportunidades sociais a todos os cidadãos[157].

Nas palavras de Zaffaroni[158]:

> [...] a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma dizer que há aqui uma "co-culpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar.

A importância deste princípio, portanto, está nessa análise dos conjuntos socioeconômicos que influenciam na prática do crime e que tem o Estado ou

156 CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.195-196.

157 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

158 ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito penal brasileiro. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 547.

sociedade como corresponsável, pois a ação estatal combinado com a reação social traz os prejuízos da marginalização e vulnerabilidade[159].

Este princípio historicamente está ligado aos direitos de segunda geração, que correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, impulsionados pela Revolução Industrial europeia a partir do século XIX[160]. Esses direitos são importantes, visto que os direitos de primeira geração tratavam-se de um não fazer do Estado, já que a população vinha de combates intensos em diversos regimes absolutistas. O não fazer e intervir do Estado tratava-se de uma conquista liberal frente ao Estado. Os direitos supracitados de segunda geração, por sua vez, constituíam a ideia de que o Estado naquele momento histórico deveria não só se abster de intervir nos direitos políticos de seus cidadãos, mas de promovê-los e positivá-los na ordem jurídica coletiva e garanti-los no âmbito individual.

Com o advento do Estado Liberal e propagação da ideia do Contrato Social de Rousseau e outros contratualistas, a co-culpabilidade surge no momento que esse contrato social é rompido, em consequência do crime perpetrado. O crime é ação deliberada do indivíduo de romper unilateralmente o contrato social indo contra os interesses que o constituíram, interesse esses de segurança e paz social[161].

Nestes termos, por ser o contrato social um negócio jurídico bilateral, o Estado por sua vez também falha e rompe-o no momento em que deixa de fazer ou

159 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

160 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

161 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

proporcionar a outra parte (cidadão) um mínimo de condições de sobrevivência, segurança, proteção e desenvolvimento da pessoa humana. Assim, essa corresponsabilidade pelo crime, parte de que o Estado foi o primeiro a romper com as suas responsabilidades de garantir os direitos que formataram inicialmente o contrato social[162].

O princípio da co-culpabilidade é um princípio implícito na Constituição Federal, e, ademais, salienta-se que não se trata de imputar ao Estado uma infração penal, em razão deste assumir parcialmente sua responsabilidade no cometimento do crime ou de configurá-lo como autor ativo de um crime, porquanto não se deve inverter a posição jurídica, transformando um criminoso em vítima e o Estado em criminoso[163].

Como é cediço, existem lugares de flagrante descaso público, principalmente em lugares em que vivem grande parcela da população das classes mais baixas, lugares onde os direitos e garantias individuais e coletivos são relativizados, lugares onde se criam milícias e associações paramilitares informais e declaradas, lugares que dizem que o "Estado não chegou ou não existe".

Neste diapasão, quando o indivíduo delinque o Estado-juiz deve, no momento de aplicar a pena, dosá-la em conformidade com a ausência parcial ou total do Estado com relação às garantias que deixou de assegurar àquele indivíduo. Esse princípio pode tanto ser positivado como uma atenuante genérica ou uma causa

162 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

163 MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

de diminuição de pena. Assim, ele deverá atenuar ou diminuir a pena, de acordo com o entendimento adotado.

Transpondo esse entendimento para o furto simples, objeto deste trabalho, defende-se a utilização deste princípio como causa de diminuição de pena específica para o furto, devendo-se destacar os elementos ensejadores deste princípio, todos já alinhavados em linhas anteriores.

Quanto maior for o descaso do Estado quanto aos direitos e garantias do criminoso, visto como ausência prestacional de direitos básicos como educação, moradia, saúde, lazer, na mesma proporção deverá diminuir a pena aplicada. Essa diminuição de pena, para os fins propostos neste trabalho, pode ser de 1/3 a 2/3, dependendo da maior ou menor presença dos elementos acima mencionados.

Assim posto, essa despenalização é uma alternativa à descriminalização do capítulo anterior e uma possibilidade de se reconhecer uma co-culpa do Estado por falta do cumprimento de seus deveres sociais, bem como de permitir responsabilizar, em uma certa medida, o delinquente que de maneira arbitrária violou um bem jurídico patrimonial alheio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o intuito formal da legislação e das instâncias de controle buscam a igualdade perante as normas e uma pretensa ressocialização do indivíduo que incorre no tipo penal e, portanto, quebra com as regras sociais e legais.

No entanto, conforme bem denuncia os críticos deste sistema penal, se o Estado mantém o sistema prisional no estado decadente que está, não se esforçando minimamente para assegurar os direitos básicos de qualquer ser humano que ali se

encontra segregado, logo depreende-se que o sistema penal não foi feito para funcionar. Não de acordo com os discursos oficiais dos magistrados e promotores que insistem em reafirmar suas sentenças e argumentos pela falta de disposição dos apenados de se instruírem conforme os fins ressocializadores da pena.

Não se trata de um sistema penal voltado à ressocialização dos presos, mas de um sistema que além de retirar a humanidade do indivíduo permite a gerência da miséria social com uma retribuição punitiva desproporcional de todos os que contribuem para a falha sistemática do sistema punitivo.

O crime se encontra proporcionalmente distribuído em todas as classes sociais. Frequentemente várias pessoas corrompem a lei de diversas formas, no entanto o sistema seleciona qual delas deverão responder por suas condutas e quais as outras que poderão manter-se com seus privilégios sociais. As estatísticas do INFOPEN vistas neste trabalho corroboram com esse recorte classe.

Consoante inferido das estatísticas dos processos de furto simples analisados tem-se a representatividade maciça de uma classe social pobre. Pessoas na sua maioria com um baixíssimo grau de instrução e envolvidos com outras mazelas sociais, entre elas drogas, desemprego e marginalização social. Indivíduos que na sua maioria possuem vários crimes registrados em suas folhas de antecedentes criminais necessitam de serem vistos não como cidadãos "do mal" corrompedores das regras sociais sagradas dos que são simuladamente "desprovidos de criminalidade", mas sim como cidadãos pertencentes de um mesmo país, cultura e diversidade. Não se trata de impunidade, trata-se de punir na exata medida com fins legítimos e não arbitrários.

O objetivo deste trabalho e as conclusões que ele pretende fomentar é criar um campo fértil de reflexões que inspirem trabalhos acadêmicos futuros e reforcem a necessidade de denunciar os abusos do Estado penal e mostrar alternativas mais humanas no trato com a criminalidade, crime e criminoso.

Neste viés, esta pesquisa elencou com uma certa complexidade alternativas não segregadoras no exame do furto simples, no caso da descriminalização, e, caso ainda necessário a segregação, relaciona uma medida despenalizadora viabilizando a consideração de determinados aspectos na dosimetria da pena que impulsione o Estado a minorá-los ou então fazendo com que arque com uma diminuição da pena que sirva como uma reafirmação da falência das instituições oficiais no controle das desigualdades sociais.

Assim, mediante essas ponderações, faz-se uma grave crítica às verdadeiras intenções desse sistema penal trazendo a lume alguns de vários aspectos questionáveis na intenção de esclarecer um pouco a irracionalidade de um sistema que baseado formalmente na legalidade fomenta ainda mais os contrastes de uma sociedade desigual.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. Princípios de Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Revista de Doutrina Penal, Buenos Aires, n. 10-40, p.623-650. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/alessandro%20baratta%20principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar,1999.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Departamento penitenciário nacional. (org.). Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 582. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=582&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 04 jan. 2019.

CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro: Revan. 2008.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília,

Brasília, 2010. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241. Acesso em: 16 jun. 2018.

LOMBROSO, Cesare. O homem deliquente. São Paulo: Ícone Editora, 2010.

MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. [s.l]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a. Acesso em: 9 jan. 2019.

MOLINA, Antonio García-pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Direito Penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WACQUANT, Loic. Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal brasileiro- I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito penal brasileiro. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

.

Ciências
Criminais

PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA?

Luísa Dantas Aguiar Melo

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da constitucionalidade da prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição, tema que ganhou bastante destaque, no âmbito jurídico e fora dele, por servir como fundamento para a prisão de pessoas públicas, na maioria ex-políticos. De um lado, defende-se que a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ofende o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Por outro lado, argumenta-se que o entendimento firmado é fruto de uma interpretação constitucional desenvolvida pela Corte no exercício da atividade hermenêutica que lhe é típica, haja vista que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, o que significa, em linhas gerais, que não será sempre aplicado de forma absoluta.

Palavras-chave: Prisão após condenação em segunda instância; constitucionalidade; presunção de inocência; regras; princípios; ponderação.

INTRODUÇÃO

No cenário jurídico atual, permite-se a execução provisória da pena de um indivíduo que sofreu uma condenação criminal, desde que ela tenha sido confirmada pelo segundo grau de jurisdição, mesmo que ainda sejam cabíveis os recursos especial e extraordinário.

Este tema mostrou-se muito controvertido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, haja vista que o entendimento adotado pela Corte já foi alterado três vezes, nos anos de 1991, 2009 e 2016.

Ao contrário do que se imaginava, a discussão não está consolidada. O assunto será novamente objeto de discussão do STF, sendo impossível prever, de antemão, se o entendimento atual será mantido ou modificado. Afinal, desde o último julgamento, o Tribunal sofreu alterações em sua composição e alguns Ministros demonstram ter uma nova visão a respeito do tema, fatores que podem alterar a decisão final.

Essa oscilação jurisprudencial despertou o interesse de juristas que passaram a discutir o tema, analisando-o à luz do direito processual penal e do direito constitucional.

A discussão, porém, não ficou adstrita ao mundo jurídico, uma vez que a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância serviu como fundamento para a prisão de pessoas públicas, em sua maior parte de políticos, como é o caso do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Desta forma, também adquiriu contornos políticos.

Diante disso, instaurou-se um debate generalizado a respeito do tema. De um lado, pessoas defendem a impossibilidade de prisão nessas condições, ressaltando a grande importância do princípio da presunção de inocência.

De outro lado, um grupo defende a constitucionalidade da decisão tomada pela Corte, ressaltando que a presunção de inocência não é uma regra, mas um princípio constitucional que não tem aplicação absoluta.

Esse contexto, rico em debates, fez surgir o interesse para desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso, que tem como tema central a discussão acerca da constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância, em seu viés meramente jurídico, não adentrando no mérito de questões e argumentos políticos.

A pesquisa foi desenvolvida, inicialmente, com base na análise da jurisprudência relativa ao tema, com o olhar voltado para os argumentos que embasaram as três decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, ao longo desses anos de discussão.

Em um momento posterior, realizou-se uma análise doutrinária em artigos, teses e livros acerca de cada um dos temas que permeiam a discussão, visando entendê-la sob os mais diversos enfoques.

Diante disso, o trabalho estrutura-se em três capítulos. No primeiro, trata-se do princípio constitucional da presunção de inocência, com uma análise acerca de seu surgimento, contornos históricos, seus três significados tradicionais – regra de tratamento, regra probatória e modelo de processo penal – e a forma como se apresenta em diversos documentos internacionais, o que ressalta a sua importância não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em nível internacional.

No segundo capítulo, o foco são outros princípios constitucionais extremamente relevantes em nosso ordenamento, como o da efetividade da prestação jurisdicional que, no processo penal, traduz-se em efetividade da persecução penal.

Além disso, faz-se uma distinção entre princípios e regras, especialmente no que tange à forma de aplicação no caso concreto. Para finalizar o capítulo, há uma

análise quanto à colisão entre princípios no caso concreto e a forma de solucionar esse conflito, por meio da utilização da técnica da ponderação.

O terceiro e último capítulo consiste em uma análise minuciosa acerca das três alterações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, com foco nos argumentos expendidos pelos Ministros na construção das decisões, em especial no que diz respeito à última posição adotada.

Por fim, discute-se, diretamente, se a prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição seria uma violação ao princípio da presunção de inocência ou uma interpretação constitucional legítima, feita pelo STF, no exercício de sua atividade típica.

Após essa análise crítica, é possível responder, de forma fundamentada, a pergunta proposta no título, sem, contudo, encerrar a discussão a respeito do tema, que, conforme mencionado anteriormente, é profunda, extensa e repleta de desdobramentos.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com origem que remonta ao Direito Romano, o princípio da presunção de inocência é indiscutivelmente importante, se fazendo presente tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Tamanha é sua importância que já foi consagrado como "premissa fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as outras garantias do processo"[1].

[1] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 517.

Em nosso ordenamento, a presunção de inocência é estabelecida no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, o qual determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", bem como no art. 283 do Código de Processo Penal, que assim preleciona:

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Hodiernamente, tem sido possível perceber, de forma mais veemente, uma preocupação dos operadores do direito com a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente a presunção de inocência. A especial atenção dada à presunção de inocência dá-se por dois motivos: pela sua importância nos cenários internacional e nacional, mas, especialmente, pelo fato de que momentos históricos em que esse princípio foi desconsiderado foram assombrosos para toda a sociedade.

Dentre esses momentos históricos, vale a pena citar a Baixa Idade Média, o ápice da violação à presunção de inocência. Nesse período, caso se chegasse ao fim de julgamento e ainda restasse alguma dúvida quanto à culpabilidade do indivíduo, ele não seria absolvido, mas, ao contrário, seria condenado com base em uma semiprova, ou seja, um mero estado de dúvida[2].

Diante desse cenário, vários autores passam a defender a aplicação plena do princípio da presunção de inocência. Luigi Ferrajoli, principal nome do garantismo penal, define o princípio como "uma opção garantista pela liberdade dos inocentes,

[2] Ibidem, p. 520.

ainda que às custas da impunidade de um culpado"[3]. Outrossim, Cesare Beccaria[4] defende que é melhor permitir que algum culpado reste impune do que cometer uma injustiça, condenando um inocente.

A questão da aplicação do princípio da presunção de inocência ainda gera muito debate. Por um lado, defende-se que, devido a sua grande importância, deveria ser aplicada de forma absoluta. Por outro, tratando-se de um princípio, a presunção de inocência não deve prevalecer sobre outros princípios constitucionais, mas, ao contrário, deve haver ponderação entre eles. De toda sorte, esta discussão será melhor abordada em momento posterior.

Acerca dos significados conferidos à presunção de inocência, pode-se dizer que são três. Ela é, ao mesmo tempo, uma regra de tratamento do acusado no curso do processo; uma regra probatória, ou de juízo, e um modelo de processo penal. Nessa perspectiva, passemos a uma análise acerca de cada um dos significados atribuídos a esse princípio[5].

1.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

[4] CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o indivíduo:* O conflito entre punir e libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000). 2001. 292 f. Tese (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 25.

[5] Ibidem, p. 23.

O primeiro significado atribuído ao princípio da presunção de inocência foi consolidado na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (DDHC)[6], em seu artigo 9º, que assim dispõe:

> Art. 9º: Todo o acusado presume-se inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

A ideia consolidada nesse documento já havia sido defendida por Cesare Beccaria, que assim afirmava[7]:

> Um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida.

O artigo da DDHC firmou a concepção de presunção de inocência segundo a qual, sempre partindo do pressuposto que o acusado é inocente, haja garantias de que seus direitos serão respeitados durante o curso do processo, sendo especialmente protegida a sua liberdade nesse período[8].

Assim, o indivíduo deveria ser tratado como inocente durante todo o processo, até que sua culpabilidade restasse devidamente comprovada. Saliente-se que, nessa referida legislação, não há previsão expressa de um momento em que seria comprovada a culpabilidade do indivíduo.

Seguindo essa lógica, por força da regra de tratamento que a presunção de inocência impõe, o Poder Público, antes do fim do processo criminal, é impedido de

[6] FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

[7] BECCARIA, 1999 apud CAMARGO, 2001, p. 25.

[8] LOPES Junior, Aury. *Direito Processual Penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96

agir e de se comportar em relação aos acusados, como se estes tivessem sido condenados.[9]

Ademais, essa concepção da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório e estigmatização precoce do acusado, inclusive por parte da sociedade e da mídia. Nesse sentido, assim aduz Aury Lopes[10]:

> Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias da imagem, dignidade e privacidade) devem ser utilizadas como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Ante o exposto, é possível vislumbrar a importância da presunção de inocência enquanto regra de tratamento, que dá mais dignidade ao indivíduo, na medida em que evita que o ele seja tratado, seja pelo Poder Público, pela sociedade ou por meios de comunicação, como culpado antes que sua culpa reste devidamente comprovada.

1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA (DE JUÍZO)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em seu artigo 11.1, atribuiu, pela primeira vez, outro significado à presunção de inocência, desta vez como regra de juízo, conforme se depreende da leitura do dispositivo legal[11]:

---

[9] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único.* 5 ed. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 45.

[10] LOPES Junior, op. cit., p. 97.

> Art. 11.1: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A concepção da presunção de inocência enquanto regra probatória consolida-se em dois aspectos. O primeiro deles é que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe à acusação, não sendo mais ônus do acusado provar a sua inocência, afinal, presume-se inocente até que se prove o contrário.

O segundo aspecto é que, caso o juiz não tenha certeza da culpabilidade do indivíduo, deve absolvê-lo[12]. Dentro desse aspecto, então, está inserido o consagrado princípio do *in dubio pro reo*. A esse respeito, assim aduz Carvalho[13]:

> Um corolário lógico que deflui da presunção de inocência como regra probatória ou de juízo, seu significado e um de seus efeitos diretos é a regra de decisão contida no *in dubio pro reo*, que se impõe ao juiz no momento da sentença, já que a condenação deverá estar cercada da mais ampla certeza e fulcrada em provas indiscutíveis acerca da existência do fato e da culpabilidade do acusado, sem as quais o acusado deverá ser absolvido.

O princípio do *in dubio pro reo* deve ser analisado no momento de valoração das provas. Assim, restando qualquer dúvida acerca da culpabilidade do imputado, a decisão deve favorecê-lo, uma vez que o Ministério Público, que tinha o ônus da prova, não conseguiu, por meio de provas concretas, afastar a presunção de

---

[11] CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o indivíduo:* O conflito entre punir e libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000). 2001. 292 f. Tese (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 50.

[12] LOPES Junior, op. cit., p. 96

[13] CAMARGO, op. cit., p. 51.

inocência que milita em favor do acusado. No que concerne ao tema, assim alude Renato Brasileiro[14]:

> Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

Por fim, como conclusões da presunção de inocência enquanto regra probatória, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca que incumbe ao acusador o ônus de provar a culpabilidade do acusado, havendo a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados ao indivíduo, não podendo apenas demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado.

Ademais, a referida comprovação deve dar-se por meio do devido processo legal, não sendo uma obrigação do réu cooperar com a apuração dos fatos, afinal, possui o direito constitucional ao silêncio e milita em seu favor o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo.[15]

1.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO MODELO DE PROCESSO PENAL

[14] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único.* 5 ed. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 44-45.

[15] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobe Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)". In: *Revista do Advogado* n. 42, p. 31.

Em sua obra, Mônica Carvalho defende que, além dos dois significados tradicionais já citados, a presunção de inocência adquiriu um novo contorno após um acalorado debate entre as Escolas Penais Italianas[16].

O debate travado entre essas Escolas teve como objetivo central, muito mais do que apenas discutir a aplicabilidade e os significados da presunção de inocência, delimitar qual seria o fundamento do processo penal.

Nesse sentido, para a Escola Clássica, a função do processo penal era punir os culpados e, ao mesmo tempo, evitar a punição equivocada e desnecessária dos inocentes. Assim, Francesco Carrara estabeleceu a presunção de inocência como fundamento de existência do processo penal.[17]

A Escola Positiva defendia que alguns indivíduos, por características biológicas e sociais, estavam determinados ao cometimento de crimes, sendo a punição medida totalmente necessária. Enrico Ferri, principal nome da escola, reconhecia a presunção de inocência apenas como regra de juízo, mas a considerava um raciocínio ilógico.[18]

Por fim, a Escola Técnico-Jurídica defendia que a finalidade do processo penal era reunir provas da culpabilidade do indivíduo para puni-lo proporcionalmente e assim obter a tutela jurídica à sociedade como um todo. Um dos principais nomes dessa escola, Vicenzo Manzini, defendia que não havia uma

[16] CAMARGO, op. cit., p. 53.

[17] CARRARA, 1957 apud CAMARGO, 2001, p. 32.

[18] FERRI, 1907 apud CAMARGO, 2001, p. 37.

presunção de inocência em favor do acusado, mas, ao contrário, a finalidade do processo era comprovar sua culpabilidade.[19]

Após tamanha discussão, a conclusão pela aceitação da presunção de inocência, tanto na Constituição Italiana, quanto no Código de Processo Penal Italiano, acabou por criar um modelo de processo penal que preocupa-se em proteger os direitos do acusado, oferecendo-lhe garantias frente ao poder punitivo do Estado[20].

1.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

O princípio da presunção de inocência, pela sua importância, faz-se presente em alguns documentos internacionais. Dentre eles, dois já foram anteriormente mencionados: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para além desses documentos, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) trata da presunção de inocência em seu artigo 8.2, dispondo que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

Outrossim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.2 regulamenta que "qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei."

[19] MANZINI, 1995 apud CAMARGO, 2001, p. 42.

[20] LOPES Junior, op. cit., p. 96.

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a previsão da presunção de inocência surge como consequência de um processo equitativo, por meio do qual segundo o artigo 6º, 2, "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".[21]

Por fim, verifica-se que, em nenhum dos casos, há um condicionamento temporal para a presunção de inocência, ou seja, não há a estipulação de um momento específico para que ela cesse, mas basta que a culpabilidade do acusado esteja devidamente comprovada, independentemente do momento processual em que isso venha a ocorrer.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante da exposição realizada no capítulo anterior, resta inequívoca a importância do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, há que se ressaltar outros princípios constitucionais e direitos fundamentais igualmente importantes no contexto brasileiro.

O princípio central é o da efetividade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, determinando que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

No âmbito do processo penal, esse princípio pode ser visto sob a ótica da efetividade da persecução penal, sendo esta imprescindível à tutela dos direitos fundamentais.[22] Nesse sentido, a ideia é que a persecução penal – procedimento

[21] BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais*: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015, p. 39.

[22] TERASOTO, Camila. *A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição*. 2015. 103 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 52.

criminal que, no Brasil, comporta as fases de investigação criminal e da ação penal – deve ser efetiva, séria e dotada de credibilidade[23] e, além disso, processo deve ter duração razoável.

A respeito desse princípio, Camila Terasoto[24] estabelece que:

> [...] juntamente às garantias de direitos fundamentais do réu, a Constituição Federal brasileira também coloca como prioridade a eficácia da persecução penal, quando há o cometimento de um delito. Isso porque, ao aplicar devidamente a lei penal, afastando a impunidade, também estará resguardando a tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Assim, o Estado, ao realizar a persecução penal de forma efetiva, não está apenas punindo o réu e garantindo que a pena cumpra seus objetivos de prevenção especial – evitar que aquele indivíduo reincida na conduta delitiva – e de prevenção geral – desestimular a sociedade, como um todo, à prática de delitos. Mas, além disso, o Estado está atuando na proteção e garantia de direitos individuais e coletivos para o restante da sociedade.

Essa atuação do Estado reflete um novo conceito dos direitos fundamentais, a sua dimensão objetiva, que, segundo Paulo Bonavides[25]:

> Vincula-se materialmente a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser "criados", fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais.

---

[23] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126292/SP*. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

[24] TERASOTO, op. cit., p. 53

[25] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 577.

Para Ingo Sarlet[26], segundo essa dimensão objetiva, o Estado tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos não somente em relação a atos dos poderes público, mas também em relação a atos praticados por particulares, como é o caso daqueles que cometem crimes.

Destarte, sendo efetiva a prestação jurisdicional, o Estado também está garantindo e protegendo direitos fundamentais – como a vida, a segurança, a dignidade da pessoa humana – e outros interesses constitucionais – como a integridade física e a propriedade – de vários indivíduos.

A despeito da previsão constitucional do princípio da efetividade da prestação jurisdicional, o que se observa hoje no Brasil é a morosidade do sistema penal. Isso porque são recorrentes os processos que tramitam por longos anos e que os crimes acabam prescritos e, portanto, sem que o réu reste devidamente punido, haja vista a interposição de inúmeros recursos meramente protelatórios.

Tal situação contribui para que a sociedade sinta uma desconfiança em relação ao sistema penal, que passa uma imagem de ineficiência e faz com que, no senso comum, seja difundida a ideia de que a justiça no Brasil é falha e ineficaz em cumprir o papel que lhe incumbe.

Verifica-se, então, no cenário brasileiro atual, o desrespeito ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, que necessita ser reforçado para que se cumpra aquilo que a própria Constituição Federal estabelece.

Nessa perspectiva, resta claro que, ante a existência de outros princípios constitucionais extremamente relevantes, a presunção de inocência não pode sempre

[26]SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e propriedade*: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47, março-abril 2004. p. 92-93

ser aplicada de forma absoluta, como se estivesse acima dos demais. Afinal, trata-se de um princípio, e não de uma regra.

2.1 DISTINÇÕES ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Ronald Dworkin foi o primeiro marco teórico a estabelecer a distinção entre princípios e regras, determinando que as regras são aplicadas à maneira do "tudo ou nada" (*an all or nothing*), ou seja, se ocorrerem os fatos por ela estipulados, será válida e o que ela determina deverá ser aceito. Por outro lado, se não ocorrerem os fatos determinados na norma, a regra em nada contribuirá para a decisão[27].

Em relação aos princípios, determina que são "padrões que devem ser observados, não porque vão promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque são uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade"[28].

Assim, estipula que, caso um princípio seja aplicado a um determinado caso concreto e, nessa situação, não prevaleça, nada obsta que, em outro momento e em outras circunstâncias, ele torne a ser utilizado e embase a decisão[29].

Por sua vez, Robert Alexy determinou que, tanto princípios quanto regras são normas, pois ambos se formulam com ajuda de expressões obrigatórias e fundamentais, como mandamento, permissão e proibição[30].

---

[27] DWORKIN, 1978 apud BONAVIDES, 2014, p. 288.

[28] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

[29] DWORKIN, 1978 apud BONAVIDES, 2014, p. 288.

[30] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 87.

Todavia, os princípios são dotados de um alto grau de generalidade relativa, enquanto as normas possuem um grau relativamente baixo de generalidade[31]. Ademais, "princípios são mandamentos de otimização cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas"[32].

Por outro lado, Alexy determina que as regras são "normas que podem ser sempre cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então há que se fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos"[33].

Segundo José Canotilho, os princípios são "normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos" enquanto as regras "imporiam, permitiriam ou proibiriam uma conduta, de forma imperativa, que seria ou não cumprida"[34].

Alexandre Kimura determina que as regras incidem em um número indeterminado de atos ou fatos, se restringindo apenas a eles, o que faz com que elas não comportem exceções. Os princípios, por sua vez, são mandamentos de otimização que têm uma aplicabilidade vaga, dependendo do contexto, por isso podem ter suas aplicações flexibilizadas[35].

Outra forma de distinção entre regras e princípios diz respeito à forma de solução de conflitos. Havendo antinomias, ou seja, contradições entre regras a serem

---

[31] Ibidem, p. 87-88.

[32] Ibidem, p.90.

[33] Ibidem, p. 91.

[34] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1125 – 1126.

[35] KIMURA, Alexandre Issa. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. *Revista Jurídica 9 de Julho*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 159 – 181, jul. 2003. p.166

aplicadas em um caso concreto, a solução deve dar-se pela utilização dos critérios hierárquico, cronológico (temporal) e da especialidade, conforme dispõe Norberto Bobbio[36].

Para Robert Alexy, caso haja conflito entre princípios, como, por exemplo, se um princípio veda uma determinada situação, enquanto outro princípio a permite, um dos princípios deve recuar, o que não significa que seja declarado nulo.

O autor complementa dizendo que "em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro, mas em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária"[37]. Assim, consagra-se a teoria da colisão entre os princípios fundamentais.

2.2 COLISÃO E PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Diego Cardoso[38], fazendo uma análise das concepções de Alexy acerca da colisão entre princípios estabelece que:

> [...] na hipótese de colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, Alexy não entende que um deles possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles uma cláusula de exceção ou mesmo que exista uma relação de precedência absoluta ou abstrata entre quaisquer princípios.

Ante a impossibilidade de criar uma cláusula de exceção ou declarar a nulidade de um princípio, Alexy defende a técnica da ponderação, que fora desenvolvida pela Corte Alemã. Destarte, determina que não existe um princípio

[36] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 89 e 96-98.

[37] ALEXY, op. cit., p. 93-94.

[38] CARDOSO, Diego Brito. *Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Revista Constituição e garantia de direitos,* Natal, v.9, n.1, p.145, out. 2016.

mais importante que outro, mas, ao contrário, todos têm o mesmo grau de importância.

Nesse contexto, caso haja colisão entre princípios, o operador do direito deve analisar as situações jurídicas e fáticas para, no caso concreto, decidir qual deve prevalecer[39].

Levando em consideração que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação"[40], esta deve obedecer à proporcionalidade, a adequação e a necessidade[41].

No tocante à adequação, o juiz, quando vai proferir sua decisão, deve escolher o meio adequado para chegar a ela, ou seja, o meio capaz de atingir o fim desejado[42]. Assim, o ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado[43].

Em relação à necessidade, o princípio escolhido pelo intérprete deve ser aquele que melhor atende a necessidade do caso concreto, ou seja, aquele que, diante daquelas circunstâncias, soluciona o problema.

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, ela "expressa a máxima otimização entre dois princípios colidentes, assim, quanto maior for o grau de não

[39] Ibidem, p. 145.

[40] ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 2015, p. 75.

[41] MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. *O que é isto – ponderação de princípios? Revista SEPA – Seminário Estudantil de Produção Acadêmica,* Salvador, v. 12, p. 211, maio. 2013.

[42] Ibidem, p. 212.

[43] CARDOSO, op. cit., p. 148.

satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a sua importância para a satisfação de outro"[44].

A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em três fases. Inicialmente, deve ser determinado o grau de intensidade da intervenção, ou seja, o nível de restrição ou de não-satisfação do direito atingido. Depois, deve-se analisar o grau de importância de satisfação do outro direito colidente. Por fim, dever-se-á fazer uma ponderação entre as duas fases anteriores, de modo a se concluir pela prevalência de um dos princípios – direitos fundamentais – em jogo[45].

3 MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO E JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 ALTERAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO TEMA

A primeira discussão sobre a possibilidade de prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no ano de 1991, com o julgamento do Habeas Corpus 68.726, de relatoria do Ministro José Néri da Silveira.

Na ocasião, a Corte decidiu, por unanimidade, que a prisão antes do trânsito em julgado não ofendia o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, sendo perfeitamente legal.

O argumento utilizado pelos Ministros para sustentar a tese foi a falta de efeito suspensivo dos Recursos Extraordinário e Especial. Assim, como tais recursos

[44] ALEXY, op. cit., p. 136.

[45] MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. *O que é isto – ponderação de princípios? Revista SEPA – Seminário Estudantil de Produção Acadêmica,* Salvador, v. 12, p. 212, maio. 2013.

não suspendiam a decisão recorrida, também não impediriam o cumprimento imediato do mandado de prisão.

Todavia, em 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, o STF decidiu, por sete votos a quatro, que a prisão após a condenação em segunda instância era incompatível com o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal e, portanto, ilegal.

O argumento sustentado pelo relator, que fora acompanhado por mais seis Ministros, foi o de que, apesar de o artigo 637 do Código de Processo Penal estabelecer que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o entendimento que deveria prevalecer, em consonância com o art. 5º, inciso LVII da CF, seria o previsto nos artigos 105 e 147 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), que condicionaram, respectivamente, a execução da pena privativa de liberdade e da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória[46].

Nesse sentido, Eros Grau diz que "os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP"[47]. Isto porque, nesse caso, a literalidade da Constituição deveria prevalecer.

Celso de Mello, de forma mais incisiva, acrescentou que[48]:

[46] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078/MG*. Sessão Plenária. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84078_MG_1278968985412.pdf?Signature=ZfXDASEJnRPfyCMHTPQb%2BAVB1hs%3D&Expires=1542064322&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2e25b6f65c6892e533e2bf25d51d5216. Acesso em 28 de outubro de 2018. p. 1054.

[47] Ibidem, p. 1055.

[48] Ibidem, p. 1120 – 1121.

> [...] a presunção de inocência atua como um verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais que possam afetar o exercício de direitos básicos, como o direito à liberdade e o direito de participação política na gestão dos negócios públicos e na condução das atividades governamentais. [...] Episódios processuais ainda não definidos, porque deles ausente sentença judicial transitada em julgado não podem repercutir, de modo irreversível, sobre o estado de inocência que a própria Constituição garante e proclama em favor de qualquer pessoa.

Por outro lado, os Ministros que divergiram do entendimento fixado, defendiam que, por ser um princípio, a presunção de inocência não poderia ser aplicada de forma absoluta.

Destarte, alegaram que, impedir a prisão confirmada pelo segundo grau de jurisdição, estando pendentes apenas recursos que não possuem o condão de alterar a matéria fática e probatória, desmerecia o trabalho de magistrados do primeiro e segundo graus de jurisdição.

Ressalte-se, ainda, que muito se falou sobre impunidade criada na medida em que muitos se utilizam dos recursos apenas para postergar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, muitas vezes fazendo com que os crimes prescrevam.

3.2 JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal reanalisou o tema com o Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidindo mais uma vez pela possibilidade de prisão após condenação confirmada pelo segundo grau, mais uma vez por sete votos a quatro.

Os argumentos favoráveis ao entendimento firmado foram os de que deve haver ponderação entre o princípio da presunção de inocência, a efetividade da

função jurisdicional do Estado, que visa proteger valores caros a toda a sociedade, e a razoável duração do processo.

Ademais, os recursos especiais e extraordinários não visam corrigir injustiças do caso concreto, afinal não reanalisam matérias fáticas e probatórias, mas apenas garantir a integridade do Direito[49].

Os Ministros que votaram a favor também reforçaram a ideia de que o entendimento então vigente favorecia a impunidade e estimulava a interposição de diversos recursos com fins meramente protelatórios. Nesse sentido, entender a prisão após condenação em segunda instância como ilegal seria assumir que o processo só teria fim quando o réu enfim se conformasse com a sua culpa[50].

Outrossim, a culpa resta devidamente comprovada na segunda instância, o que faz com que o art. 5º, inciso LVIII da CF seja flexibilizado, à luz do que consta em diversos documentos internacionais.

Ademais, o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe o argumento que a permissão para a prisão após condenação em segunda instância seria um exemplo de mutação constitucional, ou seja, uma mudança no conteúdo da norma sem alteração formal em seu texto, por via de interpretação judicial, na medida em que houve uma mudança em um entendimento anteriormente firmado pelo Supremo Tribunal Federal

[49] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126292/SP*. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

[50] Ibidem, p. 25.

A mutação constitucional possui limites bem definidos: a interpretação dada à norma constitucional não pode estar fora das possibilidades semânticas, ou seja, possibilidades interpretativas do texto da Constituição e não pode ferir os princípios fundamentais que dão identidade à Carta constitucional[51].

O caso em tela, segundo Barroso, obedece esses limites e, no fundo, representa um clamor social pelo fim da impunidade, o que denota a legitimidade do povo, enquanto detentor da soberania, para realizar a mutação constitucional[52].

Em contrapartida, os argumentos contrários à mudança do entendimento foram os que a discussão constante do tema gera insegurança jurídica; que a Constituição impõe limites claros que não podem ser ultrapassados pelos operadores do direito, especialmente nesse caso, em que a lei é taxativa ao trazer, de forma expressa, a previsão de que a presunção que milita em favor do réu só se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não abre margem para interpretação. Além disso, alegaram que a decisão fere o princípio da presunção de inocência.

Ante o exposto, resta claro que o tema gera muita divergência, o que se verifica pelas duas últimas votações. Cumpre salientar que, em breve, ocorrerá uma nova discussão a respeito do tema, o que pode culminar com uma nova decisão, fato que contribui para aumentar a insegurança jurídica.

---

[51] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163 - 164.

[52] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126292/SP*. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 06 de outubro de 2018. p. 35.

3.3 PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA?

A jurisprudência atual do STF, que autorizou a prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição, trouxe à tona uma discussão: a decisão violaria o princípio da presunção de inocência ou seria apenas uma interpretação constitucional legítima?

Entendo que seria um caso de interpretação constitucional válida, pelos motivos que serão expostos a seguir.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, conforme dito no capítulo anterior, a presunção de inocência é um princípio constitucional e não uma regra. Justamente por não ser uma regra, que deveria ser aplicada à maneira do "tudo ou nada" (*an all or nothing*)[53], a aplicação dos princípios depende do caso concreto.

Nesse sentido, conforme dispõe Camila Terasoto, "a obediência cega a alguns princípios e garantias processuais individuais, como a presunção de inocência, poderá afetar a efetividade da justiça criminal e do comprometimento com os direitos sociais da coletividade".[54]

Havendo conflito entre dois princípios, deve ser aplicada a teoria da colisão dos direitos fundamentais, criada por Robert Alexy[55]. No caso em tela, é visível a

[53] DWORKIN, 1978 apud BONAVIDES, 2014, p. 288.

[54] TERASOTO, Camila. *A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição*. 2015. 103 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 53.

[55] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 94

colisão, de forma imediata, entre os princípios da presunção de inocência e o da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, fez-se necessária a ponderação entre a presunção de inocência e outros princípios fundamentais como, por exemplo, a efetividade da prestação jurisdicional – e da persecução penal –, a vida, a segurança e a integridade física da coletividade, o que culminou na autorização da prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição.

Assim, com a jurisprudência vigente, busca-se uma reafirmação do sistema penal e da própria justiça, fazendo com eles voltem a gozar de crédito perante a sociedade. De tal forma que a persecução penal seja efetiva, um meio idôneo e eficaz na punição de criminosos e na defesa dos direitos fundamentais coletivos.

Ademais, a medida foi um meio adequado para reduzir a morosidade do sistema penal e evitar, ao máximo, a impunidade, especialmente no que tange aos indivíduos com maior poder aquisitivo que, podendo arcar com os gastos, interpunham diversos recursos com fins meramente protelatórios, visando a prescrição dos delitos por eles cometidos, sendo esse um objetivo muitas vezes alcançado.

A impossibilidade da prisão após condenação em segunda instância também reforçou a seletividade do sistema penal, que não cumpre o seu papel de coibir a prática de determinadas infrações penais, especialmente os crimes de colarinho branco. Nesse sentido, Barroso[56] afirma que:

[56] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126292/SP*. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

> [...] os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

Outra questão a ser considerada é a forma com que a presunção de inocência se apresenta em documentos internacionais, conforme dito no primeiro capítulo.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não é estipulado um momento exato em que cessa a presunção de inocência. Ao contrário, ela existe até que a culpa do acusado reste devidamente comprovada.

Ante esse contexto, tendo em vista que nenhum documento internacional é taxativo em relação ao fim da presunção de inocência, a Constituição Federal deve ser interpretada no sentido de que essa presunção milita a favor do acusado até que sua culpa reste devidamente comprovada, o que ocorre com a decisão proferida em segunda instância, onde se encerra a possibilidade de análise de provas e fatos do processo.

Afinal, os recursos especial e extraordinário apenas analisam matérias de direito, sendo vedado o reexame de fatos e provas, conforme dispõem as súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal. A esse respeito, assim dispõe Eugênio Pacelli em sua obra[57]:

---

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 06 de outubro de 2018. p. 34.

[57] PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 950.

> [...] a exigência do duplo grau não alcança a instância extraordinária, isto é, aquela cuja provocação ocorre por meio de recurso extraordinário e/ou recurso especial. A justificação de tais recursos é distinta daquela do duplo grau. A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.

No mesmo sentido, Camila Terasoto[58] defende que o STF e o STJ não funcionam como terceira e quarta instância, mas têm como função uniformizar a jurisprudência e corrigir eventuais erros de direito que tenham ocorrido no processo. Segundo a autora:

> Assim, não haveria redução do direito de defesa, visto que a alusão a erro de direito também pode ser feita por meio de liminar em *habeas corpus*, podendo, assim, a qualquer momento, cessar o cumprimento de pena após a condenação confirmada por Tribunal.

Ademais, esses recursos não possuem efeito suspensivo, que suspenderia a eficácia da decisão recorrida até que fossem julgados pelo STJ e pelo STF. Em razão disso, é possível que a prisão seja imediatamente executada após o acórdão que decide pela condenação do réu.

Ante o exposto, verifica-se que a possibilidade de prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição não fere o princípio da presunção de inocência, que é extremamente importante, não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em diversos documentos internacionais e representa uma luta da sociedade contra a opressão e abusos de poder.

[58] TERASOTO, op. cit., p. 60.

Portanto, o que ocorre é uma interpretação constitucional, como resultado da necessidade de ponderação entre esse princípio e outros que possuem a mesma relevância, evitando que haja uma obediência cega à presunção de inocência em uma visão demasiadamente garantista e protetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste estudo possibilitou uma análise acerca da prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição, com o objetivo de definir se seria um caso de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência e, portanto, inconstitucional, ou uma interpretação constitucional legítima desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa análise foi feita a partir da leitura de livros, artigos científicos, teses de mestrado e doutorado e decisões judiciais a respeito de todos os temas envolvidos nessa discussão.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, pode-se destacar que, tradicionalmente, possui três significados distintos: é regra de tratamento, regra probatória e modelo de processo penal.

Esse princípio é indiscutivelmente importante no ordenamento jurídico brasileiro e nos ordenamentos jurídicos de diversos países, na medida em que se faz presente em documentos internacionais de notória importância.

A história também reforça a magnitude desse princípio, uma vez que nos mostra que períodos em que a presunção de inocência foi completamente ignorada foram perversos e geraram situações de total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A despeito de tamanha importância, é necessário ressaltar que existem outros princípios igualmente relevantes em nosso ordenamento jurídico, de forma que não há justificativas plausíveis para que a presunção de inocência prevaleça, indistintamente, sobre os demais.

Um desses princípios é o da efetividade da prestação jurisdicional que, no âmbito do processo penal, se apresenta como efetividade da persecução penal. Ao realizar a persecução penal de forma efetiva, além de punir os indivíduos que praticaram condutas delituosas, o Estado protege direitos fundamentais à toda a sociedade, tais como a vida e a segurança.

Diante disso, assumir que a presunção de inocência deve ser aplicada de forma absoluta em todos os casos é equivocado e prejudicial. Afinal, significa, ao mesmo tempo, dar menos valor à vida, segurança e outros princípios constitucionais.

Para além dessa análise, é importante salientar que estamos tratando de um princípio e não de uma regra. Essa constatação implica no reconhecimento de que a presunção de inocência não deve ser aplicada à maneira do tudo ou nada, sendo plenamente possível que, no caso concreto, sua aplicabilidade seja mitigada, sem que isso signifique seu afastamento absoluto.

Justamente por se tratar de um princípio, haverá casos em que a presunção de inocência será aplicada plenamente e, em outros momentos, dará espaço a outro princípio que se mostra mais adequado para solucionar aquele problema jurídico do caso concreto, por meio do que se chama de técnica da ponderação.

No que diz respeito, especificamente, à atual posição jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que permite a prisão após condenação em segunda

instância, insta salientar que não foi a primeira vez que a Corte adotou tal entendimento, mas, na verdade, apenas retornou a seu entendimento originário.

Essa decisão significa, em última análise, entender que o Supremo Tribunal Federal não precisa dar a última palavra em todos os processos criminais, o que diminui a vultuosamente a quantidade de processos a serem analisados e, ao mesmo tempo, aumenta a celeridade.

Igualmente, a decisão mostra-se favorável no sentido de coibir a prática, muito comum no Brasil, de interposição de recursos meramente protelatórios por parte dos condenados com maior poder aquisitivo, com o claro objetivo de prolongar o processo até que restasse prescrito.

Nesse sentido, a jurisprudência atual é uma ferramenta eficaz no combate à morosidade do sistema penal, dando uma resposta à sociedade, que tem direito a uma prestação jurisdicional efetiva por parte do Estado, a quem é vedado se eximir dessa obrigação.

Outrossim, a culpa do indivíduo resta devidamente comprovada na segunda instância, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não têm o condão de reanalisar matéria fática e probatória, mas estão adstritos apenas a matérias processuais.

Portanto, não há sentido em aguardar o trânsito em julgado para dar início à execução da pena, tendo em vista que, já no segundo grau de jurisdição, o réu é considerado culpado, sem que a interposição de recursos especiais e extraordinários sejam capazes de alterar essa realidade.

Os argumentos favoráveis à execução provisória da pena, após condenação confirmada pela segunda instância parecem muito mais razoáveis, especialmente

porque não objetivam afastar, por completo, o princípio da presunção de inocência, mas promover uma ponderação com outros princípios constitucionais, de forma que prevaleça aquele que melhor solucione o problema jurídico do caso concreto.

É possível perceber que a discussão é rica e permite que sejam construídos argumentos variados, a depender de qual enfoque é utilizado para analisar o tema. Desta forma, não foi possível encerrá-la neste trabalho, sendo necessário que trabalhos posteriores, no mesmo sentido, continuem a surgir, especialmente considerando que o Supremo Tribunal Federal irá debater novamente a questão.

Diante do exposto, por meio da utilização das metodologias acima explicitadas, foi possível concluir, dentro do viés jurídico, proposta deste estudo, que a prisão após condenação confirmada pelo segundo grau de jurisdição é, na verdade, uma interpretação constitucional legítima desenvolvida pelo STF, no exercício da atividade hermenêutica que lhe é própria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 84.078/MG. Sessão Plenária. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84078_MG_1278968985412.pdf?Signature=ZfXDASEJnRPfyCMHTPQb%2BAVB1hs%3D&Expires=1542064322&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2e25b6f65c6892e533e2bf25d51d5216. Acesso em 28 de outubro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 126292/SP. Sessão Plenária. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. O Estado e o indivíduo: O conflito entre punir e libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000). 2001. 292 f. Tese (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Revista Constituição e garantia de direitos, Natal, v.9, n.1, out. 2016.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobe Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)". In: Revista do Advogado n. 42.

KIMURA, Alexandre Issa. Hermenêutica e interpretação constitucional. Revista Jurídica 9 de Julho, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 159 – 181, jul. 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 5 ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

LOPES Junior, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA, Isabela Rebouças; CARNEIRO, Wálber Araújo. O que é isto – ponderação de princípios? Revista SEPA – Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, Salvador, v. 12, maio.2013.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e propriedade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47, março-abril 2004.

TERASOTO, Camila. A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição. 2015. 103 f. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

.

Ciências
Criminais

CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiza Souza de Araújo

RESUMO

A presente pesquisa pretendeanalisar a construção jurisprudencial do instituto do habeas corpus coletivo, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A modalidade coletivado remédio constitucional se revela como tema notório a ciência jurídica brasileira atual, por ser objeto de recentes julgados de Tribunais Superiores, cujas decisões ainda são conflitantes, de igual modo, a concepção da ideia do instrumento desperta as análises da doutrina, sendo pertinente objeto de estudo. Ressalta-se que o presente tema não tem previsão legal expressano ordenamento jurídico brasileiro, em vista disso, é relevante a pesquisa quanto ao cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira. Ademais, tal analise está inserida em um contexto de anseio universal por garantias dos direitos fundamentais, pelo próprio Estado Democrático de Direito, o neoconstitucionalismo e o ideal de fraternidade, isto é, o direito fundamental em uma perspectiva transindividual em que o tema do processo coletivo se manifesta como importante instrumento processual cabível para a proteção desses direitos. Em um primeiro momento, busca-se consolidar a Teoria Geral do habeas corpus, desde a sua origem até seus contornos atuais no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, no capítulo II, far-se-á uma explanação sobre a tutela coletiva, para então definir o instituto do habeas corpus coletivo, a partir de os posicionamentos atuais da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a admissibilidade do habeas corpus coletivo. Em suma, tem-se como necessária a ponderação entre o princípio da segurança jurídica, potencialmente atingido pela falta de previsão legal e a proteção do direito à liberdade de locomoção e do acesso à justiça, à luz da dogmática constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Remédio constitucional; habeas corpus; habeas corpus coletivo; tutela coletiva; acesso à justiça; liberdade de locomoção.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objeto o instituto do habeas corpus coletivo, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para, assim, esboçar entendimento que vem sendo adotado pela Suprema Corte quanto à possibilidade jurídica da tutela coletiva e o devido processamento, fixando seus alcances e contornos em consonância com as premissas constitucionais brasileiras.

Em tese, o habeas corpus é o remédio constitucional mais antigo presente nos ordenamentos jurídicos já conhecidos e constaexpressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sendo hoje fixado pela tutela de direito a liberdade de locomoção. Em se tratando de habeas corpus inserido no processo coletivo, tem-se a incorporação da ferramenta de defesa coletiva desse direito.

Ademais, o direito à liberdade de locomoção encontra-se disposto no título "dos Direitos e Garantias fundamentais", sendo assim, direito fundamental presente no rol artigo 5º da Constituição Federal, parte mais incontroversa quanto a sua essencialidade de proteção. Nesse sentido, confirma-se necessidade quantoà tutela jurisdicional por meio de instrumentos jurídicos efetivos ao seu exercício.

Pode-se dizer que o tema é caracterizado pela relevância social, haja vista se ter como certo, que a incidência do remédio constitucional se dará em perspectiva transindividual, a legitimados determinados ou determináveis. Assim, ao admitir a existência do habeas corpus coletivo se admite uma nova modalidade de tutela coletiva de interesses individuais.

Trata-se de um instituto que atingirá uma coletividade *lato sensu*, sem individualização de beneficiário e com o alcance determinável de pessoas. Logo, o que se discute aqui é acerca de uma ação de tutela coletiva de direitos fundamentais individuais que teria como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quanto a privação de liberdade locomoção ou ameaça dessa, quando atinge a generalidade de indivíduos.Tem-se aqui a originalidade da pesquisa.

Ademais, o tema é pertinente a ciência jurídica e sua comunidade. A saber, em 20 de fevereiro de 2018, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, por maioria, pelo conhecimento do habeas corpusnº 143.641[1]. Tem-se aqui precedente inédito, haja vista se tratar de um habeas corpus coletivo, sendoas pacientes apresentadas como umacoletividade, de forma genérica, isto é, sem a individualização de beneficiárias, sob as quais recaia uma mesma situaçãode direito.

Há quem defenda a sua admissibilidade por se tratarde instituto que versa, predominantemente, sobre matéria da seara penal, qual seja a tutela do direito à liberdade de locomoção do indivíduo e aqueles que pugnam pela não admissibilidade do habeas corpus coletivo, pela falta de segurança jurídica ensejada pela carência de individualização ou indicação dos possíveis pacientes.

Contudo, superado o importante histórico do instituto, surge um novo debate quanto à possibilidade de impetração do habeas corpus coletivo, nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se, ainda, que não há previsão legal expressa permissiva ao instituto, no entanto, de igual modo, não existe texto legal vetando a possibilidade desses.

[1]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

O habeas corpus coletivo avança a esfera da possibilidade no momento em que começa a ser impetrado e, respeitado o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, se inicia a apreciação, não somente do direito material que se pleiteia como, de igual modo, do cabimento da via eleita.

No entanto, em um cenário de falta de previsão legal, é evidente a consequência de decisões conflitantes quanto a admissibilidade do instituto, quais sejam, como exemplo no caso concreto, as decisões dos HC 148.459[2] e HC 143.641, ambos habeas corpus coletivo sob jurisdição do STF, em Turmas distintas, proferidas com 1 (um) dia de diferença.

Respectivamente, as decisões entenderam, uma pelo não seguimento do remédio constitucional e a outra, não somente pelo conhecimento, como pela concessão da ordem.

Importante dizer que, no HC 148.459, em sede de decisão monocrática o Ministro Relator Alexandre de Moraes, que determinouo não seguimento, enfrentou como prejudicial a questão do habeas corpus dar-se na modalidade coletiva, sendo, então, a via eleita um dos pontos para tal. Nesse sentido, calha transcrever o argumento utilizado pelo Ministro Alexandre de Moraes para não conhecer do habeas corpus, *in verbis*:

> "havendo necessidade em habeas corpus da indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas. Acesso em: 10 set. 2018.

> como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor."[3]

Nesse sentido, a decisão entendeu pela impossibilidade da utilização do instrumento para os pretendidos efeitos para uma coletividade, chegando a citar como via eleita cabível ações objetivas, quais sejam as de controle concentrado de constitucionalidade a fim de se alcançar uma decisão mandamental genérica, coletiva, com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

No HC 143.641, em sentido oposto, tem-se a decisão pela concessão da ordem atodas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, enfrentou detalhadamente, como preliminar de mérito,a admissibilidade do habeas corpus coletivo, entendendo pelo conhecimento do instituto, criando assim precedente inédito quanto ao seu cabimento.

Diante de todo o exposto, o intuito da presente pesquisa é analisar a construção jurisprudencial do habeas corpus coletivo, por meio da análise da jurisprudência do STF e, assim, elencar o entendimento quanto a possibilidade jurídica do instituto, a medida que a discussão avance do mero juízo de admissibilidade e possa, efetivamente, garantir

[3]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas. Acesso em: 10 set. 2018.

a tutela dos direitos fundamentais ameaçados ou violados e, com isso, atingir sua finalidade.

Diante disso, trabalhar-se-á frente a interpretação das normas à luz da constituição.

Inicialmente, far-se-á necessária a análise da evolução histórica do instituto habeas corpus, da sua gênese aos atuais contornos assumidos, remontando o seu histórico e razão de existir no ordenamento jurídico, construindo, assim, o fim a que se destina o instrumento. Seguindo, o segundo capítulo se dará a partir de análise doutrinária da tutela coletiva, abordando o tema da teoria geral do processo coletivo adotada no ordenamento jurídico brasileiro. No terceiro capítulo far-se-á uma análise do HC 143.641[4] e do HC 148.549[5], ambos precedentes fixados pela Suprema Corte brasileira.

Portanto, trata-se de uma pesquisa qualitativa sendo que, a partir de levantamento e análise de precedentes do STF haverá interpretação desses julgados, a fim de que se discorra sobre a construção instituto do habeas corpus coletivo. Assim, devida relevância, tratando-se de uma pesquisa objetivada em identificação na jurisprudência do STF, far-se-á uso, de pesquisas jurisprudenciais somadas a análise doutrinaria e sua discussão acerca do tema aplicada ao caso concreto. É ainda um tema novo, cuja discussão merece a atenção por se tratar da tutela das liberdades individuais, sob o paradigma da tutela coletiva de Direitos.

---

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Proferida em: 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148.459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000403884&base=baseMonocraticas. Acesso em: 10 set. 2018.

1 TEORIA GERAL DO HABEAS CORPUS

1.1 Origem do habeas corpus

Há quem defenda que a gênesedo instituto habeas corpus encontra-se no direito romano, tendo como pressuposto a análise generalizada de meio instrumental a disposição, pelo qual o sujeito pode reclamar sua liberdade de locomoção retida ilegalmente.

O instituto romano, cuja denominação *Interdictum de Libero Homine Exhibendo,* consistia em procedimento para exibir o homem retido ao pretor, a fim deamparar o direito de liberdade, uma vez que essa fosse retirada dos homens livres por meio de atitude arbitrária e, portanto, ilegal. Ensina Massaú que:

A finalidade do interdictum de libero homine exhibendo consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público; advém daí a ideia de exhibere que significa deixar fora de segredo.[6]

Quanto à cessação de possível ilegalidade:

[…] Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público.[7]

[6]MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, Vitória, nº. 7, 2008, p. 4.

[7]MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, Vitória, nº. 7, 2008, p. 4.

À época, o dito remédio era ofertado aos definidos "homens livres", cujo qual havia extensão a todos aqueles, capazes e incapazes, o varão e a mulher, ao passo que ninguém poderia coibir a liberdade sempre que essa fosse protegida.[8]

Quando o *Interdictum Homine Libero Exhibendo* é considerado o primeiro marco do habeas corpus, entende-se, aqui, pelo precedente criado ao considerar a tutela da liberdade de locomoção um dever do Estado e, portanto, considerá-la um bem público.

> El término homine libero exhibendo usualmente se refiere a un precedente de cualquiermedio de preservación de losderechos de lapersona frente al poder autoritario y, en particular, deljuicio de amparo, auncuandorecientementepuedeconsiderarseun referente de ladoctrinaalemana Drittwirkung de protección horizontal de los derechos fundamentales[9]

Nesse sentido, para diversos autores, como o Pinto Ferreira, o habeas corpus guarda similitude em origem com o instituto contemplado pelo direito romano, qual seja o supracitado *interdictum de libero homine exhibendo*[10].

No entanto, tem-se aqui um juízo prognóstico, na esfera de similitudes básicas dos institutos que, todavia, possuem diversos pontos controvertidos e, assim,

[8]ULPIANO, D., 43.29,3 ,1 "Haec verba quem liberum, ad omnem liberum pertinent: sive pubes sit, sive impubes; sive masculus, sive foemina; sive unus, sive plures; sive sui iuris sit, sive-alieni; hoc enim tantum spectamas, an líber sit" APUD SIDOU. J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.96.

[9]HERNANDEZ, Juan Rivera. Homine Libero Exhibendo.https://leyderecho.org/homine-libero-exhibendo/. Acesso em: 10 set. 2018.

[10] PINTO FERREIRA, Luís. Teoria e prática do habeas corpus. Capitulo histórico do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979.

faz ensejar algumas outras correntes quanto a origem do habeas corpus. Nesse seguimento, Sidou[11] ensina que:

> A origem do habeas corpus é assaz e controvertida e pode-se dizer que mais oscila ao sabor das tendências dos expositores. Se tradicionalistas, fazem-no remontar ao direito romano, vencendo as queimadas etapas humanas. Se chauvinistas, crêem-no uma intervenção genuinamente inglesa, caída do céu para a liberdade dos povos. Há um terceiro grupo, o dos expositores prudentes, como Jenks, para os quais por difícil esgarçar o véu das controvérsias, a palavra final nessa matéria ainda não foi dita.

Importante destacar que, em diversos momentos da história, foram conferidos diferentes mecanismos para proteção a liberdade de locomoção do indivíduode acordo com a evolução da tutela aos direitos fundamentais. Assim, o progresso do habeas corpus está diretamente ligado ao longo processo de lutas político-jurídicas historicamente conhecidas.[12]

Por isso, tem-se como certo que o direito inglês, ao estabelecer a Magna Carta no ano de 1215, reconhece o habeas corpus, com a denominação que hoje conhecemos e consolida os seus princípios essenciais, sendo por outra corrente, esse considerado célebre marco do nascimento do habeas corpus.[13]

---

[11] SIDOU. J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.93.

[12] BICUDO, Hélio. Direitos civis no Brasil, existem? São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9. "Os direitos fundamentais do homem, aqueles que são essenciais à qualificação de sua personalidade, vão, destarte, ainda que lentamente, impondo-se, passando das cogitações meramente teóricas ao campo das realizações práticas, agora no domínio jurídico, social e político. Muitas são as declarações fundamentais do homem que podem ser registradas: a Magna Charta Libertatum, em 1215; a Petition of Rights, em 1628; o Habeas Corpus Act, em 1679; o Bill of Rights, em 1689 [...]"

[13] SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal. São Paulo: RT, 1964, p. 17. "O tradicional remédio destinado à defesa e amparo da liberdade corporal ou física, da liberdade de locomoção é o *habeas corpus.* Vêem alguns a sua instituição na 'Magna Carta', de 15 de junho de 1215, então denominada *Magna Charta,* seu Concórdia inter regem Johannem et Barones preconcessione

1.2 A Magna Carta de 1215

Tem-se que em meados do século XII, pela morte de Ricardo I, conhecido como Ricardo Coração de Leão, considerado um dos detentores de mandato mais querido pelo seu povo, o seu irmão João assume o trono da Inglaterra e inicia um reinado marcado por arbitrariedades e desserviços que atingiu desde os nobres aos humildes.[14]

O conhecido "João Sem-Terra", ao assumir a coroa elevou sem discrepâncias os tributos e adotou uma série de imposições tiranase, ao contrário de seu irmão, foi fortemente reprovado pelo povo.

> Os desastres, cincas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais, reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de goveno; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou[15]

É nesse cenário, diante da iminente ameaça de seus direitos, que insurgem os condes e barões ingleses, restam em grande revolta e exigem, ainda que pela força, proteção às suas liberdades. Tem-se aqui assinatura do ato, a *Magna Charla Libertatum*, conhecida Carta Magna, tida como marco sob um novo fundamento de direitos e liberdades da Inglaterra.

---

libertatum ecclesiae et regni Angliae, outorgada por João Sem Terra, ou Johannes Lackland, sob constante pressão dos nobres e do clero"

[14] MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 4 ed. Rio de Janeiro: 1962, pp. 10-12.

[15] MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 2 ed. Rio de Janeiro: 1951, p. 12.

> Obrigaram João a renovar esta carta com grandes adições, e ao se assegurarem o que reivindicavam como seus direitos constitucionais obrigaram o rei a observar as mesmas regras em relação a todos os homens livres.[16]

Portanto, a edição da Carta Magna de 1215 é decorrente de deliberado abuso de Poder do Estado pelo despotismo soberanoe decorrente ameaça de direitos por meio deilegalidades e abusos, sendo assim considerada, segundo Pontes de Miranda, a carta considerada uma pedra inicial ao novo estado de coisas, para Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem.[17]

Destaca-se que ditames presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que são rotineiramente empregados na atualidade surgem todos explicitados da referida Carta Magna, tais como a cláusula do devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o acesso à justiça, a celeridade processual, a instituição do júri, entre outras ferramentas que salientam os cuidados com a tutela e liberdades.[18]

"A magna carta é o documento assinado, em 1215, por João Sem Terra, sob pressão dos barões. É considerada a base das liberdades inglesas" [19] Nesse sentido, dentre os inúmeros institutos contemplados pela nova Carta, ressalta o preceito

[16]POUND, Roscoe. Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 17.

[17] MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 2 ed. Rio de Janeiro: 1951, p. 12.

[18] SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal: Due process of Law. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, p. 16-17 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal. Revista de Processo, São Paulo, n. 63, 1991, p. 37.

[19]BANDEIRA, Antonio Manoel. A Carta Magna – Conceituação e antecedentes.http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf. Acessado em: 28 mar. 2018.

básico da liberdade individual, cujo qual ninguém poderia sofre prisão injusta, bem como que as pessoas livres seriam julgadas pelos seus pares. [20]

> Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.
>
> 1. Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é nossa vontade que assim se cumpra; [21]

É bem verdade que por mais que editada e assinada a Carta Magna com todas as previsões hoje tão contempladas, faz-se necessário guardar ressalvas tendo em vista que a história revela que a Magna Carta não significou o limiar das liberdades:

> Narra THOMAS B. CONSTAIN que Estevam Langton, prosseguindo no estudo das leis canônicas, concluirá que o sistema feudal era um bárbaro repositório de crueldade e injustiça, impondo-se, para a consecução de reforma a redução do imoderado poder dos governantes. E, enquanto pregava na Igreja de São Paulo, em Londres, sem aprofundar-se no aspecto político, transmitiu aos fiéis determinada mensagem.

[20] SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal. São Paulo: RT, 1964, p. 20, "Dispunha a Magna Carta, em seu art. 48: ' Ninguém poderá ser detido, prêso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país'. Segundo consta do texto da Magna Carta: 'Nullus líber homo capiatur vel imprisionetur, aut disseisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale judicium parium suorum, vel per legem terae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam."

[21] Tradução – "Para o latim, PONTES DE MIRANDA publicitou, em célebre obra, a seguinte versão (bem mais extensa): "Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliquo modo destruatur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum incarcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustituam". MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 2 ed., p. 15 Rio de Janeiro: 1951

> E, para desoertar mais o interesse dos presentes por ela, exibiu-lhes um antigo pergaminho que datava o tempo do rei HENRIQUE I, contendo as primeiras garantias da liberdade obtidas pelos súditos inglêses. Conclamou, então, os barões a que se comportassem de modo igual ao expresso no referido documento com a mulher, as filhas e os filhos de seus dependentes. Com tais palavras, pôs em destaque os direitos que o súdito comum tinha frente à nobreza e que esses direitos deviam integrar as leis do país.[22]

Pode-se dizer, ainda, que a Carta Magna pode ter significado muito mais no plano abstrato do que na realidade, tendo em vista a frustrações no plano concreto à época, sendo muitas das vezes transgredida ou quando não aplicada diretamente apenas para um grupo restrito e selecionado. Segundo Pontes de Miranda, não há concepção do homem como titular de direitos, sendo a Carta Magna com valor restrito ao interesse baronial. [23]

Além disso, a sucessão de governos da coroa britânica conferiu edições a Carta Magna e, por conseguinte, sua confirmação. Tendo mediante um novo caos com grande alta de impostos e arbitrariedade diante da inexperiência do então rei Henrique III, a carta sendo reafirmada uma segunda vez em 1255. Bem como, a história se repetiu em 1298 quando a coroa estava sob mando do rei Eduardo I. Expõe Pontes de Miranda:

> As altas dos impostos, conseqüência lógica de tantos erros e baldas políticas fêz com que se sublevassem os barões, recontinuando-se a revolução que João-sem-Terra reclamara as liberdades e garantias. Daí a confirmação da Magna Carta, em 1255, em reunião de prelados convocados em Wesrminster, com expressa ameaça de "excomunhão contra quem a violasse.[24]

[22]SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 17.

[23] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 21.

[24] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 14.

O fato é que a história do direito inglês, tendo a Magna Carta como marco, nos revela um lento, mas seguro caminhar em busca da efetivação a proteção das liberdades, inclusive, a liberdade individual. Segundo Roscoe Pound, a Magna Charta Libertatum inglesa é o exemplo mais afamado das cartas de liberdade medievais. Tem-se que ela, mais do que alicerce do parlamentarismo inglês, significou a construção ulterior dos direitos de liberdade.[25]

Tem-se, assim, que o habeas corpus se revela um dos primeiros instrumentos institucionais que limitou o poder estatal e que reconheceu alguns direitos humanos fundamentais consagrados até hoje. Nesse sentido, conclui Roscoe Pound acerca da relevância do referido momento histórico:

> Não constituiu de modo algum um fenômeno singular no âmbito europeu, mas é no entanto notável, sobretudo em atenção à continuidade da evolução que dela partiu, interrompida por vezes mas nunca cortada.[26]

1.3 A Petition of Rights de 1628

Com o passar dos tempos, o direito à liberdade individual garantido pela Magna Carta foi a cada momento tornando-se mais apagado e fugidio das aspirações inglesas, até que, no reinado de Carlos I, a campanha dos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico, Pontes de Miranda, expõe:

> A liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o Capítulo XXIX da Magna Carta. Essa lei foi

[25] ZIPPELIUS, Reinhould. Teoria Geral do Estado. Trad. António Cabral de Moncada. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 162

[26] ZIPPELIUS, Reinhould. *Op. Cit.,* P. 162-163.

> desrespeitada, esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões cobardes de certos juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da 'prerrogativa'.[27]

Nesse passo, ao fixar um novo tributo, Carlos I se vê contrariado por parte dos nobres, que se opuseram ao pagamento da quantia perseguida compulsoriamente.[28] Foi ai que tais fidalgos receberam uma ordem de prisão do rei e, por meio de uma petição ensejaram uma nova discussão quanto a diversos institutos jurídicos.[29] Á época, não eram incomuns os casos de prisões sem qualquer fundamento plausível e quando impugnadas pela via de habeas corpus ao Rei havia a justificativa que se tratava de ordem especial do Rei, sem qualquer acusação e embasamento nas leis ora vigentes.

Assim, a prisão dos fidalgos que se recusaram a pagar novo imposto deflagra todo o cenário de transgressão as normas diversas vezes afirmadas.

> [...] X. Pedem, portanto, humildemente a vossa mui excelente Majestade que, de hoje em diante, nenhum homem seja obrigado a fazer qualquer dádiva, empréstimo, benevolência, tributo ou outro encargo semelhante sem consentimento comum do parlamento; (2) e que ninguém seja obrigado a responder ou fazer juramento ou a comparecer, ser preso ou de qualquer outra maneira ser molestado ou perturbado em relação ao mesmo, ou porque assim o recuse; (3) e que nenhum homem livre, por qualquer maneira conforme ficou mencionado, seja preso ou detido; [...]
>
> XI. Tudo o que fica devem pedir mui humildemente a vossa mui excelente Majestade como direitos e liberdades deles conforme as leis e estatutos deste reino; [...]

Nesse passo, uma assembléia fez-se convocada pelo Parlamento de 1628 a fim de sanar o problema suscitado e pleiteado pelos nobres presos, assim, tem-se que foi

[27] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955. p. 56.
[28] MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* pp. 43-44.
[29] *Ibidem*, p. 45.

proferido um despacho da coroa que concedeu a petição o direito conforme se pleiteava.[30]

O que se vê é reiterada observância a direitos já reconhecidos na própria Carta Magna, como os de liberdade e devido processo legal que eram, por conseguinte, reiteradas vezes desrespeitados pelo poder uno. Todavia, tal marco não significou o fim dos abusos da coroa que culminou na revolução que depôs Carlos I.[31]

Assim sendo, tem-se aqui a proclamação do Habeas Corpus Act de 1679, uma vez que mais do que a mera previsão, que se fazia burlada diversas vezes pelas justificativas desarrazoadas do poder absoluto, era cogente a necessidade de uma lei processual que estabelecesse o procedimento do habeas corpus. Mais uma vez, o direito inglês ratifica o seu preceito a liberdade individual.[32]

1.4 Habeas Corpus Amendment Act de 1679

Segundo Paulo Isaac Guimarães narra, a Inglaterra ao editar o "Habeas Corpus Amendment Act" promoveu avanços quanto ao procedimento do habeas corpus em termos processuais, de maneira oposta as declarações que a antecediam, que somente previram o referido remédio. [33] Tem-se que o direito inglês ao

[30] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. pp. 49-51.

[31] *Ibidem*, pp. 51-54.

[32] BICUDO, Hélio. Direitos Civis no Brasil, existem? São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 9. "Os direitos fundamentais do homem, aqueles que são essenciais à qualificação de sua personalidade, vão, destarte, ainda que lentamente, impondo-se, passando das cogitações meramente teóricas ao campo das realizações práticas, agora no domínio jurídico, social e político. Muitas são as declarações fundamentais do homem que podem ser registradas: a Magna Charta Libertatum, em 1215; a Petition of Rights, em 1628; o Habeas Corpus Act, em 1679 [...]".

[33] GUIMARAÉS, Paulo Isaac N. B Sabbá. Habeas corpus. Críticas e perspectivas. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 166

regulamentar o seu procedimento, fez isso a partir da observância da lei, que incidiria a toda e qualquer pessoa.[34]

O *Habeas Corpus Amendment Act* significou a busca da proteção efetiva da liberdade pessoal, traduz-se no *status libertatis* de cada indivíduo. Segundo Fábio Comparato ensina, o Habeas Corpus Act inferiu ao habeas corpus a sua função pela qual até hoje é conhecido, a proteção a liberdade de locomoção.[35] .....

O que não significa dizer que o ato simboliza a gênese do instituto, tendo em vista que o habeas corpus já se tratava de instituto contemplado há séculos como todo o exposto apresenta. Ora, pois, a relevância da lei consiste na reafirmação da relevância a tutela da liberdade individual dos súditos.

> A regulamentação do habeas corpus se deu por ato do reinado de CARLOS II, em 1679, embora as garantias constitucionais, que Lord CHATHAM denominou 'Bíblia da Constituição inglêsa', houvesse surgido, propriamente, com a PETIÇÃO DE DIREITOS e com a BILL OF RIGHTS, que lhe são anteriores[36]

A essa época, ao avançar das diversas lutas contra as arbitrariedades, tem-se que o povo da Inglaterra já possuía o entendimento do que significava a liberdade física e a importância de seu exercício, uma que a mesma já era considerada como um dos direitos absolutos, extraído da própria natureza do homem, desde 1215, na Magna Carta.[37]

Para Pontes de Miranda, a Inglaterra reuniu, no período de 1215 a 1679, a solução para três problemas que inviabilizavam o exercício da liberdade, qual seja: a)

---

[34] GUIMARAÉS, Paulo Isaac N. B Sabbá. Op. cit., pp. 166-185.

[35] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2001, p.84

[36] SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 21

[37] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.55

o da sua conceituação cientifica; b) o da asseguração e c) o das garantias, de modo a completarem cedo sua evolução política, também, com a edição do Habeas Corpus Act.[38]

O Habeas Corpus Act regulamentou a parte procedimental da referida via, nos seguintes termos:

> I - A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonia, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonia, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lord-chanceller ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de *habeas corpus* (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (upontheretur), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.[39]

Destaca-se que foram estabelecidas as competências ao Lord Chanceller ou, em tempo de férias, a juiz dos tribunais superiores ao que se refere a capacidade de conhecer e conceder o habeas corpus a qualquer indivíduo detido ou acusado de crime comum.[40]

---

[38] MIRANDA, Pontes de. Op. cit. pp. 57-58.

[39] USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos .**Habeas Corpus Act.** http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html Acessado em: 13 nov. 2018

[40] MIRANDA, Pontes de. **Op.cit.**, p.59; USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos ***Op. cit.***, Acessado em: 13 nov. 2018.

No tocante a apreciação, o documento confere a prioridade de tramite prevendo a imediata apreciação do habeas corpus pelos responsáveis. Nesse sentido a previsão é evidenciada em enunciado próprio: "II - A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, e que não deve exceder em caso algum vinte dias." [41]

Ainda, de maneira extremamente garantista, o Habeas Corpus Act previa que ao que ter deferida a ordem de habeas corpus, o beneficiário não poderia voltar a ser privado de liberdade pelo mesmo crime, nos seguintes termos: "V - Quem tiver obtido providência de habeas corpus não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator." [42]

Ademais, o habeas corpus poderia ser pleiteado por qualquer um cujo qual tivesse conhecimento da prisão, qualquer pessoa poderia perseguir a ordem ao Lord em nome daquele que estaria com a liberdade cerceada, além, é claro, do próprio coacto poderia ingressar.[43]

Tem-se que a regulamentação do procedimento, em 27 de maio de 1769, versou no tocante a área criminal, em se tratando de restrições a liberdade da referida natureza e, significando muito, tendo em vista que diversos dos pontos ora

[41]USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos ***Op. cit.***, Acessado em: 13 nov. 2018.

[42]USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos .**Habeas Corpus Act.**http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html Acessado em: 13 nov. 2018 e, ainda, expõe MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.59.

[43] USP. Biblioteca Virtual Direitos Humanos. ***Op. cit.,*** Acessado em: 13 nov. 2018 e, ainda, expõe MIRANDA, Pontes de. ***Op. cit.***, p.60.

explicitados revelam grande aproximação com sua forma moderna, sendo assim, permeada a essência da garantia liberdade individual.[44]

1.5 O habeas corpus no ordenamento jurídico brasileiro

1.5.1 No Império

Extrai-se do Decreto de 23 de maio de 1821 referendado pelo Conde de Arcos:

> [...] desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, exceptosómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.
>
> [...]
>
> [...] nenhum juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada.[45]

Há de se remontar o cenário tido a época, na colônia portuguesa escolhida como base pela Família Real, cujo qual revelava a dificuldade de se comunicar, por conseguinte, as ordens de prisão ocorriam sem controle efetivo, uma vez que sua notícia se propagava morosamente, somado ao fato de haver escassez no contingente de agentes oficiais, como policiais ou juízes.[46]

---

[44] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2001, p.84 " A importância histórica do habeas-corpus, tal qual como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais."

[45] BRASIL. Decreto 23 de maio de 1821. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

[46] MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 3 ed. Rio de Janeiro: 1955, p.122.

Nesse passo, o Conde dos Arcos, tido como nobre administrador colonial português e último vice-rei do Brasil, referendou o Decreto de 1821, a fim de maior controle sobre as prisões e a conduta assumida pelos policiais e juízes que as julgavam. Nas próprias palavras do Conde dos Arcos, a justificativa do decreto seria a segurança individual em face da lei:

> Constando-me que alguns governadores, Juízes Criminais e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes da culpa formada, pretextando denúncias em segrêdo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida, a segurança individual. E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este decreto ordeno [...] [47]

Assim, se inaugura o primeiro grande marco histórico das liberdades brasileiras, em referência histórica, da forma como o Brasil, ainda que com séculos de atraso[48], dispõe sobre os moldes desuas garantias fundamentais, sendo inclusive considerado como uma Magna Carta brasileira por alguns autores, dentre eles Pontes de Miranda. [49]

[47]BRASIL. Decreto 23 de maio de 1821. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28-03-2018.

[48]O habeas corpus já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária. Ademais, a Lei de 1679, cuja denominação oficial foi "uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar", trouxe tais garantias processuais.

[49]MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 3 ed. Rio de Janeiro: 1955, p.123.

Vê-se, então, estabelecido os primeiros contornos acerca da exigência de requisitos para a cessação da liberdade e justa causa para ordem de prisão, por conseguinte, estabelece a tutela à liberdade, observados ideias conceituais de preceitos constitucionais que nos dias de hoje se fazem central no nosso ordenamento, tais como a ampla defesa, o direito ao contraditório, a celeridade processual, o acesso à justiça, entre outros.[50]

Contudo, não se define com exatidão o instrumento apto a sanear coações arbitrárias, qual seja o habeas corpus, que já era conhecido secularmente em outros ordenamentos jurídicos, como já explicitado.[51] Ainda assim, apesar de não ter utilizado a denominação do instituto, pode-se dizer que o marco consta da exigência de que se cumpram requisitos para restringir qualquer pessoa da sua liberdade de ir e vir, nesse sentido a necessidade de "culpa formada" previamente, significando a naturalização em terras brasileiras do habeas corpus.[52]

Nesse passo, o Brasil estabelece a sua primeira e oficial Constituição datada em 1824, que consolida os desejos de livre desenvolvimento, consolidando a independência e a unidade como Estado. Segundo Pontes de Miranda, a Constituição representou a consagração de valores dos ideias liberais, sob forte influencia do liberalismo europeu em sua Constituição Francesa de 1791.[53]

Importante dizer que o habeas corpus ainda não se teve consagrado na Constituição de 1824, expõe Vicente Sabino Júnior:

---

[50] Vide BRASIL. Decreto 23 de maio de 1821. Promulgado em 23 de maio de 1821. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm. Acessado em: 28-03-2018.

[51] MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 123.

[52] FERNANDES, Adaucto. O habeas corpus no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 42.

[53] MIRANDA, Pontes de. História e Prática do Habeas Corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: 1962, p.127.

> [...] A Constituição Imperial, no art. 179, assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tivessem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Não se referiu ao habeas corpus. [54]

Desse modo, apesar do habeas corpus não ter sido nominalmente instituído no ordenamento, verifica-se que a Carta conta com o conhecimento do instituto, no mesmo sentido do decreto de 1821. Assim, o que se tem é a tutela a liberdade individual, tendo as suas das principais características na inteligência de seu art. 179, especificamente no inciso 8°:

> VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.[55]

Já em 1830, com a promulgação do Código Criminal, tem-se 6 (seis) artigos com referências expressas ao *habeas corpus*, tendo tratamento aos ditos "Crimes contra a liberdade individual" nos artigos 183 e 184.

> Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem for permittido passar ordens de - habeas-corpus - concedel-as, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa, de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar.
>
> [...]

[54] SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.27.

[55] BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Promulgado em 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

> Art. 184. Recusarem os Officiaes de Justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de - habeas-corpus - que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligencias necessarias para que essa ordem surta effeito.[56]

Destaque para o Código de Processo Criminal de 1832, o qual em seu título VI, com denominação "*Da ordem de habeas corpus*", no artigo 340, dispõe que *"todo o cidadão, que entender ele ou outro sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de 'habeas corpus' em seu favor"*[57]

Por meio do novo Código instituído no Império, foi regulamentado o procedimento do habeas corpus no Brasil, tamanha importância dada ao instituto que contou com 16 (dezesseis) artigos dispondo acerca do procedimento[58], quais sejam artigos 340 a 355 do referido Código Criminal. Ademais, à época o procedimento já obedecia ao direito constitucional, esse que atribuía a liberdade como direito intrínseco a condição humana, sendo qualidade do ser moral.[59]

Sendo assim, foi estabelecido a todo cidadão o direito de pleitear a ordem do habeas corpus sendo em causa própria ou a favor de quem sofra a coação. Tem-se estabelecido alguns requisitos, tais como: a) nome da pessoa que sofre a violência e o nome daquele que deu causa a ordem; b) o conteúdo da ordem que submeteu o indivíduo a prisão ou uma espécie de certidão, que constava a declaração de que o documento foi requerido e, no entanto, denegada; c) por quais motivos se insurge a

[56] BRASIL. Codigo Criminal do Império do Brazil. Promulgado em 16 de dezembro de 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

[57] BRASIL. Codigo de Processo Criminal. Promulgado em 29 de novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acessado em: 28 mar. 2018.

[58] KOERNER, Andrei. Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920). São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 58.

[59] MIRANDA, Pontes. História e prática do habeas-corpus. Tomo I. p. 129.

ilegalidade da prisão; d) fazer constar o visto e o juramento de verdade daquele que alega os fatos e fundamentos do habeas corpus.

Define-se, ainda, a competência para apreciação do dito habeas corpus a qualquer juiz de direito, observados os limites da jurisdição. Destaque para a celeridade processual conferida ao instrumento, que por obrigação legal de apenas 2 (duas) horas se fazia mandar e fazer passar a ordem, escrita por um escrivão oficial e fazendo constar a assinatura do juiz ou presidente do tribunal.[60]

Concluí-se que o Código de Processo Criminal de 1832 tenta regulamentar o procedimento do habeas corpus, o que se tem como avanço para o Império, sendo que dentro de um curto espaço-tempo, o Brasil salta da não existência de previsão para uma instituição da procedibilidade do habeas corpus. Nesse passo, tem-se a adoção, pela monarquia, do dito *Remedial Mandatory Writ.*[61]

Pode-se dizer que o Código conferiu a ferramenta ao Juiz conhecer e deferir uma ordem de habeas corpus de ofício, tendo o direito do império forte influência dos políticos com as bases européias, que já possuía ideias liberais contemporâneas e considerava o direito a liberdade individual absoluto e inerente a natureza do homem.

> Sob regime imperial, a constituição de 1824 vedava a prisão sem nota de culpa, mas o habeas corpus não era de uso. [...] Entretanto, o *writ*foi considerado como de adoção implícita na referida Constituição, para assegurar a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à liberdade pessoal, e regulamentado pelo Código de Processo Criminal de 1832, que

[60] BRASIL. Codigo de Processo Criminal. Promulgado em 29 de novembro de 1832. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm>. Acessado em: 28 mar. 2018.

[61] FERNANDES, Adaucto. O habeas corpus no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 40.

> a ele faz expressa referência, pela primeira vez, e por leis subseqüentes (Lei de 3 de dezembro de 1841, art. 69, §7°, Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 439, §1°).[62]

Importante destacar que, já no Império se consolidou o entendimento da maleabilidade do habeas corpus, que não poderia contar com normas jurídicas rígidas e sem espaço para as particularidades, uma vez se tratar da tutela a liberdade. Nesse passo, à época já não se via impasses que estreitassem o instrumento e sua aplicação, sendo atendidas primordialmente a suas finalidades, tendo sido denominado como "recurso extraordinário".[63]

O Decreto 2.033 de 20 de setembro de 1871 faz importante modificação no instituto, ao estabelecer a figura do habeas corpus preventivo, no §1°, do artigo 18 que dispunha: "*tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento ilegal*".[64]

A partir disso, tem-se que a mera especulação a tomada da liberdade física de um indivíduo já merecia a observância de todos os requisitos presentes para tal e, ainda, revelam maior grau de proteção ao direito a liberdade individual. Destaque ainda a primeira referência ao conceito "*constrangimento*", que marca a inadmissibilidade de se cercear a liberdade de qualquer cidadão por motivos fúteis e sem fundamento, por mera perseguição ou ódio.[65]

---

[62] SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.29

[63] J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.96.

[64] BRASIL. Lei nº 2.033. Promulgada em 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htmAcessado em: 20 mar. 2019

[65] FERNANDES, Adaucto. O habeas corpus no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 49. "Somente aquele que foi preso e processado por autoridade competente, em virtude de flagrante delito, despacho de pronúncia ou de sentença condenatória não sofre coação ou constrangimento ilegal. Fora desses casos qualquer prisão é uma injusta que se aberra pela violência e abuso de poder,

Já no §8º, do artigo 18 tem-se que *"não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar"* [66] e com isso a universalização do direito à liberdade a todo e qualquer homem, de igual modo, revela novamente a maleabilidade do instituto, ao admitir contornos mais alargados possíveis.

> Com advento da lei n. 2033, a aplicação do writ foi alargada, para atingir os próprios atos da autoridade administrativa e beneficiar os estrangeiros, alcançando até a ameaça de coerção da liberdade individual. A ordem podia ser concedida, pelo art. 18, ainda que a ilegalidade fosse ordenada pelo Chefe de Polícia, ou por qualquer outra autoridade administrativa.[67]

Nesse sentindo, expõe Pontes de Miranda:

> Desde então, o habeas corpus começou a ser, como era tendência sua, a faculdade concedida pela lei a todo cidadão nacional ou estrangeiro, para impedir ou fazer cessar uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade; isto é uma ordem-remédio para acudir aos indivíduos ilegalmente coartados em sua liberdade física.[68]

Assim segue o Império, que instituiu a figura do habeas corpus no Brasil, tendo agora a liberdade de locomoção como regra adjetiva, disciplinada pelo Código de Processo Criminal de 1832 e, ainda, como direito por expressa menção, conduzindo importantes escopos principalmente no Segundo Reinado.[69]

---

para cujo mal o habeas-corpus é o remédio indicado, não só para prevenir e remediar, mas, sobretudo, para repor a liberdade de um indivíduo ameaçada ou violada"

[66]BRASIL. Lei nº 2.033. Promulgada em 20 de setembro de 1871. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htmAcessado em: 20 mar. 2019

[67]SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 31.

[68]MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 235.

[69]J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.137.

A evolução do instituto nesse período, desde o cerne ao mais elaborado procedimento, revela a ampla flexibilidade e contornos largos conferidos ao habeas corpus que, contudo, observava aos limites legais.

Desde já, resta claro que o avanço do procedimento do instituto revela de igual maneira o avanço das garantias individuais, o direito nessa ocasião se viu regulando o instrumento de modo a tornar aptas as mais diversas pessoas, tais como nacionais ou estrangeiros, ao exercício de liberdade individual. Assim, o habeas corpus no Brasil Império ressalta o progresso, ainda, da própria significação dos direitos humanos, uma vez que o instrumento transcende a matéria da liberdade individual em moldes meramente formais conhecidos à época.

1.5.2 Na República

> Dar-se-á o "habeas-corpus" sempre que o individuo sofrer ou achar em iminente perigo de sofrer violação, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.
>
> [...]
>
> Dar-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe "habeas-corpus".[70]

Tem-se aqui fixado o marco da constitucionalização do habeas corpus no ordenamento jurídico através da primeira Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil. Segundo Luís Pinto Ferreira:

> A Constituição nacional de 1891 elevou-o a valor de garantia constitucional, estabelecendo um preceito genérico no seu art.

[70] Vide habeas corpus na República na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891, art. 72, § 22 e Constituição de 1946, art. 141, §23 em MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 157.

> 72, §22, preceito esse que permitiu a extensão de habeas corpus ao amparo dos direitos pessoais, e não só de liberdade física.[71]

Naquele tempo, a forma de governo adotada pelo Brasil se deu por uma República Federativa, que uniu as províncias do Brasil em uma federação, ao interesse comum. Desse modo, tinha-se uma união perpétua e indissolúvel dos seus, agora, Estados, influenciado pelo modelo norte-americano o regime adotado era o representativo por meio do presidencialismo.[72]

Portanto, sob forte influência do constitucionalismo norte americano se da a constitucionalização do habeas corpus no Brasil, o quesignifica dizer que foi elevado o nível de garantia dos direitos dos cidadãos a patamar superior, ao dispor em seu artigo 72, § 22:*"Dar-se-á o habeas corpus , sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder."*[73]

Destaca-se na previsão o cabimento do habeas corpus quando da violência ou coação, que pelo significado apresentam maior amplitude e abarcam os termos prisão ou constrangimento, até então usados.[74] Assim sendo, o texto constitucional sequer expressava a garantia ao direito de ir e vir, isto é, a liberdade de locomoção, assim como, também, não citava em sentido estrito a sua previsão quando por ordem de prisão, constrangimento ou liberdade física.

---

[71] PINTO FERREIRA, Luís. Teoria Prática do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31

[72] AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[73] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acessado em: 28-mar. 2018.

[74] FERNANDES, Adaucto. O habeas corpus no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1942, p. 49 "a carta impões como pressuposto material a violência ou a coação em termos que, subjetivamente, não são sinônimos e não significam, um ou outro, apenas prisão ou constrangimento. Aquela e este são evidentemente um gênero de violência ou coação, mas nem toda violência ou coação importa em prisão ou constrangimento ilegal da liberdade, na acepção física."

A partir disso, deu-se uma interpretação ampla a tutela do instrumento, uma vez que o legislador teria alterado o âmbito de cabimento do habeas corpus para proteger não só a liberdade de ir e vir como, de igual modo, outros diretos fundamentais, políticos ou civis, isso, poisusaram de forma genérica os termos coação e violência, sem pormenorizar a uma liberdade específica.[75]

Cumpre destacar que, a nova carta política com fortes e notórias influências liberais e em sendo a primeira constituição republicana do Brasil, marca com uma declaração de direitos eminentemente individuais, no entanto, ressalta-se que a Constituição de 1891 apenas previa uma ação constitucional, sem nenhuma limitação, como garantia da tutela dos direitos, o habeas corpus, o que expandiu seus efeitos.[76]

1.5.3 A "Doutrina Brasileira do habeas corpus"

A Constituição de 1891 previu o cabimento do habeas corpus e constitucionalizou o instituto, nos seguintes termos:

> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> § 22 - Dar-se-á o *habeas corpus* , sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.[77]

[75] SIDOU. J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 67.

[76] SILVA, Evandro Lins e. O habeas Corpus. VIII Conferencia nacional da ordem dos advogados Brasil. Manaus: OAB, 1980, p. 689.

[77] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

Importa dizer que o tempo e a representação do cenário do Brasil revelam uma Constituição com declaração de direitos individuais e que nesta havia previsão do habeas corpus como instrumento para defesa de direitos.[78]

A partir disso, uma inovação nos sistemas jurídicos pode ser atribuída ao Brasil quando do surgimento da denominada doutrina brasileira do habeas corpus, capitaneada pelo jurista Ruy Barbosa. Ruy Barbosa defendia a extensão da garantia conferida ao instrumento:

> Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que deve concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de habeas corpus? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso do poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do habeas corpus.[79]

Pela disposição do texto constitucional de 1891 desenvolveu-se a tese da doutrina brasileira do habeas corpus, cuja qual dispõe sobre o amplo cabimento do habeas corpus para qualquer hipótese de constrangimento ou violência a direitos, sejam esses quais forem.[80]

---

[78] SILVA, Evandro Lins e. O habeas Corpus. VIII Conferencia nacional da ordem dos advogados Brasil. Manaus: OAB, 1980, p. 689.

[79] Ruy Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915 APUD. SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[80] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

Diferente das redações mundialmente conhecidas e do próprio Código de Processo Criminal de 1832, que em se tratando de habeas corpus se referiam expressamente aos casos de prisão e constrangimento físico, a referida Constituição conferiu larga conotação a defesa contra abusos e ilegalidades por esse rito. Expõe Ruy Barbosa:

> a questão está resolvida pelo confronto da letra das instituições republicanas com a letra das instituições imperiais. Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o habeas-corpus com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação ao habeas-corpus como procedeu relativamente à instituição do júri. A respeito do júri, diz formalmente o texto constitucional: É mantida a instituição do júri. [81]

E completa:

> o habeas-corpus hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o habeas-corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade[82]

O curioso precedente histórico que explicita a doutrina brasileira do habeas corpus é o HC 3.536 do Supremo Tribunal Federal (STF) impetrado em 6 de maio de 1914 por Ruy Barbosa em causa própria. O instrumento foi utilizado contra ato do Chefe de Polícia que vetou a publicação de um discurso proferido por Ruy Barbosa, então Senador do Estado da Bahia em um jornal "O Imparcial".[83]

---

[81] Ruy Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915 APUD. SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[82] *Ibidem.*

[83] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

No referido *writ* pleiteava-se a ordem em respeito a liberdade de expressão, que se viu cerceada ao ter ato que proibiu veiculação a mídia de um discurso contra o Governo da União. Ruy Barbosa estava denunciando um ato do Governo que prorrogou por seis meses o estado de sítio, transgredindo os preceitos da constituição.[84]

Cumpre transcrever trecho da decisão do Supremo que concedeu a ordem do habeas corpus contra abuso de poder que feriu a liberdade de expressão:

> Considerando que o constrangimento ou coação de um deputado ou senador no exercício de seu mandato concedido pela soberania nacional, partindo de poder público, considerando que o fato de que se queixa o senador impetrante do presente habeas corpus 'de se achar privado de publicar os seus discursos na impressa, fora do Diário Oficial', por ato do chefe de Polícia desta cidade, importa em manifesta restrição na sua liberdade de representante da Nação, porque o seu mandato deve ser cumprido em sessões públicas do parlamento (art. 18 da Constituição), em discursos, pela palavra falada para a Nação que ele representa; Considerando que neste regímen político a publicidade dos debates do Parlamento é da sua essência, porque todos os poderes políticos surgem da Nação no exercício de sua soberania, e ela, como comitente do mandato, precisa saber como agem seus representantes; Considerando finalmente que a publicação dos discursos, restrita à imprensa oficial sob a fiscalização do executivo, anula a publicidade;
>
> [...]
>
> Acordam por estes fundamentos conceder a ordem impetrada, para que seja o impetrante, senador Ruy Barbosa, assegurado no seu direito constitucional de publicar os seus

[84] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

> discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier.[85]
>
> Assim, tem-se a emenda do habeas corpus:
>
> As imunidades parlamentares estabelecidas no art. 19 da Constituição da República, asseguram ao senador da República, publicar os seus discursos proferidos no Parlamento pela imprensa, onde, quando e como lhe convier.[86]

Todavia, cumpre importe ressaltar que a jurisprudência brasileira não se viu consolidada, inclusive, adotando em dados momentos entendimento conservador ao aplicar o *writ* apenas as hipóteses que tutelavam a liberdade de locomoção.[87]

Inclusive, o próprio HC 3.536 contou com divergências de entendimento quanto ao alargamento da incidência do habeas corpus defendida por Ruy Barbosa, tanto que a ordem não foi concedida unanimemente, tendo restado alguns votos vencidos, o que evidenciam o debate quanto ao cabimento do *writ*. Nesse sentido, o voto do Ministro Godofredo Cunha:

> Não tomei conhecimento do presente pedido de habeas corpus, por entender que este não é o remédio hábil para corrigir ou reparar o mal de que se queixa o impetrante. O preceito do art. 72, § 22, da Constituição, deve ser interpretado em termos, e não com a generalidade que a maioria lhe empresta. É essa a opinião de Lucio de Mendonça, conselheiro Lafayette, Hwrd, Kent, Rossi, Blackstone e outros, os quais provam que o habeas corpus é destinado tão-somente a proteger a liberdade pessoal, isto é, o poder de franca locomoção: personal liberty is the Power of unrestrained locomotion. Este artigo, pela expressão indivíduo, circunscreve

[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 3536, pelo Tribunal do Pleno. Relator: Oliveira Ribeiro. http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091872&base=baseAcordaos Acessado em: 10 set. 2018.

[86] *Ibidem.*

[87] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

> a disposição à pessoa física. Na hipótese, por exemplo, do art. 80, § 2o da lei fundamental, só as pessoas físicas podem ser presas e desterradas e não as morais, por não serem susceptíveis de prisão ou desterro.
>
> [...]
>
> O impetrante e paciente não está coagido em sua liberdade, nem ameaçado de constrangimento ilegal com relação à sua pessoa.[88]

Nesse passo, quanto a ampliação do contorno do habeas corpus, Pontes de Miranda expõe:

> Qualquer que fosse o modo de acentuar, restringindo ou ampliando, as limitações do remédio, da forma, que o da Constituição de 1891, art. 72, § 22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo, o que não se pode negar é a intenção do constituinte dando-lhe mais larga esfera de aplicabilidade. Boa ou excessiva: pouco importaria. Era o que lá estava.[89]

Tem-se que a Constituição de 1891 estaria prevendo uma ação com objeto que contrapunha a interpretação ortodoxa conferida ao habeas corpus, que até então funcionava como instrumento de tutela a liberdade individual. [90]

Naquela época, compondo a oposição do referido entendimento estava Pedro Lessa, que defendia a aplicação restrita do habeas corpus a liberdade de locomoção. Esse na ocasião ocupava o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, defendia a função específica de proteger a liberdade de ir e vir, em seu dignificado estrito.[91]

---

[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 3536, pelo Tribunal do Pleno. Relator: Oliveira Ribeiro. http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091872&base=baseAcordaos Acessado em: 10 set. 2018.

[89] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 186

[90] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[91] *Ibidem*.

Para Pedro Lessa, o habeas corpus teria por fim exclusivo garantir a liberdade de locomoção, sendo essa um direito fundamental, que assenta na natureza abstrata e comum do homem.[92] Nessa interpretação, tem-se que a liberdade de locomoção como condição para os demais direitos fundamentais, assim sendo ao proteger a violência ou ameaça a liberdade de ir e vir, se estaria garantindo também todos os demais direitos que dela se derivariam.[93]

O referido debate criou um entendimento típico brasileiro, aos dias atuais a denominada "doutrina brasileira do habeas corpus", sendo um momento criativo e particular do direito brasileiro, que ampliou demasiadamente os contornos conhecidos ao remédio constitucional.[94]

A divergência teve fim em 3 de setembro de 1926 por meio de uma emenda a constituição que riscou o artigo 72 e todos os seus incisos e introduziu nova redação ao cabimento do habeas corpus, limitando o seu cabimento aos casos de prisão ou constrangimento ilegal a liberdade de expressão: "Dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".[95]

Assim, o texto constitucional passou a definir expressamente o cabimento do habeas corpus apenas aos âmbitos da liberdade de ir e vir, sem gerar controvérsia, ao

[92] SABINO JÚNIOR, Vicente. O *Habeas Corpus* e a liberdade pessoal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 30-31

[93] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. Op. cit., Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[94] *Ibidem*.

[95] *Ibidem.*

excluir o termo coação e em seu lugar utilizar o direito estrito à liberdade de locomoção.[96]

1.5.4 Da necessidade jurídica - outros writs

Pontes de Miranda expõe:

> Como dar remédio àquelas coações e ameaças provindas dos poderes públicos quando a liberdade de locomoção não fosse o direito condição? Foi então que se pensou no Mandado de Segurança, criação posterior, porém que remonta ao projeto de Guidesteu Pires, em 1926. A data é sugestiva. Fechando-se a porta que a jurisprudência abrira, era preciso abrir outra.[97]

A divergência doutrinaria quanto ao âmbito de incidência do habeas corpus por mais que superada pela reforma na Constituição de 1891, acendeu uma nova discussão quanto a necessidade de outros meios constitucionais possíveis de se pleitear resposta jurisdicional a cerceamento dos demais direitos, diferentes a liberdade de locomoção.[98]

Nesse passo, a hipertrofia conferida ao habeas corpus pela doutrina brasileira restou evidente que faltavam outras vias possíveis, tais quais remédios

[96] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[97] MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 235.

[98] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

constitucionais ou vias processuais, para se pleitear as demais garantias constitucionais previstas na Carta Magna aos cidadãos.[99]

É nesse cenário que insurge a Constituição de 1934, que limita expressamente o cabimento do habeas corpus e, ao mesmo tempo, cria o instituto mandado de segurança, que inclusive cita as semelhanças do novo instituto ao do habeas corpus, nos seguintes termos do artigo 113, §33:

> Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou illegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as acções petitoriais competentes.[100]

Seguindo o referido, prevê a Constituição de 1946, quando o mandado de segurança retorna ao texto como preceito constitucional do art. 141, § 24, que assim dispunha: "Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas-corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".[101]

Diante de todo exposto, pode-se notar que a origem do mandado de segurança se da a partir da discussão do âmbito de cabimento do habeas corpus e que, ainda, a expressa referência ao habeas corpus quando se diz sobre a tutela por

[99] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[100] BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

[101] BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Promulgado em 18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acessado em: 28 mar. 2018.

via de mandado de segurança, desde a Constituição de 1934 [102], que o instituiu, até os moldes atuais no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição de 1988 resta evidente a aproximação dos institutos na origem.

2 TUTELA COLETIVA

2.1. Tutela individual x tutela coletiva – A Constituição Federal de 1988 e a tutela jurídica ampla e irrestrita

Pelo Estado Democrático de Direito, o cidadão passa a ter a capacidade de ser centro decisório e participante das discussões públicas, sendo assim um modelo político que retira a concepção de poder absoluto e dominante do Estado e traduz-se em um Estado com reconhecimento da igualdade essencial a todos por meio da observância as leis. Segundo José Afonso da Silva, a constituição de órgãos jurisdicionais independentes e imparciais, em julgamentos de conflitos interindividuais e, especialmente, aqueles entre o individuo contra o Estado, constituem a máxima garantia dos direitos, nesse Estado.[103]

Nesse sentido, tem-se um Estado que age nos limites da Constituição, sendo um império do direito e significando um governo de leis, que tende a ter como centro da sua preocupação a proteção da autonomia dos indivíduos em face da ingerência do Estado, tendo em vista que tendo em vista que sua própria estrutura de

[102] SOUZA, Luiz Henrique Boselli. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p.75-82, jan./mar. 2008, 01/2008.

[103] Silva, José Afonso da. Ação Popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 84. "A máxima garantia dos direitos humanos, no Estado Democrático – aquela que pode ser chamada de garantia matriz, porque, sem ela, as outras nada significam – está na existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestem entre a pessoa e o Estado".

ordem de domínio é legitimada pelo povo. Assim, há a proteção objetiva das leis independe de sujeito.[104]

Por tal modelo político estabelecer, sobretudo, a tolerância como decorrência direta da proteção jurídico-objetiva, esta que ocorre por meio da Constituição, das leis, das instituições e das políticas públicas, tem-se que há uma tendência à preponderância do interesse coletivo sobre o direito individual em caso de conflito. Segundo expõe Freddie Didier e Hermes Zaneti:

> A revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã. Esta pequena exposição leva à percepção de que o processo, assim como o direito, tem uma conformação histórica.[105]

Segundo expõe Sérgio Cruz Arenhart, a evolução da sociedade torna mais complexa as relações e, por conseguinte, as suas demandas, gerando assim diferentes pretensões pelas novas situações da vida, de igual modo, essas novas demandas refletem-se nos pedidos de prestação jurisdicional.[106]

A Carta Magna ora vigente, em seu Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, dispõe logo em seu Capítulo I "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", pode-se chamar atenção para a inclusão dos direitos

[104] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos democráticos. Coleção Fundação Mario Soares. Edição Gradiva, p. 27.

[105] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: Processo Coletivo, v. 4: processo coletivo. 7. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 31.

[106] ARENHART, Sergio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 26-36.

coletivos *lato sensu,* no rol dos direitos fundamentais, isto é houve a constitucionalização dos direitos coletivos.[107]

Nesse passo, além de se equiparar os direitos coletivos e direitos individuais, quanto aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição ampliou a tutela coletiva ao adotar a técnica de substituição processual, na qual definiu as associações de classe e as entidades sindicais, assim como, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às organizações de classe como legitimadas para figurar a defesa dos direitos e interesses de seus respectivos membros, associadosou filiados.[108]

Para Teori Zavascki as mudanças na Constituição fazem parte da "primeira onda reformadora", que representou a introdução de novos instrumentos, em suas palavras "até então desconhecidos", do direito positivo. Tem-se que a finalidade dos novos mecanismos era a) ensejar curso as demandas coletivas; b) a tutela de direitos e interesses transindividuais e c) a tutela, com mais amplitude, da própria ordem jurídica abstratamente considerada.[109]

Ademais, pelos próprios princípios constitucionais de acesso à justiça e inafastabilidade do Poder Judiciário, na inteligência do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, entende-se cabível a tutela coletiva, ora, pois, segundo Freddie Diddier e Zaneti, tais direitos fundamentais devem ser aplicados ao processo coletivo, fazendo surgir o "garantismo coletivo".[110]

---

[107]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes.Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.43.

[108]ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.

[109]*Idem*, p. 14.

[110] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes.Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.113.

Segundo Hermes Zaneti Jr. "em resposta a essa procura, à aspiração por uma tutela real, efetiva e participativa, a Assembléia Constituinte estabeleceu alterações radicais na sistemática constitucional brasileira quando da elaboração da Constituição de 1988". [111] Nesse sentido, se constrói o raciocínio de que as ações coletivas tendem a desenvolver a democratização, no que toca a participação popular através da provocação do Poder Judiciário em busca de uma resposta jurisdicional.[112]

2.2 Processo coletivo no Brasil

Tem-se que a evolução processual coletiva no Brasil voltou a voga por forte ascendência do referido tema no estudo do direito italiano da década de setenta, mediado por juristas como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vigoriti, que produziram congressos, artigos e livros jurídicos, esses que foram objetos de estudo direto de juristas brasileiros como Barbosa Moreira, Ada Pellegrini, KazuoWaranabe, entre outros.[113]

A partir de tal fato, pode-se falar na criação de novas ações coletivas brasileiras e na identificação das ações coletivas que já eram previstas no nosso ordenamento jurídico, tal qual a ação popular, vide Lei 4.717/1965.[114]

Ademais, o momento em que insurge o tema era propício para a introdução de novos mecanismos, sendo que o Brasil experimentava tempos de redemocratização em que emergia o novo Estado Democrático Constitucional de

[111]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. *Op. cit.,* p.43.

[112] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 291.

[113]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes.Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.30.

[114]*Ibidem*, p.30.

1988. Nesse sentido, para Fredie Didier e Hermes Zaneti as ações coletivas se fundamentam em razões sociológicas e políticas.[115]

Os fundamentos de ordem sociológica são embasados no contexto de constitucionalização dos direitos fundamentais e sua a devida efetividade e também no acesso a justiça, amplo e irrestrito, somados ao aumento das "demandas de massa". Quanto às razões de ordem política, ressalta a economia processual, a uniformização dos julgamentos, por conseguinte, a uniformização social.[116]

Para Teori Zavascki a introdução de novos instrumentos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro ocorre por duas fases ou as chamadas "ondas", com características diferentes. A partir de 1985, a primeira onda reformadora teria introduzido os mecanismos coletivos, que até então eram inexistentes no direito positivo e a segunda onda, em meados de 1994, teria aperfeiçoado e ampliado esses instrumentos.[117]

Fredie Didier e Zaneti Jr. conceituam:

> Processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas.[118]

Assim sendo, tem-se por processo coletivo instrumento cabível para tutelar os direitos que transcendem a esfera individual, seja por se tratar de interesses que

[115] Idem. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, pp. 35-36

[116] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes.Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.37.

[117] Idem. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, 2009, p.15

[118] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes.Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm, p.44.

decorrem de origem comum a diversos indivíduos, seja por se tratar de postulação de direito coletivo *lato sensu.*

Nesse passo, tem-se que a tutela jurisdicional coletiva promove a defesa que se confere a uma "situação jurídica coletiva ativa", os direitos coletivos *lato sensu*, ou a efetivação de situações jurídicas, individuais ou coletivas, em face de uma coletividade, que seja titular de uma "situação jurídica coletiva passiva", deveres ou estados de sujeição coletivos. [119]

O debate acerca do direito processual coletivo é tema relevante, que desafia o direito contemporâneo no cenário nacional, uma vez que se refere à proteção transindividual e individual acidentalmente coletiva[120], o que implica necessariamente a discussão do Direito através de uma transposição da concepção tradicional e individualista para a lógica da tutela de interesses transindividuais.[121]

Segundo Fredie Didier e Hermes Zaneti as características principais do processo coletivo são: a) a legitimação para agir; b) a afirmação de uma situação jurídica coletiva: direito coletivo *lato sensu,* no pólo ativo (ação coletiva ativa) ou dever ou "estado de sujeição coletivos lato sensu" (ação coletiva passiva); c) a extensão subjetiva da coisa julgada.[122]

Ademais, o processo coletivo apresenta-se como um instrumental apto e necessário a realizar importantes modificações na prestação jurisdicional, tais como

[119]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.44.

[120]ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 47.

[121] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 290.

[122]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.44.

proporcionar a efetividade, a economia processual e, principalmente, o acesso a justiça a todos os cidadãos.[123]

Aqui, fala-se de uma superação conceitual, ante a tomada de consciência de uma classe de direitos que transcendem, tanto a esfera do indivíduo, por um lado, quanto a esfera do Estado, por outro.

Tem-se estabelecido desde a época do Império Romano a configuração de dois ramos do direito: o Direito Público e o Direito Privado. A dicotomia Direito Público e Direito Privado é extraída desde os ensinamentos do Direito Romano, a partir de interpretação de passagem de "Digesto 1.1.1.2", de Ulpiano, que afirma: "O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares".[124]

Em suma, segundo Ferraz Júnior, o que se extraí da concepção dogmática de Direito Público e Direito Privado é a sistematização, uma espécie de estabelecimento de princípios teóricos próprios para se atuar em cada ramo do direito.[125]

No entanto, Ferraz Júnior já pontuou a dificuldade entre a distinção da esfera pública e privada, que nos dias de hoje é confusa e sem nitidez, diferente da visão à época, uma vez que na Antiguidade, para Ulpiano havia uma distinção clara entre o lugar que se governa, o Estado e o local de labor, da casa e de atividades típicas de sobrevivência, a esfera privada.[126]

---

[123] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 5. Ed., Bahia: JusPodivm., p.33-34.

[124] Da tradução de: "Publicum jus est quod ad startum rei romanaespectat, privatum, quod ad singulorumutilitatem" em FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed,, São Paulo: Atlas, 1994, p. 134.

[125] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed, São Paulo: Atlas, 1994, p. 134.

[126] Ibidem, p.135-138

Assim sendo, para tal dicotomia existiriam dois universos distintos, em que os elementos de um não pertenceriam ao outro, bem assim como o oposto, sem que nada ficasse de fora de uma das duas classificações.

Importante dizer que ao se falar sobre processo coletivo, observa-se que a esse incumbe a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, sendo relevante a partir da constitucionalização dos direitos coletivos. Segundo Fredie Didier tem-se o processo coletivo como espécie de processo de interesse público. [127]

Para Gregório Assagra, a "nova *Summa Divisio* Constitucionalizada" implica em uma superação da clássica *Summa Divisio* de Direito Público e Direito Privado, assim sendo, uma nova leitura constitucional que supera a visão clássica, uma vez que essa não corresponde ao Estado Democrático de Direito.[128]

Nesse sentido, quando se fala em Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais há a necessidade da gênese de um novo paradigma que seja equivalente ao Estado Democrático de Direito, função essa que a dicotomia Direito Público e Direito Privado não é mais capaz de abranger, uma vez que corresponderia a dois extremos.[129]

2.3 Direitos coletivos x tutela coletiva de direitos

[127]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm., p.36.
[128]ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407
[129]ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Op. cit., p. 409.

Segundo afirma Teori Zavaski, "uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos [...]" [130]

Pois bem, cabe aqui apresentar os conceitos e delimitá-los de maneira clara.

Tem-se que os direitos coletivos *lato sensu* são acertados como gênero, dos quais se tem como espécies o direito difuso, o direito coletivo *strito sensu* e os individuais homogêneos.[131]

Os direitos difusos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, I, do CDC, são aqueles de natureza indivisível, em que o objeto é considerado como um todo, jáquanto aos titulares são pessoas indeterminadas, em que não é possível realizar uma individualização e ligadas por circunstâncias de fato, ou seja, não há vinculo comum de natureza jurídica.

Quanto aos direitos coletivos *strito sensu* reputam-se aqueles de natureza indivisível, cujo titular seja um grupo, classe ou uma categoria de pessoas, tem-se que há uma determinação relativa aos titulares, uma vez que são determináveis e a ligação decorre de uma relação jurídica-base, na inteligência do artigo 81, parágrafo único, II, do CDC.[132]

Importante ressaltar que, tanto os direitos difusos, quanto os direitos coletivos *strito sensu* são transindividuais, ou seja, pertencem a uma coletividade. Já quanto aos direitos individuais homogêneos são classificados como direitos

[130]ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.32.

[131]DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, v. 4, 7 ed., Bahia: JusPodivm , p.75.

[132] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019

individuais, como o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC bem denomina como sendo aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, há a individualização de cada sujeito, que somente são ligados exatamente pela mesma origem do direito.[133]

Ressalta-se que a espécie do direito individual homogêneo, introduzido pela vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, chegou a ser considerado como pertencente a categoria dos direitos coletivos e difusos, como se um só fossem, o que não é verdade, de acordo com a generalidade da doutrina.[134]

Ademais, Sérgio Cruz Arenhart considera a referida legislação como passível de defeitos justamente pela conceituação econômica e aberta que deu aos direitos individuais homogêneos.[135] Nesse sentido se instaura um cenário de insegurança jurídica até que estabelecido o tema pelos Tribunais.

Por outro lado, por tutela coletiva de direitos individuais se entende quais são os instrumentos cabíveis no ordenamento dedicadas a cuidar da tutela de direitos que compõe o patrimônio de mais de um legitimado, uma vez que as chamadas demandas de massa já não eram mais comportadas pelo processo litigioso clássico.[136]

Portanto, essa ideia contrapõe os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que até então se preocupava basicamente com os conflitos entre o

[133] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019

[134] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 33.

[135] ARENHART, Sergio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

[136] *Ibidem*.

Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo ou com a concepção de que somente o lesado poderia demandar seu direito em juízo.[137]

Importante ressaltar que a presente pesquisa está focada nas ações coletivas que tutelam o interesse individual, para tanto, foi realizada a distinção entre os direitos coletivos e identificada suas espécies e, ainda, a diferença quanto a tutela coletiva de direitos e, agora, cabe aprofundar no tema referente a tutela coletiva de direitos individuais.

Muito se debate sobre os problemas da tutela processual, que em sua maioria são verdadeiros óbices para a devida prestação jurisdicional pleiteada por um legitimado e de responsabilidade do Estado.Nesse sentido, discute-se sobre a própria gestão da função jurisdicional o manejo de processos que enfrentam decisões que atingem mais do que apenas um legitimado.

Expõe Candido Rangel Dinamarco que o modelo de processo judicial adotado encontra-se em crise, uma vez que esse é incapaz de tutelar adequadamente os novos e específicos conflitos, em decorrência das novas demandas surgidas em uma sociedade em constante mutação e, ainda, não consegue entregar tutela jurisdicional tempestiva, ainda que para litígios já conhecidos e tradicionais.[138]

É de conhecimento geral que o judiciário brasileiro enfrenta o impacto da quantidade de questões judicializadas, sendo que muitas dessas são demandas repetidas. Segundo relata o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem-se que o

[137]SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 290.

[138]DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.200.

primeiro grau de jurisdição é a parte do Poder Judiciário mais atingida pelo referido problema de sobrecarga de demandas.[139]

Portanto, tem-se que o excesso de demandas é um verdadeiro óbice a prestação jurisdicional à luz da Constituição Federal[140], ferindo caros princípios constitucionais, quais sejam a razoável duração do processo e efetividade e nas palavras de Ruy Barbosa ferindo o próprio conceito de justiça: "a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".

Ademais, o próprio sentido de prestação jurisdicional encontra-se na tutela adequada as lides que surgem no dia-a-dia de uma sociedade, fazendo valer o Estado Democrático de Direito pelos seus mais basilares pilares: a) Princípio da legalidade; b) Separação das funções de poder; c) garantia e reconhecimento dos direitos fundamentais subjetivos. Assim sendo, infere-se que o Estado Democrático de Direito clama de "direito participativo, pluralista e aberto." [141]

Assim sendo, entende-se que a tutela jurisdicional coletiva é um meio qualificado para proporcionar a efetividade na prestação jurisdicional, uma vez que soluciona a maioria das questões de demandas de massa.[142]

Tem-se que a Constituição Federal oferece meios processuais pelos quais se garantiriam maior efetividade, pelo artigo 8º, inciso III tem-se a previsão da legitimidade extraordinária, sobre tal concepção Teori Zavaski expõe:

---

[139] CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório da Justiça em números. 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao. Acesso em: 10 mar.2019.

[140] DINAMARCO, Candido Rangel. *Op. cit.*, p. 200.

[141] RIBEIRO JÚNIOR, João. Pessoas Estado & Direito. Campinas: 1994, p. 25.

[142] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 291. "Nesse sentido, a doutrina processualista brasileira admite amplamente que a garantia do acesso à justiça requer, também, a possibilidade de acesso coletivo à tutela jurisdicional.[...]"

> Foi destacadamente significativo, nessa primeira onda reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa de direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III).[143]

Tem-se que as questões individuais são passiveis de solução por meio do tratamento coletivo, sob prisma da Constituição Federal e do "principio da proporcionalidade panprocessual",para tal faz-se necessária uma mudança de diversas questões procedimentais.[144]

2.4 Coletivização dos remédios constitucionais

2.4.1 Mandado de segurança coletivo

Tem-se que o mandado de segurança coletivo é um instituto criado pela Constituição Federal de 1988, inovando o já conhecido *writ,* qual seja mandado de segurança, ao prever possibilidade da tutela jurisdicional coletiva de direitos. Nesse sentido, Teori Zavaski expõe:

> Previu-se também que o mandado de segurança – ação sumaria para tutela de direitos líquidos e certosameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública – pode ser impetrado não apenas pelo titular do direito, mas ainda, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associados.
>
> Esse novo instrumento – o mandado de segurança coletivo – a exemplo da ação civil coletiva acima referida potencializou, em

[143]ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.

[144]ARENHART, Sergio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 229.

> elevado grau, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, consequentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais.[145]

Pela ideia da concepção do mandado de segurança, faz-se necessário evocar a "Doutrina brasileira do habeas corpus", na vigência da Constituição Federal de 1891, momento no qual o habeas corpus teve sua expansão construída por parte da doutrina e jurisprudência brasileira.

Por tal entendimento, tem-se que o habeas corpus seria um instrumento mais amplo, de modo a ampliar sua tutela para toda e qualquer situação que o indivíduo sofrer ou pela iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade e abuso de poder, ou seja, não se limitaria a tutela da liberdade de locomoção.

Ressalta-se que não havia previsão de nenhum outro writ para tutelar residualmente os direitos não amparados. Assim, segundo Buzaid, a inexistência de um remédio legal específico, que fosse destinado para a garantia dos direitos ameaçados ou violados por ato de autoridade, moveu os juristas para a criação de um instrumento adequado, apto e eficaz.[146]

Expõe Buzaid que à época, Alberto Torres criou um projeto de revisão da Constituição, parecer esse que incluía um novo mandado da garantia, a fim de fazer consagrar, respeitar, manter e restaurar, preventivamente, direitos individuais ou coletivos que sejam lesados por ato de autoridade, cujo qual não haveria outro remédio cabível.[147]

---

[145]ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 22.

[146]BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27.

[147]BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 28-30.

No dia 11 de agosto de 1926, o referido projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, sendo inserido o instituto brasileiro do mandado de segurança na Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, §33 e, por conseguinte, extinguindo o criativo entendimento brasileiro, que conferia ao habeas corpus a tutela de direitos líquidos e certos violados.

Pode-se inferir que o mandado de segurança foi motivado pelas convicções assentadas na doutrina brasileira do habeas corpus, uma vez que desse gênese encontra marco teórico e temporal na figura dada ao habeas corpus à época.

Ademais, os dois remédios constitucionais ainda contam com os seus procedimentos especiais, sumários e céleres, ambos possuem a exigência de prova pré-constituída e são ações praticamente sem dilação probatória. Significa dizer que, a aproximação dos institutos se revela essencial para a possibilidade jurídica de ambos os writs na modalidade coletiva.

2.4.2 Mandado de injunção coletivo

Os *writs* previstos na Constituição Federal de 1988 consagraram ampla significação aorol de direitos e garantias fundamentais, uma vez que foram criados novos institutos, tais quais a previsão expressa do mandado de segurança coletivo, o habeas data e, também, o mandando de injunção. Ademais, cita-se a previsão constitucional a ação civil pública, na tutela de direitos transindividuais e da ação popular. [148]

[148]BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

Quanto ao mandado de injunção, José Cretella Jr. dispõe acerca do remédio como uma ação constitucional sumária, especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos símiles aos do mandado de segurança, no entanto, com voltada quando diante da ausência de norma regulamentadora obste ao exercício dos direitos constitucionais[149]

Portanto, trata-se de ação constitucional de natureza cível impetrada em hipótese de cabimento cujo haja omissão legislativa que impeça o exercício de um direito constitucional por algum sujeito de direito, nos termos da Constituição Federal, art. 5°, inciso LXXI.

Nesse sentido, ressalta se o texto constitucional que prevê o cabimento do mandado de injunção: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" [150]

Observa-se que nada se tem previsto quanto possibilidade do mandado de injunção na modalidade coletiva, sendo o texto constitucional notadamente ausente quanto a tal hipótese, de igual maneira sem previsão de qualquer vedação expressa.

No entanto, ainda que sem norma constitucional expressamente permissiva, a jurisprudência do STF consta há décadasno sentido de possibilidade jurídica do mandando de injunção coletivo, com base em uma interpretação de ampliação dos

[149]JR. CRETELLA, José. Os *writs* na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular. São Paulo: Forense, 1989, p. 98.

[150]Vide artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

contornos dos remédios constitucionais, *writs* esses que ressaltam o valor da nossa Constituição Federal, segundo José Cretella Jr..[151]

Assim, quanto aos entendimentos contrários a possibilidade jurídica do mandado de injunção coletivo ante a falta de previsão constitucional expressa, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello no MI nº20:

> A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, desse modo, a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade da ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito [...][152]

Ressalta-se que em 2016, no advento da Lei 13.300, foi editada regulação infraconstitucional quanto ao procedimento do mandado de injunção, que logo em seu art. 1º explicita: "Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5o da Constituição Federal." [153]

Dessa maneira, tem-se que a Constituição Federal em 1988, em seu inciso LXXI, do rol do art. 5°, nunca conteve qualquer citação expressa quanto à hipótese do mandado deinjunção coletivo, o que não inviabilizou o exercício de tal direito por 28 anos, uma vez que a norma infraconstitucional só foi editada em 2016.

---

[151]JR. CRETELLA, José. Os *writs* na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular. São Paulo: Forense, 1989, p. 1.

[152]BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733. Acesso em 20 mar. 2019.

[153]BRASIL. Lei que disciplina o mandado de injunção e o mandado de injunção coletivo. Promulgada 23 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em 20 mar. 2018.

Faz-se necessário mencionar a essencialidade do mandado de injunção coletivo, quese tornou ferramenta processual forte, apta e eficaz ao fim a que foi prevista, possibilitando o exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não regulamentados, tudo isso devido a mudança de entendimento e do uso das prerrogativas constitucionais do STF.[154]

Assim que a Constituição concebeu o mandado de injunção, o STF entendia que não poderia de maneira alguma introduzir algo que fizesse produzir efeitos no lugar da norma faltante. Então, somente reconhecia a mora do legislador para que esse fosse incitado a agir.

Assim, a mudança jurisprudencial quanto ao mandado de injunção coletivo muda ao longo dos anos. Tem-se que a primeira fase de jurisprudência, em meados dos anos 1988, havia o entendimento de quea única decisão possível era no sentido dedeclarar a mora e chamar o legislador para agir;

Em meados de 2007, tem-se a terceira fase que significou um marco para a virada jurisprudencial do STF, agora, a chamada Teoria Concretista, a partir do MI coletivo n° 20 consolidou no julgamento impetrados por servidores público, por conta a dificuldade de exercer o direito de greve por falta de norma regulamentadora.[155]

A Suprema Corte passa a aplicar por analogia outras leis quando da omissão legislativa do competente Poder Legislativo. No referido caso, o STF aplicou a lei que

154 MARTINS, Marianne Rios. Os Limites de Atuação do Poder Judiciário como Legislador Positivo para Efetivar Direitos Humanos de 2ª dimensão. Disponível em:http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acessado em: 20 mar. 2019.

155 BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733. Acesso em 20 mar. 2019.

regula o exercício de greve na iniciativa privada, estabelecendo ainda que o Poder Judiciáriopoderia aplicarao servidor público em função essencial sanção mais gravosa que a da iniciativa privada prevista na lei.[156]

Ademais, o Supremo estabeleceu que os agentes de polícia Civil e Militar não poderiamfazer greve. A decisão tem efeitos gerais e *erga omnes*, aplicável a grave de todo e qualquer servidor público, provisoriamente até o legislativo produzir norma própria.[157]

Dessa maneira, desde a promulgação da Constituição Federal, não somente a possibilidade do mandado de injunção coletivo, quanto diversos marcos para a sociedade, viabilizados através dessa ferramenta na modalidade coletiva.[158]

2.5 Plasticidade do habeas corpus e a tutela da liberdade

Ensina J.J Calmon de Passos:

> "A norma jurídica, por mais precisa e clara que seja, por força de sua generalidade, ao ser aplicada ao caso concreto, pede interpretação[...].
>
> [...]
>
> Quanto mais geral, aberto e abrangente o preceito a ser aplicado, maior o campo reservado ao intérprete. "[159]

Tem-se, pela própria natureza do habeas corpus, discussões que versam sobre o direito à liberdade individual de uma pessoa, em sua maioria na seara do direito penal, tema esse que já é de extrema importância aos cuidados do ordenamento

[156] *Ibidem.*
[157] *Ibidem.*
[158] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 16.
[159] PASSOS, J. J. Camon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.1.

jurídico. Contudo, sendo um instituto coletivo, a tutela versaria sobre a liberdade individual de um grande número de pessoas, o que desperta ainda mais o cuidado e devida previsão que se deve existir no presente debate.[160]

Logo, trata-se de uma ação de tutela coletiva de direitos fundamentais individuais que tem como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quanto a privação de liberdade locomoção ou ameaça dessa, que incide sobre considerável quantidade de indivíduos.[161]

A partir de tal fato, tem-se a discussão com fundamentação no sentido do conhecimento do habeas corpus coletivo, por se tratar de instituto com matéria discutida da seara penal, que versa sobre direito à liberdade do indivíduo e os que pugnam pela não admissibilidade do habeas corpus coletivo, pela falta de segurança jurídica ensejada pela carência de individualização ou indicação dos possíveis paciente. [162]

Há quem defenda que a possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo implicaria em uma inovação ao texto constitucional, pela via que não lhe é devida. No entanto, ao se admitir o instituto do habeas corpus na modalidade coletiva, o processo constitucional não estaria diante de uma nova ação, mas, apenas de novos moldes de legitimados. [163]

Nesse sentido, em analogia com as ação de mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo, ensina J.J Calmon de Passos: "Não se cuida, cumpre

[160] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 294-297.
[161] *Ibidem*.
[162] *Ibidem*.
[163] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 294-297.

de logo dizer e fundamentar, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, ampliado em termos de legitimação para sua propositura [...]"[164]

Assim sendo, acredita-se que é possível o cabimento do habeas corpus coletivo, a partir de interpretação à luz da constituição, respeitando o direito fundamental que predominaria sobre a estrita formalidade literal, argumento esse utilizado, em regra aos que são contra o conhecimento do instituto.

Aqui, vê-se como clara a admissibilidade do habeas corpus coletivo, por se tratar de uma ação eminentemente libertária, medida que versa essencialmente sobre a liberdade individual da pessoa humana e existir coação ilegal em face de comprovável direito de um grupo determinado ou determinável.[165]

Além disso, o instituto é tão flexível que pode ser considerado como uma exceção ao Princípio da inércia da jurisdição, uma vez que, se tem como certo que qualquer um de que tenha conhecimento de ilegalidade pode impetrar um habeas corpus pugnando flagrante ou possível coação a liberdade. [166]

Ademais, diante da maleabilidade do instituto, o habeas corpus pode ter seu provimento deferido de ofício, uma vez que o juiz tome conhecimento do ato atentatório ilegal à liberdade de locomoção de algum sujeito de direito. Logo, entende-se que o habeas corpus admite certos contornos extensivos uma vez que o assunto em voga é a violação a liberdade, um dos direitos mais sagrados.[167]

---

[164]PASSOS, J. J. Camon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.7.

[165] SARMENTO, Daniel. Op. cit.

[166] *Ibidem.*

[167] SARMENTO, Daniel. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Forúm, 2018, p. 301.

No entanto, há quem defenda que a possibilidade de impetração do habeas corpus coletivo significaria ferir a lei. De todo modo, não se vislumbra conexão entre o conhecimento do habeas corpus coletivo e a violação a legislação em vigência. Ora pois, dispõe o artigo 654 do Código de Processo Penal[168]:

> Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
>
> § 1º A petição de habeas corpus conterá:
>
> a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
>
> b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
>
> a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Tem-se que a petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.[169]

Ao se admitir a ação coletiva, ao final do feito, com a possível concessão da ordem, terá, obrigatoriamente, feita a determinação de quem são os beneficiários e quem é o agente coator. Logo, o que mudaria seria o momento de tal identificação,

[168]BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2018.
[169] *Ibidem.*

em que reconhecida da flagrante ilegalidade e concedida a ordem, as demandas passariam, necessariamente, por determinação de cada indivíduo do grupo.

Diante disso, trabalhar-se-á frente a análise de precedentes existentes no Supremo TribunalFederal e a conformação fixada até o presente momento pela Corte.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO

O habeas corpus coletivo é um instituto novo, sobre o qual incide carência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, fato esse que promove discussões sobre a possibilidade de seu cabimento e, se esse for considerado possível, quais seriam os seus limites.

À vista disso, trata-se de tema relevante a ciência jurídica, por ser a união de imprescindíveis garantias constitucionais que, cada uma em seu âmbito de incidência, tutela a liberdade do indivíduo e garantem a prestação coletiva. Tem-se, então, uma ação coletiva em sede de habeas corpus, que tem como fim pugnar ilegalidade ou abuso de poder quando existir ameaça ou incidência de violência ou coação a liberdade de locomoção sobre uma generalidade de pessoas.

Neste passo, torna-se oportuno conhecer o histórico dos habeas corpus coletivos impetrados na Suprema Corte brasileira e o enfrentamento a cada um desses pelas autoridades competentes da República, fazendo assim entender as posições existentes acerca do tema e analisar algumas tutelas paradigmas que embasam a discussão da presente pesquisa.

3.1 HC 143.641: o primeiro habeas corpus coletivo admitido na Suprema Corte

A saber, no dia 08 de maio de 2017, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADH) impetrou uma ação, como sendo identificada de habeas corpus coletivo com pedido de medida liminar, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O habeas corpus foi tombado na Suprema Corte com número 143.641 e, a seguir, todo o exposto cumpre discorrersobre os argumentos levantados no inteiro teor do seu acórdão.[170]

Tem-se que as pacientes foram identificadas de maneira genérica como sendo o habeas corpus em favor de "todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças".

Ocorre que, antes de se analisar a questão meritória da referida ação, uma matéria preliminar que gerou grande controvérsia e, por conseguinte, a análise jurisdicional do STF foi quanto ao cabimento do habeas corpus coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Questionava-se a existência do instrumento, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, uma vez que esse não previa tal figura.

O pleito em questão tinha como objeto a conversão das prisões preventivas para prisões domiciliaresde mulheres gestantes, daquelas que estejam em período que ocorre após o parto e das mães com filhos de até 12 anos, que sejam as únicas

[170]BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 28-03-2018.

responsáveis por esses, nos termos da nova redação dada pela Lei 13.257/2016 ao artigo 318, V, do Código de Processo Penal.

Em tese, dentre fundamentos jurídicos para concessão do habeas corpus coletivo rogou-se pelo direito da mulher, no tocante ao dispositivo expresso do Código de Processo Penal, artigo, 318, no qual possibilita a substituição da pena preventiva às mulheres gestantes ou com filhos de até 12 (doze) anos incompletos. [171]

Bem como foi alegada proteção ao direito do próprio recém nascido, nos termos do princípio constitucional da individualização da pena, vide artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Tem-se que a condição a qual é submetida aos bebês seria trascedência da pena da mãe apenada ao recém nascido. Ademais, se tratava de ambiente superlotado e inadequado para o desenvolvimento de uma criança.[172]

Importa dizer que o STF, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347 do Distrito Federal, já declarou o "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro ante a: a) ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, b) situação resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal e c) sendo considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.[173]

---

[171] Redação do artigo 318, com alterações da Lei 12.403/2011 e da Lei 13.257/2016. BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2018.

[172] Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 28-03-2018.

[173]BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurelio. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acessado em: 20 mar. 2019.

Nos termos do voto do Ministro da referida ADPF 347, o Ministro Marco Aurélio denominou como "vexaminosa" a situação do sistema penitenciário brasileiro, ora, pois "a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica", configuraria tratamento "degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia".[174]

Nesse sentido, segundo narra o HC 143.641, configurou-se situação genérica, que atingia uma coletividade de mulheres, até o momento da impetração, indeterminadas. No entanto, tem-se que a cada uma delas, de modo individual, pertencia o direito de pugnar pela liberdade de locomoção em razão de flagrante ilegalidade suportada, configurando assim a existência de um direito coletivo *lato sensu,* em específico o direito individual homogêneo.[175]

Diante de todo o exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do referido HC 143.641, inaugura o seu voto enfrentando a preliminar de mérito quanto ao cabimento na ordem constitucional pátria do *writ* impetrado, de pronto, deixando claro que entendia pela possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo.[176]

Em primeiro plano, destacou-se a ação coletiva como meio cabível a viabilizar o pleito perante o juízo, sob o prisma da condição social. Ora, pois, a generalidade das pacientes que seriam atingidas pelo habeas corpus coletivo eram mulheres pobres, sendo que esse seria o instrumento possível a viabilizar o acesso à justiça por parte desse segmento social.[177]

---

[174] *Ibidem*.

[175] Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 28-03-2018.

[176] *Ibidem.*

[177] *Ibidem.*

Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski remonta a jurisprudência da Corte quanto às ações constitucionais. Destaca o entendimento do STF pelo cabimento do mandado de injunção coletivo em meados do ano de 1994, época essa em que não existia previsão legal permissiva e, ainda, não havia nenhuma legislação infraconstitucional que enfrentava o tema, igualmente a situação enfrentada pelo habeas corpus no presente momento.[178]

Ressalta a relevância do julgado em questão pelo conhecimento do mandado de injunção coletivo e o conceitua como sendo um entendimento de "encorajamento" do STF. Cumpre dizer, que se trata do mandado de injunção 20, do Distrito Federal, acerca do direito de greve dos servidores públicos civis, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que nessa oportunidade, afirmou:

> "A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia [...] a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito [...]" [179].

Cumpre destacar trecho da ementa do referido processo:

> MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.[180]

---

[178] Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 28-03-2018.

[179] BRASIL. STF - MI: 20 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733. Acesso em 20 mar. 2019.

[180] *Ibidem.*

Além disso, no HC 143.641, o Ministro Ricardo Lewandowski cita a ADPF n° 347, como sendo outro exemplo de ação que admite contornos mais extensivos quando "os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves". Assim sendo, o referido Ministro infere que lesões a bens jurídicos coletivos, que são situações evidenciadas na sociedade contemporânea, devem ser tratadas com medidas, também, coletivas.[181]

Tem-se que o acesso à justiça foi outra questão evidenciada pelo Ministro Relator, de maneira a corroborar o entendimento de cabimento do habeas corpus coletivo. Foi apresentada pesquisa com dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulada como "o Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009" [182], em que se demonstra que o acesso à justiça está diretamente ligado a renda e ao nível de escolaridade.

Pela referida pesquisa foi levantado que quando abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.[183] Assim, segundo o Ministro, ao se ferir o acesso à justiça, direito social fundamental de

[181] BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurelio. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acessado em: 20 mar. 2019 APUD BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 28-03-2018.

[182] BRASIL. Panorama do acesso à Justiça no Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

[183] Segundo a pesquisa: "enfatizou-se o grau de desalento da população em relação à busca por soluções, o que permitiu enfocar exatamente o público que necessita ser objeto das políticas públicas de ampliação do acesso à Justiça.". Panorama do acesso à Justiça no Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

segunda geração, se admitiria uma extensão do habeas corpus tanto quanto for a possibilidade de se sanar a situação.

O voto do relator conferiu destaque a doutrina brasileira do habeas corpus, em oportunidade que fez uma analogia aos dias atuais em que, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, na leitura de Ruy Barbosa, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

> Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente writ coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do habeas corpus, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.[184]

Ademais, por se tratar o habeas corpus uma ação de natureza jurídica penal, tem-se que a discussão de mérito versa sobre a liberdade, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski razão essa, também, embasaria a autorização do *writ* coletivo pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a liberdade um dos bens mais preciosos do homem.[185]

---

[184]BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 20 mar. 2019.

[185]. BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 20 mar. 2019.

Também foi destacado o "Verbitsky", semelhante caso enfrentado pela Suprema Corte da Argentina, trazendo a voga o Direito comparado como forma de enrobustecer o seu voto. Ricardo Lewandowski expõe que o direito argentino, assim como na ordem brasileira, não há previsão do habeas corpus coletivo, assim como, também, não há vedação expressa.[186]

Trata-se de um julgamento proferido em 03 de maio de 2005, um habeas corpus coletivo impetrado em favor de "todas as pessoas presas em instalações policiais superlotadas na província de Buenos Aires". Ficou conhecido como "caso Verbitsky" por ter sido na ocasião instrumento usado pelo famoso jornalista Horácio Verbitsky, presidente do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS).[187]

O Ministro denominou a falta de previsão do instituto na Argentina como sendo uma "omissão legislativa" e que essa não teria sido suficiente para ensejar o não conhecimento do *writ* pela Corte, uma vez que tal previsão foi extraída para além dos princípios constitucionais, das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos[188].

Além disso, foi acertado que os princípios extraídos da Constituição, tais quais a dignidade da pessoa humana e o acesso universal à justiça seriam fundamentos jurídicos suficientes aos quais embasariam o conhecimento do habeas corpus coletivona ordem constitucional argentina.[189]

---

[186] *Ibidem.*

[187] *Ibidem.*

[188] Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

[189] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. ***Op. cit.***

Assim sendo, expõe-se que a Suprema Corte argentina conheceu o instrumento do habeas corpus coletivo e determinou, por decisão que vinculou todo o Poder Judiciário, assim como o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconvencionalidade a que estavam sujeitos os presos. [190]

Dessa maneira, o Ministro Relator chega a conclusão que o STF deve decidir de maneira análoga a Suprema Corte argentina, no sentido de conhecer do instrumento processual, uma vez que ambos os países compartilham origem de direito comum e guardam similitude em suas tradições quanto a ordem jurídica. [191]

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, pode-se, ainda, evocar o Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos promulgada pela República brasileira, no que prevê sobre proteção judicial em seu art. 25, inciso I. Segundo consta no Pacto tem-se que deve existir mecanismo judicial simples, rápido e efetivo, sendo meio possível a proteção dos direitos fundamentais lesionados. *In verbis:*

> Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercícios de suas funções oficiais.[192]

---

[190] BRASIL. Superior Tribunal de Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 20 mar. 2019..

[191] *Ibidem*.

[192] BRASIL.**Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).**Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

Ou seja, para o Ministro significa dizer que, com fulcro no Pacto de San José da Costa Rica, existe a possibilidade jurídica do habeas corpus coletivo no Brasil, como sendo o instrumento processual simples, rápido e efetivo para a dada situação. Ademais, no mesmo artigo, em seu inciso II, os Estados se comprometem a: a) assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso, b) devem desenvolver as possibilidades do dito recurso judicial e c) devem assegurar o cumprimento de toda a decisão em que se tenha o considerado procedente.[193]

No que diz respeito ao direito infraconstitucional pátrio, o Ministro Relator destaca os fundamentos jurídicos do Código de Processo Penal, legislação que ampara o procedimento do habeas corpus, para demonstrar o cabimento do habeas corpus coletivo. Nesse sentido, cumpre transcrever o art. 654 e seu parágrafo 2º, do Código de Processo Penal:

> Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
>
> §2º. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.[194]

Nesse ponto, o Ministro ressalta a habeas corpus quanto as suas conhecidas características históricas e heróicas, tal qual o conhecimento de ofício por juízes e Tribunais, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 624, do Código de Processo penal. Assim sendo, se demonstraria a flexibilidade do instituto, sendo esse pensado com

[193] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641.***Op. cit.***.

[194] BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

contornos mais extensivos e informais, de modo a combater as ameaças e lesões a liberdade de locomoção.[195]

Tem-se a análise quanto ao disposto no artigo 580, do Código de Processo Penal, em que o Ministro destaca que, segundo se extrai desse diploma legal, há a possibilidade de aproveitamento da decisão para outrem, se concedida a ordem a algum paciente, que não fundada em circunstâncias pessoais desse.[196]

Assim sendo, o ordenamento é permissivo quanto a extensão de decisão do habeas corpus individual a outros pacientes, quando sendo as situações fático-processuais equivalentes. Igualmentedizer que a decisão do habeas corpus no caso concreto a um paciente determinado poderia se estender a toda coletividade em mesma situação.[197]

Ademais, o Ministro assenta não só os fundamentos processuais quanto a possibilidade jurídica do cabimento do habeas corpus coletivo, como, ainda, realiza debate deveras acerca do direito material violado, que dava ensejo para a situação de ilegalidade sobre a liberdade de locomoção e, por conseguinte, para a concessão da ordem do remédio constitucional. No entanto, tais argumentos extrapolam os limites da presente pesquisa e, por essa razão, não serão aprofundados. [198]

Por outro lado, cumpre ressaltar que a Procuradoria Geral da República (PGR) em todas as suas manifestações no HC 143.641, se limitou a discutir a questão preliminar de mérito, o cabimento do habeas corpus, uma vez que, eminentemente,

---

[195] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 20 mar. 2019.

[196] *Ibidem.*

[197] *Ibidem.*

[198] *Ibidem.*

opinou pelo não conhecimento do *writ* justamente por ser esse na modalidade coletiva, cujo padeceria de carência de previsão jurídica.[199]

Segundo a PGR,o habeas corpus é instrumento com a necessidade de ter como pacientes pessoas certas e determinadas, servindo para proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, fundamentado no artigo 654, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal. Assim sendo, afirma pela impossibilidade de um habeas corpus conceder direitos a coletividade, do qual denomina "indeterminadas e indetermináveis".[200]

Além disso, expõe que para o conhecimento do habeas corpus é imprescindível o exame da possível situação de constrangimento no caso concreto, o que excluiria uma ordem coletiva desse. E que, ainda, não poderia ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal.

No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski vai de encontro com tal raciocínio ao expor que naquela realidade não assistiria razão a PGR, uma vez que a questão da indeterminabilidade teria sido superada ao serem apresentadas informações acerca das pacientes, em forma de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelas autoridades responsáveis de cada Estado.[201]

[199] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 143641. São Paulo. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Dje nº 33, publicado em 21-02-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5183497. Acessado em: 20 mar. 2019.

[200] *Ibidem.*

[201] *Ibidem.*

Tanto é verdade, que o Ministro determinou o desmembramento do feito aos Estados que não apresentaram tais informações, sendo o novo HC tomado com o número 149.521.[202]

Assim sendo, o Ministro Relator entendeu não se tratar de pacientes indetermináveis e, mais do que isso, por já existir listagem das pacientes naquele caso concreto se estaria diante de situação referente a direitos individuais homogêneos. Nas palavras de Ricardo Lewandowski, *in verbis*:

> Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos.[203]

Logo, diz-se que apesar de ser impetrado em favor de uma generalidade, o habeas corpus coletivo não teria como polo pacientes indetermináveis e, sim, uma coletividade sobre a qual recaí igual situação fática e, por conseguinte, detém mesmo direito incorporado ao respectivo patrimônio jurídico individual, sendo assim, um grupo determinado e homogêneo.[204]

Nesse sentido, para Ricardo Lewandowski haveria a superação do óbice apontado pela PGR atrelado ao fundamento ao que prevê o artigo 654, parágrafo 1º. Para tanto, tem-se, ainda, como vincular caráter formal e infraconstitucional à ação

---

[202] *Ibidem.*

[203] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

[204] *Ibidem.*

constitucional e historicamente com moldes extensivos. Assim, faz-se necessário uma analise do cabimento do habeas corpus coletivo à luz da Constituição Federal.[205]

De maneira a finalizar a exposição de fundamentos relacionados a preliminar de cabimento, o Ministro ainda perfaz a situação de como seria o enfrentamento de certos temas ao não se admitir a possibilidade do habeas corpus coletivo, tem-se claro o viés de perfectibilização da garantia, em tese, do acesso à justiça e da efetividade aos direitos constitucionais.[206]

Diante do contexto exposto acima, no dia 20 de fevereiro de 2018, a Segunda Turma do STF decidiu, em votação unânime, no sentido de conhecer a ação de habeas corpus coletivo e, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição das penas de prisão preventiva por prisão domiciliar as mulheres presas, em âmbito de todo o território nacional[207], sendo essa decisão considerada inédita, por ter sido o primeiro habeas corpus coletivo reconhecido como tal pelo STF.[208]

Tem-se, ainda, que se estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as limitações previstas acima.

Assim sendo, por todo exposto, vê-se que o HC 143.641 foi conhecido e teve concedida a ordem para todas as mulheres que se encontravam presas preventivamente e, concomitantemente, estavam em período de gravidez, aquelas

---

[205] *Ibidem.*

[206] *Ibidem.*

[207] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152. Acesso em: 20 mar. 2019.

[208] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

que se encontravam em estado puerperalou as mães com filhos cuja idade não ultrapassasse 12 (doze) anos incompletos.[209]

Nesse sentido, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski o caso acima é configurado como sendo um direito individual homogêneo, sendo essa espécie dos direitos coletivos *lato sensu*[210]. Então,tem-se um direito com a perfeita identificação dos sujeitos, cujo em seu aspecto objetivo é divisível, em que podem ser satisfeitos ou, ainda, sofre lesão de maneiras distintas, sob a perspectiva individual.[211]

Cabe salientar que o habeas corpus coletivo foi impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, que ao decorrer do feito tornou-se assistente da ação coletiva para dar lugar a Defensoria Pública da União, que figurou como legitimada ativa, tendo em vista a sua representatividade em âmbito nacional. Além disso, o Ministro Lewandowski deferiu, desde o inicio do feito, a possibilidade de ingresso de todas as Defensorias Públicas Estaduais como *amicis curiae* e advogados da causa.[212]

Dessa maneira, em despacho do dia 26 de julho de 2017, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), para que fosse apresentado relatório da situação carcerária das

---

[209] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152. Acesso em: 20 mar. 2019.

[210] Art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641. *Op. cit.*

[212] *Ibidem.*

presas no Brasil, respondendo as seguintes questões: a) quais mulheres são gestantes ou mães de crianças no universo das mulheres presas preventivamente, b) sobre as penitenciárias, quais unidades dispõem, na forma da lei, escolta para garantir os exames pré-natais, devido acompanhamento médico antes e após o parto, assim como, creches e berçários e em quais unidades prisionais havia superlotação carcerária.[213]

Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, o relatório deveria ser realizado com a identificação das presas de maneira individualizada pelo nome, bem como, a qual unidade prisional está custodiada. Ocorre que, alguns Estados deixaram de prestar informações quanto a situação carcerária que lhe era própria.[214]

Assim sendo, o Ministro Ricardo Lewandowski, aplicou por analogia ao artigo 80, do Código de Processo Penal, e decidiu pelo desmembramento do habeas corpus coletivo quanto aos Estados do Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe, São Paulo e Tocantins.[215]

Ressalta-se que, durante a instrução do HC 143.641, quanto a generalidade das pacientes em que sobre elas recaia mesma situação fática, necessitava se demonstrar, em sendo individual, a situação carcerária em que cada uma se encontrava, ou seja, precedido coletivamente, a generalidade das pacientes durante a instrução deveria ser identificada.[216]

---

[213] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 149521, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534373&ext=.pdf,. Acesso em: 10 mar. 2019.

[214] *Ibidem.*

[215] *Ibidem.*

[216] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em:

Portanto, o desmembramento foi procedido aos Estados que não forneceram as informações e documentos que demonstravam a situação carcerária das mulheres em cada Estado. Assim sendo, a origem do habeas corpus 149.521, cuja distribuição ocorreu por prevenção ao Ministro Relator do habeas corpus 143.641.[217]

3.2 HC 148.459

A Defensoria Pública da União (DPU), no dia 27 de outubro de 2017, impetrou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) ordem de habeas corpus coletivo em favor de "todas as pessoas que se encontram presas em estabelecimento penal federal há mais de dois anos". O referido habeas corpus foi distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes, integrante da Primeira Turma do STF, e tombado sob número 148.549, do Distrito Federal.[218]

A ordem do pleito versava sobre os custodiados no Sistema Penitenciário Federal do Brasil, à época quatro, quais sejam a Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, a Penitenciária Federal de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul, a Penitenciária Federal de Porto Velho, em Rondônia e a Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte.[219]

---

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticia Stf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf, p.5. Acesso em: 10 mar. 2019.

[217] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 149521, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313534373 &ext=.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

[218] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143641, da 2ª Turma. Relator: Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Proferida em: 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?inci dente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

[219] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=52 76220. Acessado em: 20 mar. 2019.

A DPU partiu do pressuposto de que o sistema penitenciário federal foi instituído, nos termos da legislação ora vigente, como sendo de caráter provisório, em que a Lei 11.671/08 institui prazo de 1 (um) ano, prorrogável, por meio de ordem judicial, por mais 360 (trezentos e sessenta) dias.[220]

Somado a esse fundamento, expõe que as autoridades de Estados, dentre os quais cita o Rio de Janeiro, utilizam-se desses presídios federais com finalidades diversas ao fim que a referida Lei estabelece, uma vez que, segundo as autoridades, certas pessoas nos presídios estaduais significariam risco ao Estado.[221]

Dessa maneira, estariam transferindo a custodia dos presos à União e alteram a sistemática estabelecida para o funcionamento do sistema penitenciário federal, uma vez que tais transferências são feitas de forma indefinida e por período indeterminado. Ademais, esse seria um dos motivos que atrairia a competência ao STF.[222]

Importante ressaltar que a execução penal nos Presídios Federais, instituídas pelo Decreto 6.049 de 2007 [223], possui regime disciplinar diferenciado, sendo esse com medidas mais rigorosas e restritivas do que aquelas impostas nos presídios estaduais, o que remontaria o entendimento de que os custodiados ficam submetidos a tais regras por prazo determinado.

[220] *Ibidem.*
[221] *Ibidem.*
[222] *Ibidem.*
[223] BRASIL. **Decreto Nº 6.049.** Promulgado em 27 de fevereiro de 2007. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

Assim sendo, apresenta a Lei 11.671/08[224], essa que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e destaca a previsão do artigo 10 para fundamentar a ilegalidade suportada pela generalidade de custodiados há mais de 2 (dois) anos nos presídios federais do Brasil:

> Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.
>
> § 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

Em análise do pedido da medida liminar, o Ministro Relator Alexandre de Moraes indeferiu a tutela de urgência e intimou a impetrante para: a) apontar todas as autoridades coatoras em cada um dos casos e b) identificar cada paciente dentro da generalidade pretendida favorecer. O referido Ministro afirmou, ainda, ser a jurisprudência da Suprema Corte a identificação individualizada dos pacientes.[225]

Em atenção a referida decisão, a defesa apresentou uma lista de pacientes custodiados no universo das Penitenciárias Federais e que, concomitantemente, fossem assistidos da instituição. Ademais, apontou o tempo que esses estavam custodiados ali, todos em período superior a 720 (setecentos e vinte) dias e quais

[224] BRASIL. Lei 11.671. Proferida em 8 de maio de 2008. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm. Acesso em 20 mar. 2019.

[225] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

desses já tiveram pleitos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e quais não tiveram.[226]

Diante de todo o exposto, no dia 19 de fevereiro de 2018, o Ministro Alexandre de Moraes, em sede de decisão monocrática, negou seguimento ao habeas corpus coletivo com os argumentos de que não existia a ilegalidade genérica apontada e, ainda, que o habeas corpus careceu de indicação individualizada do específico constrangimento ilegal a que cada um dos pacientes estaria submetido.[227]

Isto é, com base nesse entendimento, o Ministro Alexandre de Moraes revela uma perspectiva individualista ao processo, ainda que no decorrer dos atos processuais tenham sido apresentados individualmente os nomes dos pacientes submetidos todos a idêntica situação fático-jurídica. Ressalta-se que a impetração coletiva é útil para situações com pacientes já identificados, ainda que em grande número.[228]

Assim sendo, no contexto da Primeira Turma do STF, é possível constatar entendimento em desfavor ao habeas corpus coletivo, uma vez que pela decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes se depreende necessária a indicação de maneira individualizada do específico constrangimento ilegal sofrido pelos pacientes.[229]

Ora, pois, em julgamento virtual, de 22 de fevereiro de 2019 a 28 de fevereiro de 2019, a Primeira Turma, em maioria de votos, negou provimento ao agravo

---

[226] Ibidem.

[227] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

[228] *Ibidem.*

[229] *Ibidem.*

regimental interposto pela defesa e, por conseguinte, manteve o entendimento do Ministro Relator do habeas corpus 148.459, qual seja Alexandre de Moraes, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio.[230]

O entendimento delineado pelo Ministro Relator foi no sentido de que o pedido da impetrante teria que ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ou arguição descumprimento de prefeito fundamental (ADPF), em que, segundo ele, a defesa pretendia conceder uma interpretação conforme a Constituição em relação a Lei 11.671/2008 ao pugnar genericamente uma inconstitucionalidade. [231]

Destaca que, aos habeas corpus faz-se necessária a demonstração de constrangimento ilegal que implique coação ou ameaça direta de coação à liberdade de locomoção, evidenciado de maneira individual a cada um dos pacientes listados pela DPU. Assim, o Ministro Alexandre de Moraes continua afirmando que não há constrangimento ilegal genérico e coletivo.[232]

Ainda, cita que não houve a identificação específica de cada autoridade coatora, que essa indicação seria imprescindível para fixar a competência do STF.

O voto do Ministro deixa claro que, segundo entendimento extraído do artigo 654, do Código de Processo Penal, o habeas corpus em sua petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está na iminência de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de

---

[230] *Ibidem.*

[231] *Ibidem.*

[232] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.[233]

Neste momento, o voto conta com um comentário anotado referente ao artigo 654, do Código de Processo Penal, tem-se que, segundo entendimento de Eduardo Espínola Filho quando houver pluralidade de pacientes no habeas corpus, todos eles devem ser elencados e que, ainda, não existe tolerância para generalizações. O autor continua ao afirmar que a petição deveconter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre violência, suas causas, sua ilegalidade. [234]

Ademais, o Ministro ressaltou que a decisão pretendida pela instituição DPU teria efeitos *erga omnes* e vinculantes, o que faria toda e qualquer decisão judicial que transfere os presos aos Presídios Federais, já proferidas ou que ainda vão ser, configuradas como sendo um constrangimento ilegal, sem análise de sua necessidade, motivação e razoabilidade apontada pelo respectivo juiz natural da causa.[235]

Ao decorrer da decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes, expressamente se refere que o habeas corpus não poderia ser conhecido, uma vez que segundo narra, novamente, não houve a suficiente demonstração individualizada do constrangimento ilegal passível de questionamento perante a Suprema Corte, nos

[233] Ibidem.

[234] HC 148459, Relator: Min. Alexandre de Moraes, julgado em 19 fev. 2018, publicado em DJe-031 publicado em 21 fev. 2018, p. 5 APUD ESPINDULA, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 275.

[235] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.

termos do artigo 102, da Constituição Federal. E, de novo, cita que o caso exposto seria objeto de ações típicas do controle concentrado.[236]

Aduz, ainda, outros fundamentos referentes ao direito material ora pleiteado pela defesa, quanto a liberdade de ir e vir e sua relativização, quando das previsões normativas. Discorre sobre as finalidades das penas privativas de liberdade, o sistema disciplinar penitenciário isonômico e proporcional a todos e sobre sociedade e a criminologia, argumentos esses que não serão detalhados por não ser do enfoque da pesquisa.[237]

Assim sendo, demonstra o entendimento proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que por essas razões posicionou pelo não seguimento do habeas corpus coletivo 148.459, do Distrito Federal.[238]

CONCLUSÃO

O habeas corpus, sendo uma ação constitucional, instituto libertário, democrático e caro a um Estado Democrático de Direito invoca para si a fundamentalidade de ser instrumento que promova justiça ao caso concreto, de maneira a sanar as coações ilegais que atingirem as liberdades dos indivíduos.

Importante ressaltar o caráter histórico e heróico do instituto, vez que esse é o remédio constitucional mais antigo presente nos ordenamentos jurídicos já conhecidos, a saber, a concepção do instituto se da no Direito romano, à época o

[236] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 148459, da 1ª Turma. Relator: Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 19 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5276220. Acessado em: 20 mar. 2019.
[237] Ibidem.
[238] Ibidem.

Interdito de Homine Libero Exhiendo[239] e sua presença, já como habeas corpus, na Magna Carta inglesa de 1215 [240].

Ademais, a evolução e integração da ação aos demais sistemas jurídicos representam um verdadeiro marco democrático a cada ordenamento, tendo em vista à proteção a liberdade individual em face de poder estatal absoluto.

Assim sendo, até os dias atuais, tem-se que o habeas corpus é um instrumento processual caro aos cidadãos, cuja natureza jurídica é de remédio constitucional com caráter assecuratório, haja vista garantir a liberdade de locomoção, ou seja, o ir, vir e ficar de todo e qualquer indivíduo, como direito fundamental, ora tutelado no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988.

Ainda, é assegurado no âmbito internacional, como no artigo 8º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e na legislação infraconstitucional brasileira, nos termos do Código de Processo Penal de 1941 em seu artigo 647 e seguintes.

Por assim dizer, faz-se necessário destaque ao mencionado Código de Processo Penal, sendo a legislação infraconstitucional ora vigente um dos principais argumentos utilizados por aqueles que entendem que a ordem jurídica brasileira não admite o instituto do habeas corpus coletivo. Ora, pois, dispõe o artigo 654, do

[239]PINTO FERREIRA, Luís. Teoria e prática do habeas corpus. Capitulo histórico do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979.

[240]SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal. São Paulo: RT, 1964, p. 20, " Dispunha a Magna Carta, em seu art. 48: ' Ninguém poderá ser detido, prêso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país'. Segundo consta do texto da Magna Carta: 'Nullus líber homo capiatur vel imprisionetur, aut disseisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale judicium parium suorum, vel per legem terae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam."

Código de Processo Penal que a petição inicial conterá o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor.

No entanto, a presente pesquisa conclui que parece desarrazoado limitar a existência de um instituto que tem alto potencial de utilização e, por conseguinte, perspectivas positivas quanto ao seu resultado na sociedade brasileira, ideia essa que será embasada pelos fundamentos jurídicos que serão aduzidos a seguir.

É de conhecimento geral, daqueles a que parece possível o conhecimento do habeas corpus coletivo e aos que não entendem assim, que segundo consta do supracitado artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, não existe qualquer menção quanto ao polo passivo da demanda. Melhor ainda, não existe nenhuma ressalva no que diz respeito ao *writ* ser impetrado por um indivíduo ou por uma coletividade.

Logo, em primeiro plano, faz-se necessária uma leitura constitucional do procedimento da referida ação, em uma perspectiva neoconstitucionalista e pós-positivista em que, segundo Ricardo Soares a crise do positivismo jurídico ensejou o movimento pós-positivista em que se superou o reducionismo do Direito a um sistema formal e fechado. [241]

Ademais, pode-se citar a inconstitucionalidade em concreto de uma norma que, ao ser aplicada ao caso prático, não estaria em consonância com a Constituição

[241]SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. Revista Formandos Direito. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007), Salvador: UFBA, p. 226.

Federal. Ora, pois, segundo a Constituição se vê possível o cabimento do habeas corpus coletivo, premissa essa que não poderia ser ofendida pela norma infraconstitucional supramencionada.

Especialmente, tem-se que a controvérsia se da em torno de um instrumento passível de tutelar direito fundamental, direito esse que quando ferido ofende diretamente as normas constitucionais. Sendo assim, o habeas corpus é mecanismo deveras capacitado, cuja finalidade é de resguardar a própria Constituição Federal da República e, por conseguinte, todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se como primordial manter o caráter pretendido pela Constituição, esse que reflete todo o contexto histórico a qual o habeas corpus encontra-se inserido, de instrumento processual, qual seja, uma garantia fundamental individual e coletiva, que se presta para viabilizar direitos fundamentais individuais e coletivos, nos exatos termos da Constituição Federal.

Diante de tal perspectiva, aclamada pelos tempos atuais em que se insere, é possível a impetração coletiva do habeas corpus.

Outro ponto a ser destacado é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustenta a existência e a prática de inovações de mecanismos judiciais aptos a tutelar os direitos protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica, Convenção ora vigente no Brasil. De modo que, quando a sociedade demandar necessidades concretas quanto aos seus direitos fundamentais, deve, por conseguinte, se ter novas medidas judiciais cabíveis.

Ressalta-se a percepção de que a cada ofensa a direito fundamental seja garantida porinstrumento judicial apto, ou seja, "simples, rápido e efetivo" [242], assim sendo, suficiente a enfrentar a violação suportada. Ademais, tem-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta um parâmetro de que lesões coletivas à liberdade fazem serem cabíveis as tutelas coletivas.

Em segunda análise, faz-se necessário ressaltar a plasticidade do habeas corpus amplamente pontuada em sua analise histórica, verificada desde o "Império do Brazil", época essa em que já havia consolidado o entendimento da maleabilidade do habeas corpus, que não poderia contar com normas jurídicas rígidas e sem espaço para as particularidades, uma vez se tratar da tutela a liberdade.

Nesse passo, à época já não se via impasses que estreitassem o instrumento e sua aplicação, sendo atendida primordialmente a sua finalidade. Assim sendo, não se vê possível a fixação de parâmetros tão rígidos e inflexíveis, de modo a exigir os mesmos requisitos presentes na legislação desde o Código de Processo Criminal de 1832, qual seja o nome do paciente.

Em terceira análise, deve se interpretar o habeas corpus nos moldes do processo coletivo, juntamente com todo o seu contexto de ultrapassar o consenso popular e inepto das demandas judiciais como sendo individualista e privatistas. Esse conceito já não mais se fundamenta na ordem jurídica, em uma ótica transindividual do Direito.

Nesse sentido, segundo Fredie Didier e Hermes Jr., a finalidade do processo coletivo é a promoção da garantia do acesso à justiça, a denominada "segunda onda

[242]Vide artigo 25. BRASIL.Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

de acesso à Justiça" por Mauro Cappelletti e, de igual maneira, a garantia da existência de economia e celeridade processual.[243]

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional do país, chegou a julgar mais de 120.000 (cento e vinte mil) processos no ano de 2017 [244], número esse demasiadamente desproporcional se comparado com outras Cortes Constitucionais internacionais. Dessa maneira, a tutela coletiva seria meio capaz de promover benefícios mais rápidos e abrangentes, tanto para o Tribunal, quanto aos interessados.

Ademais, recaem sobre a tutela coletiva princípios que lhes são próprios, cujos quais abraçam por completo a possibilidade do cabimento habeas corpus coletivo na e fundamenta a existência do instituto na ordem jurídica pátria.

Nesse sentido, pode-se falar no princípio da não-taxatividade das ações coletivas, que aceita a defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, por qualquer que seja o meio judicial eleito, "sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" [245].

Fortemente ligado a essa sistemática coletiva, encontra-se o direito fundamental do acesso à Justiça, vide artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ora, pois, admitir o uso de instrumentos coletivos, quando cabível, significa dar efetividade ao referido direito, é o que destaca a majoritária doutrina. Somado a

[243] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de direito processual civil: Processo Coletivo, v. 4: processo coletivo. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p.24.

[244] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatística, 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica. Acesso em 22 mar. 2019

[245] Vide artigo 83, BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Promulgada em 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acessado em: 20 mar. 2019.

isso, encontra-se a ideia da hipossuficiência diretamente relacionada com os números de acesso à justiça, é o que concluiu a pesquisa do CNJ.[246]

Em se tratando de remédio constitucional cuja matéria de fundo versa sobre a seara penal, tem-se, ainda, que aos hipossuficientes em diversas vezes sequer é dada a ciência e a ideia de violação de seus direitos fundamentais, estando esses a mercê da custodia do Estado, cujo sistema prisional não consegue comandar.

Assim, se conclui que o habeas corpus coletivo pode significar a própria democratização do Poder Judiciário e o início do caminho para o fim de diversas ilegalidades flagrantes suportadas pelos cidadãos brasileiros.

Em outra perspectiva, faz-se necessário o devido discernimento do Poder Judiciário e sua função atual em resolução de controvérsias, pensada, também, naqueles sujeitos de direito que não detêm condições de comparecer pessoalmente para pleitear seus direitos, seja por condições econômicas e, ou, culturais. Aqui, se pode citar a conformação dada às ações coletivas pela Constituição Federal como direito fundamental, na inteligência dos artigos 5º, incisos XXXV, LXX, LXXIII e 129, inciso III[247].

---

[246] BRASIL. Panorama do acesso à Justiça no Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

[247] Vide art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Assim sendo, a tomada de consciência, também, faz-se necessária para que sejam estabelecidas possibilidades de soluções para a solução de conflitos de maneira tempestiva, não se deixando afetar a morosidade do Poder Judiciário ante a violação dos direitos fundamentais. Bem assim, a doutrina sabe muito bem o quão prejudicial é uma justiça tardia que prejudica direitos e garantias, sendo, esse tipo de justiça, em verdade, uma negação do próprio direito.[248]

Desse modo, se infere que deve ser superado o prisma individualista do habeas corpus por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, sendo assim, possível o cabimento do habeas corpus coletivo, a, respeitando o direito fundamental que predominaria sobre a formalidade. Tem-se como certo que, a admissibilidade do habeas corpus coletivo pelo ordenamento jurídico brasileiro, por meio de interpretação à luz da dogmática constitucional, significa a continua evolução histórico de mais um capítulo da democracia da sociedade brasileira, que se reflete diretamente nos contornos do remédio constitucional.

REFERÊNCIAS

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual. Editora Saraiva, São Paulo, 2003

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: Informação e documentação – Referências - Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6024: Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito– Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

[248] TORRES, Jasson Ayres. O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 40-49.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: Informação edocumentação – Citações em documentos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: Informação edocumentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

ARENHART, Sergio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA, Antonio Manoel. A Carta Magna – Conceituação e antecedentes.http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf

BRASIL. Código de Processo Criminal. Promulgado em 29 de novembro de 1832.

BRASIL. Código de Processo Penal. Promulgado em3 de outubro de 1941. Brasília: DF, Senado, 1941.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).Promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992.

BRASIL. Decreto 23 de maio de 1821. Promulgado em 23 de maio de 1821.

BRASIL. **Panorama do acesso à Justiça no Brasil.** Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, jul. 2011.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer nº 29570. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143522. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. **Lei do mandado de injunção e o mandado de injunção coletivo.** Brasília: DF, Senado, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 20.Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal do Pleno. Brasília, DF, 1994.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina,2003.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. V.4, 7. Ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

JR. CRETELLA, José. Os *writs* na Constituição de 1988. Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data e ação popular. São Paulo: Forense, 1989, p. 1.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, Vitória/ES, nº. 7, 2008.

MIRANDA, Pontes de Miranda. História e Prática do Habeas Corpus. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1951.

MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Tomo II, 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MORAES, Alexandre de.Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.65. In: JOSÉ AFONSO DA SILVA p. 411

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.1, p. 29.

PASSOS, J. J. Camon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.7.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Tutela Metaindividual dos Direitos Trabalhistas: uma Exigência Constitucional. Tutela Metaindividual Trabalhista. A defesa coletiva dos Direitos dos Trabalhadores em Juízo. 2009, Páginas 9 a 50. Material de Aula 1 da Disciplina: Tutela Coletiva e Processo do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Televirtual de Direito e Processo do Trabalho. Anhanguera- Uniderp/ Rede LFG, 2011.

PINTO FERREIRA, Luís. Teoria e prática do habeas corpus. São Paulo: Saraiva, 1979

POUND, Roscoe. Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.

SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIDOU. J.M. Othon. Habeas data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. Revista Formandos Direito**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007), Salvador: UFBA, p. 226.

TORRES, Jasson Ayres. O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009

ZIPPELIUS, Reinhould. Teoria Geral do Estado. Trad. António Cabral de Moncada. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

Ciências
Criminais

CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL E O ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME DO ANO DE 2018

Madalena Alves de Carvalho

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo discorrer sobre a atual situação do Sistema Penitenciário Brasileiro, analisando a formação do sistema prisional, bem como apontar possíveis impactos a serem gerados com o anteprojeto de Lei Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. O método utilizado foi pesquisa bibliográfica por meio de legislação, doutrinas e artigos científicos, conjugada com levantamentos de dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). O resultado alcançado foi o delineamento do perfil nacional de encarcerados, a situação de lotação das unidades prisionais e as informações acerca das mudanças legislativas que buscam o endurecimento da punição proposto pelo anteprojeto. Por fim, esta pesquisa conclui que o anteprojeto de lei anticrime oferece risco a realidade da superlotação carcerária, uma vez que estabelece condições favorecem o maior tempo de encarceramento e pela falta de estudo de viabilidade da implantação das medidas.

Palavras-Chave: Sistema penitenciário. Penitenciário. Anteprojeto. Anticrime. Encarceramento

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a atual situação do Sistema Penitenciário Brasileiro, analisando a função da pena e o objetivo do Sistema Penitenciário que é, na teoria, a ressocialização dos encarcerados, tendo como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tendo em vista que o país tem vivido uma verdadeira crise em se tratando de prisão, é de suma importância levantar questionamentos sobre o que tem sido feito e o que poderia ser mudado para que algum dia possa-se chegar ao verdadeiro objetivo da pena, a ressocialização do preso em sua plenitude e na forma que a lei estabelece como ideal.

necessário que haja mudanças em inúmeros aspectos do sistema, principalmente na infraestrutura física dos presídios, para que assim se possa garantir o cumprimento da lei, que sejam oferecidos a assistência jurídica, médica, educacional e psicológica aos detentos e as suas respectivas famílias (reintegração social).

Para o desenvolvimento desse projeto utilizar-se à da metodologia exploratória, em que se emprega os dados fornecidos pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o INFOPEN, conjugadas com pesquisa bibliográfica, com uso de artigos científicos, doutrinas e a legislação penal. No primeiro capítulo, inicialmente foi apresentado um breve resumo a respeito da evolução histórica da pena e de seus objetivos, tanto no exterior como no Brasil, até a adoção do sistema progressivo.

No segundo capítulo do estudo foi abordado a Lei de Execuções Penais[1], apresentando os direitos e deveres dos presos e as suas respectivas garantias. Foi exposto, também, a forma que deveria funcionar o cumprimento da pena, buscou-se estabelecer a forma teórica da ressocialização do preso para a sociedade, e a respectiva prática. Ao final é possível extrair e entender os desvios dessas garantias,

[1] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

direitos e deveres dos presos, especialmente quanto à assistência jurídica e médica. Ainda no segundo capítulo, fez-se necessário, diante do atual cenário do cárcere, identificar a causa das principais falhas do sistema penitenciário, por meio dos gráficos que foram apresentados no desenvolvimento do presente trabalho. Tem-se uma breve noção do colapso que se encontra o sistema especialmente por seis causas-base: superlotação, violência, alto índice de mortes, a falta de assistência jurídica, médica, educacional e principalmente psicológica.

O país vive o reflexo dessa crise diariamente, o índice de violência aumenta diariamente, a ressocialização só existe na teoria, torna se quase impossível que ela seja alcançada no atual cenário visto as condições sociais, econômicas e políticas voltadas para a população carcerária.

No terceiro capítulo foram abordados alguns pontos do anteprojeto de lei anticrime apresentado pelo ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, onde são sugeridas alterações no Código Penal[2], no Código de Processo Penal[3] e na Lei de Execução Penal[4], na Lei de Crimes Hediondos[5] e outras legislações acerca do tema da corrupção e armas.

O escopo desta pesquisa focou em alterações que ratamos então dos pontos que atingiram diretamente a população carcerária, como positivação da execução provisória da pena (privativa de liberdade, restritiva de direito e pecuniárias),

[2] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

[3] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[4] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[5] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

mudanças materiais e processuais do regime inicial de cumprimento de pena e mudanças na progressão de regime nas respectivas leis penais acima apontadas. Ao fim, destaca-se o atual momento em que se encontra o trâmite do anteprojeto.

Ao fim, esta pesquisa sugeriu que a proposta no Anteprojeto de Lei Anticrime é temerária em diversos aspectos, especialmente aos riscos que oferece ao momento da execução da pena, seja definitiva, seja provisória, e que em certo aspecto desvia o objetivo central do sistema penitenciário moderno, que é a ressocialização e reintegração do preso, para algo próximo de uma vingança estatal.

1 SISTEMA PRISIONAL, EXECUÇÃO E REALIDADE DA EXECUÇÃO

Neste primeiro capítulo serão abordados o histórico e a formação do sistema prisional, com ênfase na forma a qual se fazia justiça nos séculos passados, até a formação do sistema que atualmente se aplica nos países ocidentais, em que a punição dos atos ilícitos recaem sobre os direitos e não mais sobre a pessoa.

No primeiro tópico será exposto a formação do sistema penitenciário, destacando os sistemas de Auburn e Filadélfia, e a aplicação do direito penal previsto nas Ordenações Filipinas, até a promulgação do Código Criminal de 1830[6], substituído por uma Consolidação de Leis Penais de 1932[7] até culminar no primeiro Código Penal 1940[8].

[6] BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

[7] BRASIL. *Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[8] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

No segundo tópico será abordado a formação da Lei de Execuções Penais[9] e os direitos que essa legislação prevê não apenas às garantias dos presos, mas também as condições mínimas dos estabelecimentos penitenciários para concretizar a ressocialização e reintegração social do encarcerado.

No terceiro tópico será exposto a realidade dos sistemas carcerários brasileiro, tento em vista as informações levantadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Por fim, será possível compreender a formação do sistema penitenciário, bem como o seu objetivo primário, que é a reintegração e ressocialização do preso sob o contexto, ainda que teórico, de assistência material, de saúde, educacional, psicológica a ser oferecido pelas unidades prisionais.

1.1 Histórico do sistema Prisional

Atualmente podemos considerar o sistema criminal como um complexo de subsistemas que fazem parte da punição, objetivando a ressocialização do condenado ao convívio social. Esse sistema tem em sua estrutura, basicamente composta por detenções provisórias, complexos prisionais de execução da pena para presos comuns e alas para presos especais (de alta periculosidade), além de toda a estrutura necessária, pelo menos em tese, para a correta ressocialização e reabilitação.

Contudo, essa forma é uma criação recente e que ainda passa por muitas adaptações, o que se propõe com essa pesquisa. Inicialmente abordar-se-á a parte histórica das prisões até a sua atual composição e objetivos, levando em conta a

[9] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

definição do criminoso, em tese, e os objetivos dos sistemas prisionais antigos e o atual.

Primeiramente a prisão era considerada uma medida cautelar da condenação provisória, enquanto se aguardava a condenação definitiva e sua reponsabilidade criminal, que geralmente culminava em duas espécies de veredito: 1) Pena corporal e; 2) Pena de morte[10]. A lógica por traz desse sistema composto, era da vingança estatal sobre o indivíduo, a depender do crime cometido.

A primeira forma sistematizada de Sistema Penitenciário, foi chamado de Sistema Pensilvânico ou Filadélfico. Esse sistema possui caráter essencialmente religioso, como forma de abordagem para a ressocialização e reintegração social. Essa caráter religioso advém dos cidadãos mais respeitados da sociedade Filadélfica, os quacres (Quakers), grupo religioso com bases rigorosas de conduta pessoal e social[11].

O Sistema Filadélfico estava baseado em três pilares: isolamento celular absoluto, expiação da culpa (reflexão) e leitura da bíblia. O detento não poderia ter qualquer contato com o mundo exterior, nem mesmo direito à visitas ou com outros detentos, de forma que essa era a primeira abordagem para que ele entendesse a reprovabilidade de sua conduta. Como consequência o isolamento faria com que o preso expiasse a conduta e sentisse os efeitos da sua condenação (privação social). A leitura bíblica possuía dois objetivos concretos: a) o arrependimento do delito praticado e; b) o perdão do condenado perante o Estado (sociedade)[12].

[10] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p. 79-89, maio/ago. 2009

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 92

[12] JESUS, Damásio de. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, v.1, 2004. p.249

Esse sistema sofreu diversas críticas já que o isolamento, silencioso e solitário, constante dos detentos, poderia causar, eventualmente, insanidade, além de facilitar a dominação, já que essa mesma lógica de organização poderia facilmente se aplicar em outros locais públicos (especialmente em escolas). Esse mesmo modelo, foi adota por diversos países europeus, tais como Inglaterra (antes da criação de seu próprio sistema), Dinamarca, Rússia, Suécia etc[13].

O segundo grande sistema foi chamado de Sistema Auburniano, que remonta a construção de uma penitenciaria na cidade de Auburn em Nova Iorque. Esse sistema era muito parecido com o Filadélfico, mas este permitia, durante o dia, o trabalho coletivo, contudo, em silencio absoluto. Assim como sistema acima definido, praticava-se a separação celular dos presos durante a noite, a lei do silencio absoluto (objetivo de reflexão). A estrutura desse sistema era a compensação de gastos por meio do trabalho dos presos (com eventual obtenção de renda)[14]

Esse sistema também não prosperou. Entre as críticas ao sistema, as principais foram: a) a pressão das associações e sindicatos de categorias profissionais com o desenvolvimento do trabalho penitenciário (já que ensejaria gastos menores e causaria detrimento do "trabalho livre"); b) a facilitação da dominação por meio de uma estrutura baseada na disciplina militar (dominação de massas) e; c) a aplicação de castigos imoderados, e até mesmos cruéis, na justificativa de que seriam necessários à recuperação do delinquente[15].

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 94
[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 95
[15] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 96

Por fim, o sistema progressivo, que se reparte em duas vertentes: a inglesa e a irlandesa. O sistema progressivo baseia-se na repartição da pena concreta em períodos, que cumulados ao bom comportamento pessoal e disciplinar do indivíduo, poderia ser feito a obtenção de benefícios (também chamado de privilégios, por Bittencourt). O objetivo desse sistema é o estímulo ao bom comportamento e gradual reinserção social (por meio de uma reforma moral dentro do próprio sistema)[16].

Dada as bases do sistema progressivo, as formas adotadas pelos países, especialmente os europeus, aliavam os binômios inspiração religiosa e feição retributiva ou reintegração social e inspiração positiva. A divisão entre sistema inglês e sistema irlandês se deu por conta da divisão de fases. O sistema inglês possuía três fases e o sistema irlandês possuía quatro fases para a progressão de regime de cumprimento da pena. Essa sistemática contribuiu de forma expressiva para a atual composição da atual prática e fundamentos penais, especialmente à individualização da pena[17].

As fases do sistema inglês eram formadas pelo: 1) isolamento silencioso e celular durante o dia e a noite; 2) trabalho coletivo sob a lei de silencio absoluto e; 3) liberdade condicional. Pode-se deduzir que o sistema progressivo racionalizou o cumprimento da pena com o trabalho, de forma a não usurpar a finalidade punitiva do sistema penitenciário com a exploração da mão de obra barata. O Sistema irlandês, por sua vez, tinha uma fase a mais, uma espécie de prisão intermediária, entre as fases dois e três, que serão a seguir detalhados.

[16] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 98
[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 99-102

Greco ressalta ainda que o sistema irlandês, dentre os demais, se destacava por possuir uma forma de liberdade progressiva do agente, semelhante, ou até mesmo a forma arcaica, daquilo que se pratica atualmente. O sistema baseava em quatro estágios/etapas, na primeira etapa consistia na segregação absoluta (algo semelhante prisão em regime fechado). A segunda etapa caracterizava-se na segregação durante a noite e vida comum durante o dia, com dever de silencio (algo próximo do regime aberto, ou a prática do regime semiaberto). O terceiro estágio era uma "prisão intermediária" com a possibilidade de convivência e vida normal durante o dia e a noite (algo próximo de um regime aberto e com livramento). Por fim, o último estágio era do livramento condicional18.

Esse modelo progressivo foi adotado pelo Código Penal Brasileiro[19] e, até os dias atuais e com a sua devidas alterações e ajustes, vigora dentro da possibilidade dos três regimes penais (fechado, semiaberto e aberto).

Contextualizando o cenário do Brasil, podemos citar fatos e eventos ocorridos durante o vigor das Ordenações Filipinas e as previsões penais dessa legislação, aplicadas ao caso da Inconfidência Mineira, liderada por Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. A previsão no título IV do Livro V da citada ordenação tipificava o crime de lesa majestade, cuja cominação era a execução pública, por meio de tortura confisco dos bens em favor da coroa20.

Como é sabido Tiradentes foi executado no dia 21 de abril de 1792 em praça pública com requintes de crueldade, já que teve sua cabeça cortada e seu corpo

[18] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

[19] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009

[20] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005*

repartido em quatro partes distintas. Esse panorama apresentado é o maior exemplo prático da antiga forma de entendimento de prisão e pena. A prisão era entendida como um local de detenção provisória, enquanto se aguardava a sentença definitiva.

Até então, especialmente durante o período colonial, as relações penais estavam intimamente ligadas ao vínculo de senhores e escravos, com punições iminentemente corporais como as punições públicas de escravos, pena de forca, trabalhos forçados etc21. Como se tratavam de centros provisórios de cumprimento de pena, as instalações não possuíam estrutura como as que se exigem atualmente, já que se tratavam, na maioria dos casos, de instalações adaptadas em ilhas, fortalezas, quartéis e até mesmo em prisões eclesiásticas em conventos religiosos22.

O Código Criminal de 1830, em 1888, com a abolição da escravatura, sofreu modificações para corresponder à nova realidade da época.

Com a proclamação da república um novo código foi promulgado, contudo, houveram grandes protestos e descontentamentos para reforma geral decorrente da maneira que havia sido escrito o código, já que continha diversas imperfeições. Enquanto não se reformava o Código Republicano várias leis esparsas entravam em vigor, entre elas uma que alterou o código penal de 1890[23] e causou grande confusão quanto à interpretação e aplicação e efetividade das leis[24].

[21] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005*

[22] BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[23] MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

[24] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Com a dúvida legislativa e jurídica da legislação, foi editado, por decreto, a Consolidação das Leis Penais em 1932, porém essa legislação não tinha força de revogar leis que estivessem em contrariedade com a consolidação, o que agravou ainda mais a quantidade de leis penais e sua aplicação dupla e conflito de leis do tempo e no espaço.

Com a edição e publicação do Código Penal[25], e vigor em 1942, houve uma revolução das leis penais do Brasil. O novo código trouxe em seu texto o sistema de progressividade dos regimes penais, além de prever a subdivisão das penas privativas de liberdade em reclusão e detenção, incluiu a suspensão condicional da execução (o "sursis") e o livramento condicional[26].

Após a reforma do Código Penal[27] pela Lei 6.416/1977[28], que atualizou as cominações das penas em todos os crimes com fim de adequar à atual realidade do Brasil, foi elaborada Lei nº 7.209/84[29] para atualizar a parte geral da codificação penal e logo em seguida foi editada e publicada a Lei 7.210/85[30], conhecida como Lei de Execução Penal[31].

---

[25] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www. planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[26] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www. planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[27] BRASIL. *Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l6416.htm. Acesso em: 25 abr. 2019

[28] BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ cCivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[29] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[30] Goulart, 2007

[31] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Entendido a formação histórica e social de que a prisão, como estabelecimento próprio e com objetivos legalmente definidos, é a base do cumprimento de sentenças penais, cabe agora a abordagem relativa à a execução penal dos indivíduos e seus princípios concernentes e estudo sobre a progressividade dos regimes32.

1.2 A Lei de Execuções Penais

A Lei de Execuções[33] define em seu artigo primeiro o seu objetivo: efetivação de sentença ou decisão criminal e oferecer condições que sejam suficientes para a integração do condenado e do internado (a depender do tipo de regime e tipo de pena). Ainda estabelece a forma que será cumprida a punição e as condições mínimas que o Estado deve garantir para a sua total ressocialização (esta segunda parte está ligada diretamente com a limitação da atuação e poder do Estado sobre o indivíduo e sua dignidade constitucional).

Primeiramente, em respeito ao princípio da individualização da pena, a legislação trata de classificar os condenados. Essa classificação dará condições para que a instituição criminal tenha condições de melhor atender os comandos da sentença judicial condenatória e a acesso aos meios reintegradores e de ressocialização. Quanto a esse segundo objetivo as condições de assistência devem observar forma eficiente de: assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Vale ressaltar que essas medidas valem tanto para o condenado,

32

33

como para a sua família, a família da vítima e o apenado quando na condição de egresso do sistema[34].

A relação do trabalho ganhou uma nova perspectiva legal: dignificação e progresso. O trabalho nesse ínterim não quer dizer meramente a força de trabalho a qual pode ser exercido nas atuais condições do apenado, mas sim, principalmente, à sua profissionalização e formação de mão de obra qualificada para atender a demandas das necessidades sociais do meio que se será reinserido[35].

Para realizar na prática esse objetivo a própria legislação define critérios de competência e educação para os condenados, definindo até sanções para as infrações disciplinares que venham a incidir diretamente na pena, todos em consonância com os direitos de deveres de agentes, condenados e Estado, integrados e harmônicos entre si, pelo menos em tese[36].

No campo do estabelecimento prisional, define parâmetros mínimos de infraestrutura e a divisão do cumprimento no espaço físico dos presos de acordo com o regime definido por sentença ou por progressividade de regime de execução, incidentes e procedimento judicial. Ainda estabelece a forma das atividades jurisdicionais e administrativas, conforme sua pertinência[37].

1.3 A realidade do Sistema Carcerário

[34] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009

[35] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009

[36] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009

[37] FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009

Como é notório e muito divulgado, o sistema penitenciário brasileiro está um verdadeiro colapso, e muito disso se deve às condições dos estabelecimentos prisionais, as condições sociais dos condenados, a demora no trâmite do processos investigatórios e processamento criminal.

Segundo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aponta que o sistema carcerário está caótico, pelos motivos de superlotação, mistura de presos provisórios com condenados definitivos. Aponta que existem 35 mil presos distribuídos em 23 mil vagas, em uma prisão do Rio Grande do Sul. Já no Ceará esse déficit chega a ser de 8 mil vagas, com 20 mil presos distribuídos em 12 mil vagas em todo o estado.

Nesse levantamento, em 2015, apontou que a maior taxa de ocupação pertence à região nordeste, sendo que a média geral é de dois homens presos por vaga.

Porém, a avaliação isolada mostra que em Pernambuco é de três por vaga. Outro problema é a separação de presos: 10% das prisões separaram réus primários de reincidentes; 22% por periculosidade e um terço separou os que são membros de facções criminosas dos demais presos comuns[38].

Outro dado levantado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (CNJ e DPN, respectivamente) revelam o perfil dos condenados do sistema prisional: compõe-se de 93,4% de homens e 6,6% de mulheres, em geral são jovens entre os 18 e 29 anos, com baixa escolaridade, sem profissão definida, afrodescendentes, de baixa renda, com muitos filhos e, no caso

[38] SISTEMA Penitenciário do Brasil é caótico, aponta levantamento do MP. Disponível em: http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/sistema-penitenciario-do-brasil-e-caotico-aponta-levantamento-do-mp.html. Acesso em: 27 ago. 2018

das mulheres, mães solteiras. A maior parte dos crimes ficam tipificados nos contra o patrimônio (70%) e ao tráfico de entorpecentes (22%). A média da pena definida por sentença é de 4 anos.

Pode-se observar que as penitenciárias do Brasil são majoritariamente formadas por pessoas que vivem em situação de pobreza, que se entregam ao crime para a obtenção de renda para seu próprio sustento ou para o sustento de suas famílias, ainda que não seja suficiente. Sobre um aspecto social, podemos abordar que a educação não foi cumprida o que causou os demais fatores de renda, baixa capacidade laborativa ou possibilidade de inserção ou ascensão profissional.

Diante dessa realidade, e aliada às disposições da Lei de execuções penais, o Estado, como garantidor de direitos (e sem esquecer o seu caráter punitivo) ofereceria condições suficientes para que esse preso, durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, conseguisse superar a sua condição social anterior e ter condições de sair capaz de uma ocupação lícita.

Pelo que já se foi apresentado, onde presos não estão sendo divididos conforme seus perfis socais, estão causando em efeito diverso da reintegração e ressocialização, mas está seguindo um caminho de inserção.

Dá-se o seguinte exemplo: Se um indivíduo que prática crime eventual para, por exemplo o crime contra o patrimônio, para auferir renda para subsistência, e após os trâmites legais e policiais será preso e levado à penitenciária. Esse indivíduo deve ser separado para permanecer com outros detentos que tenham o seu perfil. Se a penitenciária, por razões diversas, não faz essa separação, esse mesmo indivíduo terá contato com presos associados com organizações criminosas. Há uma grande

possibilidade de recrutamento desse indivíduo, já que este conhecerá o grande aparato criminal que esta desenvolveu.

No exemplo acima é a demonstração de uma realidade que vai contra os objetivos de reintegração social do indivíduo. Pelo exposto, é de pensar melhor quando, midiaticamente ou popularmente, se usa o termo de "escola do crime", há um certo equívoco. A penitenciária não funcionará como um centro de treinamento ou capacitação para criminalidade, ainda que sua estrutura seja falha, continuará com o seu objetivo legal, mas se trataria mais de uma área de oportunidades.

Importante ressaltar que essa falha não se trata de descumprir um preceito da Lei de Execuções penais, mas sim à própria constituição, especificamente no art. 5º, III, que prevê que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e o disposto no inciso XLVIII, que determina o cumprimento da pena em estabelecimentos compatíveis com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Segundo uma reportagem de 2017 do site Nações Unidas no Brasil, aponta que nos 22 estabelecimentos prisionais do Brasil, a qual sofreram a inspeção do Subcomitê sobre a Prevenção da Tortura e outro Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU), a tortura de presos se tornou regra e não a exceção[39].

As condições físicas das penitenciárias do Brasil, salvo algumas prisões de segurança máxima, possuem falhas de segurança e problemas de manutenção e a falta de um sistema de fiscalização eficiente dos ambientes dos presos e dos locais de trabalho dos agentes carcerários.

[39] ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas Brasil: Impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. 2017. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoes-e-regra-no-brasil/. Acesse em: 24 ago. 2018

Amerigo Incalcaterra aponta resultados da inspeção feita aos presídios e afirma que a tortura é generalizada e começa desde a detenção (processual), durante interrogatórios (processual) e, principalmente nos presídios (execução da pena). Especialistas que fizerem o acompanhamento ressaltaram que essa tortura atinge especialmente os "estratos sociais mais baixo"[40] (aqueles que são pobres, negros ou outros tipos de minoria).

Fazendo uma relação dos dados da inspeção e os dados da atual forma que as penitenciárias têm adotado, podemos ver que os procedimentos simples, como a separação de presos comuns, dos presos associados com organizações criminosas causam um efeito devastador da tortura entre presos, que utilizam uma forma de repressão contra facções rivais e para subjugar outros detentos em demonstração de poder.

A grande quantidade de presos por celas e as próprias condições físicas das unidades prisionais, além da falta de fiscalização eficiente, e um pensamento voltado para a repressão faz com que agentes acabem por cometerem abusos e torturas do tipo: choques elétricos, balas de borracha, sufocamento, espancamento com barras de ferro e palmatória, técnicas conhecida como telefone (golpes na orelha da vítima). E essas mesmas técnicas são realizadas entre detentos. Esses comportamentos ferem diversos dispositivos de proteção à integridade dos presos.

Essa realidade se mantém, pois quando da morte de um detendo, a responsabilização não consegue prosperar (há dificuldade de instaurar investigação e processamento de agentes). O alto comissário atribui essa realidade por conta de o

[40] SANTOS, Barbara Ferreira. ONU: Impunidade por torturas nas prisões é regra no Brasil. São Paulo. 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoes-e-regra-no-brasil/. Acesso em: 25 abr. 2019

Estado brasileiro não suportar a quantidade da população carcerária e não possuir um efetivo suficiente para manter, vigiar e fiscaliza o sistema.

Aponta que as facções criminosas se aproveitam desse descontrole e criam suas próprias estruturas nos estabelecimentos prisionais, e relata que elas possuem ramificações em todos os estados. A superlotação, causadora de maior nível de estresse nos detentos resulta em comportamentos violentos e assim geram risco para a integridade do próprio detento, dos demais detentos e dos agentes públicos. É notório que quando há revoltas em presídios, os agentes penitenciários são feitos de reféns, quando não são mortos.

Alguns fatores contribuem para a concretização do sistema penitenciário. Incialmente os problemas sociais do Brasil atingem uma alta parcela numérica brasileira, pois não há concretização de alguns direitos básicos como a educação, saúde e lazer. O fator social do homem que não consegue manter sua própria subsistência ou se sua família e acaba por praticar crimes, e condenado, acaba por causar um abismo maior ainda (por conta da taxação social de periculosidade de ex-detentos).

A decorrência da educação incompleta acaba por prejudicar a capacidade de concorrência dentro do mercado de trabalho. Portanto, a marginalização cria o perfil já apontado: baixa escolaridade e desempregados.

Sobre essa realidade Paci ressalta:

> A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, a sua esmagadora maioria, é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram "empurrados" ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais. E mais, segundo estudos realizados pelo Ilanud, o perfil para o presidiário brasileiro é de alguém

> majoritariamente pobre, do sexo masculino, de até 35 anos, com baixa escolaridade e baixa capacidade de inserção no mercado de trabalho.[41]

Essa mesma autora aponta que os problemas sociais e o emprego são causas indiretas relativas que moldam as condições pessoais e sociais do indivíduo. Entre as causas diretas aponta: a forma que o Estado lida com a questão carcerária (especialmente em seu papel como fornecedor de condições mínimas e seu papel legislativo em normas de conduta sem as condições necessárias para cumpri-la).

Outro fato apontado é a corrupção de agentes que acabam por facilitar a entrada de dispositivos telefônicos, armas, drogas etc. (não se atribui exclusivamente por este meio), as condições de trabalho, condições de estruturas e subsídios insuficientes para a função exercida. A morosidade também é apontada como causadora da superlotação, visto que uma expressão significativa dos presos é de presos provisórios, a demora para a resolução processual acaba por agravar a superlotação.

Conclui-se que o sistema penitenciário possui um grande aporte legal, porém essa realidade ideal apresentada pela lei não está sendo possível concretizar. Essas causas variam desde a falta de manutenção, os baixos salários, as condições sociais prévias dos indivíduos, o custo do financiamento, a fiscalização e diversos outros fatores que acabam por sobrecarregar o Estado no cumprimento do seu dever legal.

Por fim, neste primeiro momento a pesquisa propôs-se a demonstrar o sistema penitenciário que está previsto na lei e sua forma de aplicação em abstrato e como isso está materializado na prática. A segunda parte da pesquisa abordará este problema e apontará as particularidades de forma mais regionalizada,

[41] PACI, Maria Fernanda. Sistema prisional brasileiro. *ETIC - Encontro de Iniciação Científica,* São Paulo, v. 9, n. 9, p. 1-16, 2013

especificamente no sistema penitenciário do Distrito Federal e suas políticas públicas para a concretização dos objetivos da lei com a proposta de implantação de uma possível parceria público e privada no sistema prisional.

2 A EXECUÇÃO PENAL E O PERFIL DOS ENCARCERADOS

No segundo capítulo será analisado os dados do sistema carcerário brasileiro por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciário, o INFOPEN, expondo os dados gerais sobre as condições, com especial atenção ao perfil sanitário e o desenho do perfil nacional do encarcerados.

No primeiro tópico estabeleceremos as noções gerais sobre o sistema carcerário, apontando condições de superlotação e insuficiência de pessoal para gerir de forma eficiente o objetivo mor do sistema: a ressocialização do condenado. Em termos teóricos apontaremos as bases do direito penitenciário do Brasil, com atenção às disposições da Lei de Execuções Penais[42] e as respectivas convenções internacionais ratificadas.

No Segundo tópico, apontaremos um caso concreto no estado do Rio de Janeiro em que atribui-se a superlotação do sistema estadual penitenciário como agravante das condições sanitárias pessoais e coletivas, as quais podem ser, ou não, anteriores ao sistema carcerário, mas que não deixa dúvidas que as unidades ou geram, causam ou agravam esses problemas de saúde.

No terceiro tópico apresentaremos um perfil dos presos do brasil, bem como as condições de infraestrutura dos presídios com base nas informações do INFOPEN. Serão apontados dados relativos à população estadual em presídios

[42] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

(apontando a superlotação), o perfil etário, os perfis raciais, o perfil escolar, as condições de acessibilidade, o quantitativo de filhos, distribuição de gênero e por fim o total de óbitos por estado.

Ao final estará formado o perfil dos presos e os apontamentos relativos à infraestrutura para dar condições de entender os impactos a serem debatidos no próximo capítulo referente ao anteprojeto de lei anticrime.

2.1 Noções gerais do sistema carcerário

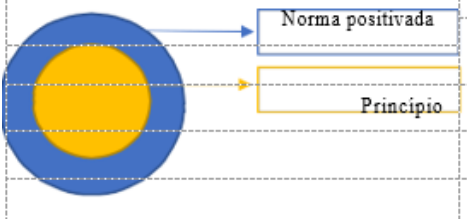
É sabido que os estabelecimentos carcerários do Sistema Prisional do Brasil encontram-se em condições degradantes tanto para agentes penitenciários, como para os próprios detentos. Tudo isso provem da superlotação das unidades carcerárias, que, em sua grande maioria, funcionam com o dobro da capacidade de lotação de detentos e com defasagem de pessoal. É importante ressaltar que os problemas sociais, econômicos, políticos e até sanitários, prévios ao crime e a própria execução penal, são fatores importantes para a definição do perfil daqueles que estão atrás das grades e o seu relacionamento com o Estado.

Como já fora explicado no capítulo anterior, de quando as penas passaram a incidir sobre direitos e não mais sobre a própria pessoa, e as transformações dos tipos de sistema prisional, com destaque para o Sistema Progressivo, o qual foi adotado pelo Brasil com as devidas alterações, os direitos humanos dos presos também acompanharam essas mudanças e foram positivas tanto em nível nacional, como em nível internacional, por exemplo no Brasil temos a legislação considerada uma das mais avançadas e democráticas sobre a execução penal, na Lei 7.210/198443.

[43] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

E, em nível internacional, as convenções ratificadas pelo Brasil como a Declaração Universal dos Direitos humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.[44]

Em se tratando do Brasil, a nível nacional de matéria constitucional, A Constituição Federal reservou, dentro do rol das garantias fundamentais dos cidadãos do Art. 5º, 32 incisos de garantias-proteção do encarcerado. E junto a ela, a Lei de Execuções Penais[45], no art. 41, dos incisos I ao XV, da CF, dispõe de direitos infraconstitucionais do detento que vão desde o pronunciamento da sentença condenatória, até a completa ressocialização do preso.

Gráfico Princípio e Normas	As normas legais positivas, em geral,
	possuem em seu cerne um princípio que visa formar uma garantia daquilo que a constituição quer proteger dentro da ordem jurídica. Como o gráfico ao lado apresenta, a norma positivada é um princípio revestido de força normativa. E isso está presente em todo o ordenamento jurídico, independente da matéria tratada
Fonte: próprio autor.	

Fonte: próprio autor.

[44] ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Revista CEJ< Brasília, 2007. p. 75

[45] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

E isso está presente em todo o ordenamento jurídico, independente da matéria tratadanos diversos ramos do direito. Contudo, isso pode ser claramente percebido nas garantias penais. Damaceno explica que as normas penais que tem em seu núcleo legal o Princípio da Humanidade, que formam o núcleo principiológico das garantias penais, são os fundamentos que proíbem as penas degradantes e cruéis materializadas na Constituição Federal[46], e a eventual edição desse tipo de norma, irá contra o princípio da Legalidade.[47]

O Princípio da Humanidade, entendido como uma derivação do Princípio

Republicano materializado no art. 1º da Constituição Federal, com o fundamento no inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana, e que faz a sua materialização na proibição presente no art. 5, inciso XLVII, CF, a qual atribui racionalidade e limites de aplicação da pena no Brasil, é base também para a execução penal, pois a própria proibição da pena de morte e de penas cruéis e degradantes possuem natureza de vingança por parte do Estado, e o nosso sistema penal, tem dois objetivos claros: punição dentro dos limites estabelecidos por lei, e acima deste, a ressocialização com a total reintegração do indivíduo. Contudo, a teoria legal não corresponde com a realidade, de forma que não se encontram materializados as disposições mínimas para se cumprir o objetivo punitivo adequado, já que este acaba sendo por ter punições duplas, de agentes penitenciários e de outros detentos, e o objetivo de ressocialização não se cumpre de forma ideal, já que o contato com membros de organizações criminosas acabam por fazer das

[46] BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018

[47] ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, 2007. p. 75

penitenciárias, de centros de recrutamento e, consequentemente, o fortalecimento de organizações criminosas dentro e fora dos presídios.

2.2 O perfil sanitário dos detentos

Damaceno aponta que o problema da superlotação das penitenciárias é um agravante para as condições de saúde e ambientes propícios à contaminação dos demais detentos. Tudo isso se deve ao fato da maioria dos presos possuir um histórico das condições sociais muito precárias, especialmente no aspecto sanitário, acabam por contrair doenças respiratórias (tuberculose ou pneumonia), doenças venéreas, com destaque para a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS, na sigla em inglês), hepatites etc. Tudo isso somado às condições de tráfico recorrente de drogas nos estabelecimentos prisionais, o sedentarismo, a falta de higiene adequada e má alimentação, culminam em deixar o preso com integridade e saúde ainda mais fragilizada do que antes de ser encarcerado.[48]

Um estudo realizado por Manayo e Peixoto aponta dados do estado do Rio de Janeiro, que demonstram que o quadro de saúde dos detentos do estado está ligado

violência. Relatam que o preso, apesar da situação de violência anterior ao cárcere, não muda dentro dos estabelecimentos. Segundo o estudo, 56,6% dos homens e 55,4% das mulheres relataram temor quanto à sua integridade física e moral, já que são ameaçados e agredidos e temem serem feridos e/ou morto.

[48] ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, 2007. p. 75

As autoras apontam que as mulheres são as que mais relatam as violências sofridas nos estabelecimentos (agressão sexual, verbal, e moral, tentativa de suicídio, perfuração por arma branca). [49]

Com base numa pesquisa de 12 meses, realizada no ano de 2016, foi possível estabelecer os principais sintomas e doenças que atingem os presos do Rio de Janeiro, segue trecho:

> ... encontra-se a distribuição das doenças referidas pelos presos e presas nos últimos 12 meses. Destacam-se problemas osteomusculares e respiratórios. Os principais sintomas dos primeiros são dores no pescoço, costas e coluna (76,7%), torção ou luxação de articulação (28,2%), bursite (22,9%), dor ciática (22,1%), artrite ou reumatismo (15,9%), fratura óssea (15,3%), problemas de ossos ou cartilagens (12,5%) e de músculos ou tendões (15,7%). As dores no pescoço, costas e coluna foram as mais citadas, principalmente pelas mulheres (43,1% deles e 58,3% delas) e podem estar, em parte, associadas à falta de qualidade dos colchões ou mesmo à ausência deles nos casos de superlotação.[50]

Essa pesquisa ainda aponta outros diversos problemas relacionados a doenças infecciosas, sanguíneas, cardíacas, glandulares, metais e doenças da pele (especialmente à hanseníase). Os problemas de saúde, em sua maioria, eram prévios ao cárcere e a maior reclamação foi de que não foram oferecidas condições para a

[49] MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v. 21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018

[50] MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v. 21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018

melhora da sua condição e nem oportunidade de prevenção ao agravamento da situação[51]

Uma parcela minoritária, declarou melhora na condição de saúde, em contrário a maioria das declarações dos demais detentos. As autoras relatam que esses casos podem estar relacionados às condições inferiores antes do cárcere, por exemplo o serviço médico, que mesmo sendo um serviço falho, ainda é oferecido dentro dos estabelecimentos, o que dá a oportunidade de diagnósticos, ainda que o tratamento seja falho ou inexistente. Houve até um caso nesse sentido, onde o detento relatou ter tomado mais precauções com a sua saúde, após o diagnóstico de hipertensão e diabetes. Outro detento, relatou ter sentido a melhora em hábitos alimentares e tempo de sono, por conta do regramento de rotina. Mas trata-se de posição isolada[52].

2.3 O perfil nacional dos Presos no Sistema Penitenciário do Brasil

O Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), criado em 2004, reúne informações e estatísticas das condições do sistema penitenciário do Brasil, além de possibilitar o traço do perfil dos detentos. Esse sistema, com as devidas reformulações promovidas em 2014, possibilitou, de forma ainda mais

[51] MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v. 21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018

[52] MINAYO, Maria Cecília de Souza e RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2016, v. 21, n. 7 [acessado 17 outubro 2018], pp. 2037. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016>. ISSN 1678-4561. https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v. 21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018

precisa, informações acerca da execução penal nos estabelecimentos prisionais com base nas disposições da Lei de Execuções Penais[53].

O último levantamento de dados divulgado pelo INFOPEN divulgado em 2017, com a reunião de dados relativos à coleta de informações entre os anos de 2015 e 2016, revela a população carcerária total, a disposição de vagas disponíveis, o déficit de vagas, a taxa de ocupação dos presídios é a chamada taxa de aprisionamento. O método do levantamento foi através de formulários estruturados, por meio de plataforma digital de pesquisa pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

O levantamento do relatório de informações penitenciárias[54], com os dados do ano de 2015 e 2016, com a participação 1.422 unidades prisionais, mostram dados preocupantes, que, inclusive, pode estar mais agravado, por conta do decurso de dois anos da divulgação. Até junho de 2016, haviam 726.712 pessoas privados da liberdade no Brasil, ou seja, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo[55], atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Em relação ao último levantamento de dados, realizado em 2014, houve crescimento de 104 mil pessoas.

Segundo o INFOPEN, do total de presos, 689.510 presos estão sob a custódia de unidades administradas pelas Secretarias Estaduais e Administração Prisional e Justiça e 36.765 estão custodiados em delegacias ou outros espaços de custódia com administração das Secretarias de Segurança Públicas. Ou seja, mais da metade dos

[53] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[54] Vide o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 65

[55] VERDÉLIO, Andreia. *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. Agencia Brasil – EBC, Brasília, 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas. Acesso em: 19 out. 2018

presos estão sob a custódia direta dos estados-membros. E desse total, 437 estão sob custódia das unidades do Sistema Penitenciário Federal, administrados pelo Departamento Penitenciário Federal, que por sua vez estão sob custódia da União.56

Do total de estabelecimentos em funcionamento (1.460), 1429 finalizaram o preenchimento de dados dentro do prazo da coleta pelo Departamento Penitenciário nacional. Segue gráfico sobre os principais dados do sistema prisional em junho de 2016:

[56] Vide o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 08

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fnte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

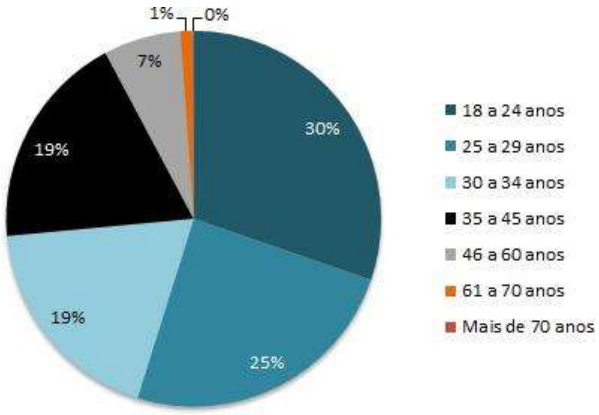
de se observar que apenas as unidades prisionais federais (União) estão em situação regular com o total de presos. Levando em consideração que os crimes federais, por sua própria competência e julgamento da Justiça Federal, acabam por limitar a quantidade e somados ao fator de que a execução da pena passa para a justiça estadual, agrava, ainda mais a situação de ocupação dos presídios estaduais. A média da taxa de ocupação entre os presídios é de 197%, quase o dobro da

capacidade. Essa realidade é ainda assustadora, quando se observa os dados de forma isolada, com destaque para os estados-membros do Amazonas, com taxa de 483%, Ceará com 309% e, Pernambuco com 300%. Todos esses estados não possuem as maiores populações carcerárias entre os estados, mas a sua capacidade de lotação é diminuída e por isso a superlotação de celas. É notório o acontecido no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 201057, na rebelião que acabou com 18 detentos mortos de forma cruel, e dos relatos dos presos sobre as condições precárias, que levaram a descobertas macabras, que envolviam até a prática de canibalismo.

Os dados, ainda, apontam que entre 1990 e 2016 (com exceção dos anos de 1996 e 1998), o aumento da população carcerária obteve um aumento de 707% (de 90 mil, em 1990 para 726 mil em 2016). Destaque para os dados referentes à concentração de presos no estado de São Paulo, que reúne cerca de 33,1% dos presos totais do Brasil com 204.061 presos e Roraima que reúne a menor população carcerária, com 2.339 detentos.

Sobre o perfil etário dos presos, apontou-se que 75% dos presos estão na faixa de idade entre 18 anos e 29 anos (vide gráfico abaixo). Portanto, a população Carcerária é jovem, até mesmo para efeitos legais, já que o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013) define que a juventude dura até os 29 anos.

[57] REBELIÃO de presos no Maranhão termina com 18 mortes. 2010. Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/11/rebeliao-de-presos-no-maranhao-termina-com-18-mortes.html. Acesso em: 19 dou. 2018



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Tendo por base a Pesquisa Nacional de Amostra de Domicilio – PNAD de 2015 sobre o levantamento da população total do Brasil, os jovens representam um total de 18%, enquanto que dessa mesma base, a representação é de 55%, do mesmo ano (aumento considerável de 20%). Na separação individual por unidade da Federação, os estados do Acre, Amazonas, Pará, Espirito Santo, Pernambuco e Sergipe, a cada 10 pessoas privadas de liberdade, 6 são jovens (as maiores do Brasil).[58]

Sobre os critérios raciais, as categorias propostas pelo Instituo Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE utiliza para classificação são: branca, preta, parda, amarela ou indígena. Contudo, as informações coletadas pelo INFOPEN, unificaram as categorias "preta" e "parda" na classificação "Negra". A pesquisa, ainda, esclarece



[58] Vide o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 30

que a pesquisa do IBGE é feita por meio de autodeclaração, enquanto que a do INFOPEN são informações arrecadadas pelos gestores das unidades prisionais que fazem o cadastro dos presos. O gráfico abaixo aponta o total populacional com o total da população encarcerada (tanto presos definitivos, como os presos provisórios da União e estados-membros)[59]:

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2016.

A organizadora esclarece que esse total pode não representar a realidade, a qual pode ser maior, por conta da disponibilidade de informações dos cadastros penitenciários dos estados do Maranhão, Mato Grosso e Pernambuco, que ainda reflete na análise estadual, já que o total de dados raciais não ultrapassa 30% do total populacional criminal. Frisa-se também, que apenas os estados do Rio de Janeiro e Pará, possuem 100% das informações éticas, raça e cor em seus sistemas esta critério escolar também aponta que mais da metade dos presos possui o ensino fundamental incompleto (estão entre a 5ª série/ 6º ano e 8ª série/ 9º ano). Já entre a população que terminou, ou não, ou ensino médio, representa 24% do total. Conforme o grau de escolaridade avança, menos há incidência de aprisionamento. Esses dados estão limitados à 70% da população carcerária (482.645). Segue o gráfico:



[59] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara San[illegible]lene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Depa[illegible]ário Nacional, 2017. p. 35

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Os dados arrecadados de cerca de 64% do total (cerca de 442.237 pessoas) apontaram uma maior concentração de pessoas solteiras, com total de 60% e as pessoas que possuíam algum tipo de vínculo com outra pessoa, seja por união estável ou por casamento, representavam a ordem de 37% da população carcerária. A organizadora novamente aponta a fragilidade da correspondência com a realidade pois o total de informações disponíveis nos estados do Acre, Roraima, Pernambuco, Paraíba, Tocantins e Rondônia, nesse aspecto, representa menos de 1/3 da população privada de liberdade[60].

Um aspecto em relevância que foi analisado refere-se com a relação das unidades prisionais com a deficiência. De acordo com os dados obtidos, a população carcerária deficiente representa cerca de 1% do todo, sendo que deficiência mais recorrente é a mental, que soma 2.557 pessoas e a deficiência física com 1.169

[60] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 32

pessoas. Contudo, assim como os dados do aspecto anterior, o total de informações foram coletadas por apenas 65% das unidades prisionais (que concentram 74% do total da população deficiente carcerária).[61] Para demonstrar os dados obtidos, segue gráfico abaixo:

	Homens	Mulheres
Total de pessoas privadas de liberdade com deficiência	**4.130**	**220**
Pessoas com deficiência intelectual		
Pessoas com deficiência intelectual: apresentam limitações no funcionamento mental, afetando tarefas de comunicação, cuidados pessoais, relacionamento social, segurança, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho.	2.395	162
Pessoas com deficiência física		
Pessoas com deficiência física: apresentam limitação do funcionamento físico-motor; são cadeirantes ou pessoas com deficiência motora, causadas por paralisia cerebral, hemiplegias, lesão medular, amputações ou artropatias.	1.139	30
Quantas pessoas, dentre as informadas acima, são cadeirantes?	358	11
Pessoas com deficiência auditiva		
Pessoas com deficiência auditiva: apresentam perda total da capacidade auditiva. Perda comprovada da capacidade auditiva entre 95% e 100%.	200	17
Pessoas com deficiência visual		
Pessoas com deficiência visual: não possuem a capacidade física de enxergar por total falta de acuidade visual.	304	10
Pessoas com deficiências múltiplas		
Pessoas com deficiências múltiplas: apresentam duas ou mais deficiências.	92	1

[61] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2017, p. 36-38

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

[62]A acessibilidade também não está presente nas unidades que forneceram informações, e possivelmente também não está devidamente adaptada com nas demais unidades prisionais que não forneceram as suas condições de acesso

seguro, celas adaptas às condições peculiares da deficiência de forma a integrar o ambiente prisional, bem como promover a locomoção segura dentro da unidade. Apesar da existência do Estatuto da Deficiência, que obriga o poder público a manter unidades formadas para a acessibilidade e a sua correspondente adaptação, mais da metade da avaliação aponta que não há acessibilidade (ressalta-se que esse número pode ser maior).

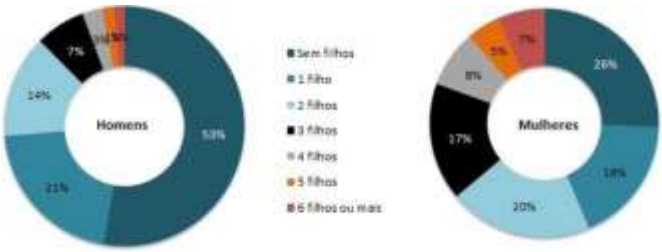
Outro dado com destaque trata-se da população carcerária estrangeira. Os dados coletados correspondem a 89% das unidades penitenciárias (representam cerca de 607.305 pessoas). O total de estrangeiros privados da liberdade no território nacional correspondiam a 2.606 pessoas, em que 56% são provenientes do continente americano, 27% do continente africano e 13% dos países europeus, a maioria custodiados no estado de São Paulo, com 1.651 pessoas[63].

Os dados coletados sobre a quantidade de filhos, entre todos os dados, são os mais carecem de informações e por isso a sua conclusão está prejudicada, e por isso pode não corresponder à realidade, já que os dados se referem apenas a ordem de 9% (63.971 pessoas), apenas o estado do Amapá possui 83% de cadastramento sobre esse

[62] Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

[63] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 38

aspecto. Por essa razão utilizar-se-á os dados disponibilizados pelo INFOPEN. Segue o gráfico:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Talvez um dos dados mais importantes do relatório seja o levantamento do tipo penal dos presos. Do total de unidade prisionais, 66% informaram que recebem, regular ou irregularmente, pessoas privadas de liberdade para cumprirem a execução da pena (conforme a Lei de Execuções Penais[64]). O total de informações sobre o tipo penal, houve o registro de 620.583 de incidentes penais, tanto do Código Penal[65],

[64] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[65] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

como da legislação extravagante. Por se tratar de um quadro extenso, é necessário a consulta ao material do relatório[66].

Mas em suma, os crimes de maior incidência é o tráfico de drogas, com correspondência de 28% do total de crimes (esse levantamento considera os condenados definitivos e os que aguardam julgamento). Os crimes de roubo e furto incidem em 37% do total de crimes e os homicídios somam 11%. Na separação por gênero, os homens incidem mais sobre os crimes de roubo ou furto (38%), enquanto que as mulheres incidem mais sobre o crime de tráfico (62%)[67]. Segue abaixo o gráfico da distribuição de crimes por gênero:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias -

O relatório ainda traz outros dados referentes ao tempo de pena, a formação do trabalho e remuneração, a escolaridade e a relação delas com seus respectivos

[66] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 41-42

[67] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 43

direitos fundamentais68, por isso recomenda-se a leitura detalha, pois estes não são o escopo desta pesquisa, pois estes se relacionam mais com aspectos já que podem ser realizados fora do ambiente e que a falta de adaptação acaba por fazer a prática do regime aberto ao regime semiaberto e o regime aberto à uma espécie de livramento condicional.

Por fim, o último levantamento para a pesquisa refere-se ao montante de óbitos registrados no período de 01/01/2016 ao dia 30/06/2016. Para esses dados houve a divisão em cinco categorias: 1) óbitos naturais (em razão da saúde); 2) óbito criminal; óbito decorrente de suicídio; 3) óbito acidental e; 5) óbito sem causa conhecida. Esses dados usam como referência a mortalidade para um grupo de a cada 10 mil pessoas presas. Segue abaixo gráfico de distribuição:

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Em conclusão, podemos observar que as condições gerais do sistema penitenciário com administração dos estados-membros estão em situação precária, com superlotação (em especial ao estado do Amazonas, com a lotação em quase cinco vezes a sua capacidade total), a deficiência estrutural de saúde, de condições de acessibilidade (mesmo que a legislação exija a adaptação das unidades e estabelecimentos públicos).

A maioria da população presa está na classificação negra, pobre, marginalizada (que tem relações estreitas com as heranças coloniais e o próprio racismo institucionalizado). Esses dados contribuem para pesquisa, pois os

[68] Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 44-51

estabelecimentos pesquisados, estão sobre a administração das Secretarias de Segurança Pública, ou seja, o poder público como um todo. A necessidade de uma parceria com o setor privado está evidente, para a racionalização da lotação e administração dos espaços. No capítulo seguinte faremos uma análise voltada para as condições penitenciárias do Distrito Federal.

3 O ANTEPROJETO DE LEI ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Neste terceiro capítulo será abordado o impacto do anteprojeto de Lei Anticrime proposto pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a qual prevê mudanças na progressão de regime no Código Penal[69], no Código de Processo Penal[70], na Lei de Crime Hediondos[71] e na Lei de Execuções Penais[72], nos dados levantados no capítulo anterior.

No primeiro será debatida e exposta as mudanças propostas para o anteprojeto de lei na execução da pena, com a tentativa de estabelecer por parâmetros legais expressos a execução provisória da pena das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e as pecuniárias.

No segundo tópico será demonstrado uma previsão de impacto das alterações do anteprojeto de Lei Anticrime nas estatísticas levantadas pelo Levantamento de

[69] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[70] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[71] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[72] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Informações de Penitenciárias (INFOPEN) especialmente no que se refere à presos provisórios e definitivos e a distribuição dos tipos penais apresentados.

No último tópico será apresentado o estado atual da tramitação do anteprojeto de lei e seu encaminhamento para o Congresso Nacional para dar início aos primeiros debates, inclusive a preparação para a avaliação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Ao final do capítulo estará exposto a probabilidade de impactos que o anteprojeto de Lei Anticrime poderá causar no sistema penitenciário brasileiro, especialmente nos estados em que a superlotação já ultrapassa os 300%, ocasionadas principalmente por conta da ausência de estudos de viabilidade das medidas.

3.1 A execução provisória da pena

No ano de 1991 o STF julgou o Habeas Corpus nº 68.726[73] em que se decidiu que a sentença condenatória mantida em segundo grau, ou seja, um órgão colegiado, já seria suficiente para iniciar o cumprimento da pena e que isso não viola o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal[74], que trata sobre o princípio da presunção de

[73] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 68.726/DF*. Ementa: Habeas Corpus. sentença condenatória mantida em segundo grau. mandado de prisão do paciente. invocação do art. 5, inciso LVII, da constituição. código de processo penal, art. 669. a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custodia preventiva, de sentença de pronuncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso LVII, da constituição. de acordo com o par. 2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instancias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. habeas corpus indeferido. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Néri da Silveira. DJ 20 nov. 1992, p. 21.612

[74] BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018

inocência, o princípio do devido processo legal da Lei de Execução Penal[75] também não é violado.

Essa interpretação decorreu de que os recursos extraordinário e especial, que são recursos dos tribunais superiores, o recurso extraordinário do Supremo Tribunal Federal e o recurso especial do Superior Tribunal de Justiça, possuem apenas o efeito devolutivo, não possuem o efeito suspensivo, que interrompe os efeitos da decisão, por isso já poderia ser cumprido a execução da pena, o STF continuou consagrando esse mesmo entendimento nos HC nº 71.723[76] e RHC nº 84.846[77], HC nº 91.675[78] e o RHC nº 85.024[79], mais os enunciados 716 e 717.

[75] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 71.723/SP*. Ementa: habeas corpus. Paciente condenado a três anos de reclusão, pelo crime do art. 213 do código penal. Pretendido cumprimento da pena em liberdade, por inexistência de casa do albergado ou estabelecimento da sentença, ou enquanto recorre da decisão. A jurisprudência do supremo tribunal federal e firme no sentido de que a inexistência de estabelecimento adequado ao regime aberto não autoriza a aplicação da prisão domiciliar. Prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Entendimento por igual assentado nesta corte de que os recursos extraordinário e especial, por não estarem revestidos de efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Habeas corpus indeferido. Paciente: Antônio Carlos Dias. Impetrante: Jose Paulo Lopes e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 14 de março de 2015. DJ 16 jun. 1995, p. 18.215

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 84.846/RS*. Ementa: penal. Processual penal. Habeas corpus. Prisão decorrente de condenação ainda pendente de recurso. CF, art. 5º, LVII. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido. Recorrente: Adão Andrade Porto. Relator: Carlos Velloso. Brasília, 19 de outubro de 2014. DJ. 05 nov. 2004, p. 38

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 91.675/PR*. Ementa: habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Condenação pelo crime de atentado violento ao pudor. Execução provisória da pena: possibilidade. Precedentes. Não-configuração de reformatio in pejus. Habeas corpus denegado. 1. A jurisprudência deste supremo tribunal federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo tribunal de justiça do paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não

Em 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 84.07880 em que decidiu por maioria de votos, ou seja, 7 a 4 que a execução provisória da pena é

tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Impetrante: Genilson Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 04 de setembro de 2007. DJ-e 157, 06/12/2007, publicação 07/12/2007

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 85.024.* Ementa: Execução Provisória. Condenação mantida no segundo grau de jurisdição. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido. Recorrente: Adenesil Miranda da Mota; Luiz Henrique Carvalho de Miranda. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 23 de novembro de 2005. DJ 10 dez. 2004, p. 53

[80] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 84.078/MG.* Ementa: habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. art. 1º, III, Da Constituição do Brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que

incompatível com o princípio da presunção de inocência, porque a presunção de inocência exigia o trânsito em julgado da condenação para iniciar a execução da pena e com base nisso usou a Lei de Execuções Penais[81] que dispõe que é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória, a própria Constituição Federal, o mesmo artigo que ele já havia interpretado anteriormente (art.5 LVII), foi interpretado novamente, o qual fala que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, atrelou ainda a lei nº 7.210/84[82] e o artigo 637 do Código de Processo Penal[83].

Por último, usou como base para justificar a incompatibilidade, a justificativa de que a execução provisória da pena por si causa uma restrição ao direito de defesa, uma vez que o réu já estaria preso mesmo não estando definitivamente condenado e que, não sendo o caso de prisão temporária, seria incabível a espécie de execução provisória, alegou também que seria incompatível com o texto constitucional

haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. DJ-e 135, 25/02/2010, publicação 26/02/2010

[81] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[82] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[83] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

utilizando como base os princípios constitucionais, esse mesmo entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esse entendimento vigorou até 2016 quando foi julgado um novo Habeas Corpus, o HC nº 126.292/SP[84], que decidiu o que o STF já havia decidido em 1991, que a sentença penal condenatória não viola o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, XLII, ou seja, novamente o supremo fez uma nova interpretação do mesmo inciso do art. 5º Constituição Federal[85].

Dessa vez foi decidido que a decisão de um órgão colegiado, isto é, um órgão de segunda instância, seja o tribunal de justiça dos estados ou dos tribunais regionais federais ou até mesmo do Superior Tribunal de Justiça se mantida a condenação quando for interpor o recurso especial ou recurso extraordinário (julgamentos originários), já poderia começar a execução provisória da pena porque ela não vai ferir a execução em si, na verdade consideram que o início da execução atende a necessidade de justiça, no sentido criminal.

Amaral, considera que a verificação dessa alteração do julgamento de Habeas corpus nº 126.292/SP[86] e das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº44[87]

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP.* Ementa: constitucional. habeas corpus. princípio constitucional da presunção de inocência (CF, ART. 5º, LVII). sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. DJ-e 07/02/2017, ata nº 5/2017, DJ-e nº 23

[85] BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018

[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP.* Ementa: constitucional. habeas corpus. princípio constitucional da presunção de inocência (CF, ART. 5º, LVII). sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação,

flexibilizam garantias, ou seja, interpretam de um modo mais punitivo, de forma que não viola a presunção de inocência, isso de acordo com o inciso LXII, art. 5º da Constituição Federal, mais a sistemática da CF/88[88].

O autor fala também sobre o movimento de proteção a esses direitos dos acusados e presos em geral, ou seja, essa decisão do supremo abre margem para uma condenação que pode não ser justa, em caso de um inocente ser condenado e ainda que ele vá recorrer no grau especial dos tribunais superiores, o acusado já estará cumprido pena durante todo esse período, isto é, quando expedir, eventualmente, um decisão absolutória, todo esse período de pena vai ser um constrangimento, porém não poderá ser indenizado, porque o Estado estará por si só protegido pela presunção de legalidade do ato, por que até aquele momento se presumia que o acusado era culpado e ao mesmo tempo presumia que era inocente já que não viola o princípio da presunção de inocência[89].

---

ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. DJ-e 07/02/2017, ata nº 5/2017, DJ-e nº 23

[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44* (julgamento conjunto). Ementa: medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. Art. 283 do código de processo penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau. Compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência. Alteração de entendimento do supremo tribunal federal no julgamento do hc 126.292. Efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários e especial. Regra especial associada à disposição geral do art. 283 do cpp que condiciona a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios ao trânsito em julgado. Irretroatividade da lei penal mais gravosa. Inaplicabilidade aos precedentes judiciais. Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Medida cautelar indeferida. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados dos Brasil (CFOAB). Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de outubro de 2016. DJ-e 07/03/2018, ata nº 23/2018, DJE 23/2018

[88] BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018

[89] AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set.-dez. 2017

Amaral argumentou, ainda, que o Supremo declarou que a presunção de inocência não deveria ser interpretada de uma forma ampla e sim da forma como atualmente é aplicada, ou seja, demonstrado a culpabilidade, autoria, materialidade do crime mais a confirmação pelo tribunal, além do conjunto probatório que apontam que o réu é autor da ação, a execução provisória é cabível[90].

A seguir será tratado das mudanças legislativas propostas pelo Anteprojeto de lei Anticrime do Ministério da justiça e Segurança Pública, em dispositivos do Código Processual Penal[91] do Código Penal[92] e da Lei de Execução Penal[93] acerca da execução provisória da pena.

No anteprojeto de lei anticrime disponibilizado pelo ministério da justiça e segurança pública há um capítulo especial sobre as medidas que asseguram a execução provisória da pena quando já houver uma decisão favorável em segunda instância, isto é, o órgão colegiado, para isso o projeto propõe mudanças no Código de Processo Penal[94], Código Penal[95] e na Lei de execução penal[96].

[90] AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set.-dez. 2017

[91] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[92] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[93] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[94] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

[95] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[96] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

No Código de Processo Penal[97] proposto a inserção do art.617-A[98] que discorre sobre a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, as restritivas de direito ou pecuniárias, ou seja, as penas de multa também já vão entrar na execução provisória, além de ser aberta a opção do tribunal deixar de executar a execução provisória se houver questão constitucional relevante, isto é, aquela mesma análise que se faz com os recursos extraordinários que falam se determinada questão vai se tornar um representativo de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça e/ou repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe ainda que caberá ao relator do tribunal atribuir essa comunicação ao juízo da execução, já que a execução da pena vai ser permitida pelo tribunal da segunda instância (julgamento do órgão colegiado) e iniciada pelo juiz singular da primeira instância de execução penal.

Segue a íntegra do artigo:

> Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. § 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação. §

[97] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP).* Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[98] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

> 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada[99].

Em relação a proposta de alteração do artigo 637 do Código de Processo Penal100, pelo anteprojeto de lei anticrime, que trata da parte recursal, especificamente dos tribunais superiores, os recursos extraordinários que para Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal Justiça, na primeira parte é proposto que não será atribuído o efeito suspensivo, ou seja, aquele que interrompe os efeitos da decisão proferida pelos tribunais.

A exceção se encontra na hipótese de o relator verificar duas situações: de que o recurso não tem propósito protelatório, ou que tenha uma questão de direito Federal ou constitucional relevante, ou seja, repercussão geral no caso do Supremo tribunal Federal ou a representativa de controvérsia no caso do Superior Tribunal de Justiça, provado isso o relator pode atribuir o efeito suspensivo, mas em regra não tem efeito suspensivo e por isso já seria permitido a execução provisória da pena.

No parágrafo segundo do artigo 637 da proposta de alteração do artigo do Código de Processo Penal101 pelo anteprojeto de lei anticrime, dispõe que o efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição

---

[99] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[100] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[101] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

separado, quer dizer que além de poder pedir o recurso especial, poderá também ser feito o pedido apartado em outra peça, e a decisão caberá naturalmente ao relator do recurso do tribunal superior, mandando cópia das suas razões e contrarrazões para que seja apresentado em tempo tempestivo o pedido do efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial.

Segue a redação da proposta de alteração do artigo:

> Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo. § 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; e II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.
>
> 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia[102].

[102] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

A proposta de alteração do artigo 638 do Código de Processo Penal[103] pelo anteprojeto de lei anticrime, confirma que o recurso especial e o recurso extraordinário serão processados na forma do Código de Processo Penal[104] e junto deles o regimento interno dos tribunais superiores, somado à própria lei especial que regula esses recursos.

> Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos[105].

Na proposta de alteração do artigo 283 do Código de Processo Penal[106] pelo anteprojeto de lei anticrime trata sobre as hipóteses de prisão, acrescenta a hipótese de prisão por execução da pena por decisão expedida por órgão colegiado, em tese os tribunais, pelo menos até segunda instância o recurso cabível pra sentença é a apelação e após isso só cabe os recursos especiais e até então o recurso cabível que o do juiz singular mais os recursos dos tribunais estaduais, ou federais eles podem revisar matéria de fato enquanto que os tribunais superiores só podem revisar matéria de direito, por isso que caberia execução provisória , por que o Supremo

[103] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[104] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[105] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[106] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça não estariam revisando os fatos, esses já estariam confirmados comprovado que o acusado tem uma alta probabilidade de ter cometido o fato criminoso.

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado[107].

A proposta de alteração na redação do artigo 133 do Código de Processo Penal[108] pelo anteprojeto de lei anticrime, regula a execução provisória da pena pecuniária, e de como ela irá ocorrer.

> Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público. § 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. § 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial. § 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária[109].

[107] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[108] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[109] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23

Agora trataremos sobre as mudanças no Código Penal[110].

O Código de Processo Penal[111] tem mais mudanças por se tratar dos procedimentos, de como será realizada a execução provisória das penas.

No Código Penal[112] as mudanças acontecerão em dois artigos e esses dois artigos são especificamente para a execução provisória da pena pecuniária:

> Art. 50 a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação, a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais[113].

Outra mudança será de que,

> a multa será executada perante o juiz de execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-lhes as normas da legislação relativa às dívidas ativa da Fazenda pública, inclusive

---

de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[110] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www. planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[111] BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[112] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[113] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

> no que concerne das causas interruptivas e suspensivas da prescrição[114].

___Ou seja, em caso de não pagamentos da multa após o cumprimento, o indivíduo passa a ser devedor da Fazenda Nacional que tem a prerrogativa de iniciar um procedimento judicial de cobrança desse valor, que será o valor da condenação da pena pecuniária de multa.

Segue íntegra do artigo:

> Art. 50. A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.
>
> Art. 51. A multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição[115].

---

[114] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave

[115] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

Trataremos agora das mudanças na Lei de Execução Penal: as mudanças ocorrerão em três artigos, que serão os artigos 105, 147 e 164[116].

Inicialmente vamos tratar das mudanças no artigo 105 da Lei de Execução Penal[117] que fala exclusivamente da pena privativa de liberdade, com a mudança proposta pelo anteprojeto anticrime, a partir do momento que for confirmado a condenação em segunda instância o juiz irá emitir uma guia de recolhimento onde se reúne todas as informações sobre o preso, o preso provisório terá o mesmo tratamento que o preso em definitivo.

> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução[118].

Artigo 147 da LEP[119] trata sobre as penas restritivas de direitos, o anteprojeto propõe a execução dessas penas a partir da condenação em segunda instância, as condições que forem estabelecidas na sentença condenatória já deverão ser cumpridas:

---

[116] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[117] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[118] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019 junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[119] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Segue integra do artigo:

> Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares[120].

As mudanças para o artigo 164 da Lei de Execuções Penais[121] pelo anteprojeto de lei anticrime, nesse artigo podemos perceber claramente a execução da pena pecuniária e como ela está interligada com as alterações do Código Penal[122] e com as alterações no Código de Processo Penal[123]. Segue a integra da mudança:

> Art. 164. Extraída certidão da condenação em segunda instância ou com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora[124].

[120] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[121] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[122] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[123] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[124] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10

Trataremos agora das mudanças desse endurecimento do cumprimento das penas do tópico V do anteprojeto de lei anticrime referente a lei dos crimes hediondos, a lei 8.072/90[125].

A primeira alteração vem na inserção no artigo 2º da Lei de crimes hediondos[126] na inserção dos parágrafos 5º, 6º e 7º, no parágrafo 5º inserido pelo anteprojeto de lei anticrime ele cria mais uma hipótese de progressão de regime em 3/5 que é quando houver o resultado morte, atualmente temos duas hipóteses de progressão de regime 2/5 da pena quando o criminoso praticou crime hediondo é primário e não reincidente ou a progressão em 3/5 quando ele for reincidente.

> 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima[127].

---

de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf.

[125] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[126] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[127] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

No parágrafo 6º inserido pelo anteprojeto anticrime no artigo 2º da lei de crimes hediondos[128] trata sobre uma avaliação subjetiva que será feita pelo juízo, os mesmos parâmetros que são usados na dosimetria da pena serão utilizados aqui para avaliar as condições pessoais, uma análise totalmente subjetiva feita pelo juízo para presumir que ele não vai delinquir, a lei não fala como essa avaliação ser a feita, nesse caso teria talvez a possibilidade do juízo utilizar a súmula vinculante 26[129] como parâmetro para a realização dessa avaliação.

> Art.2º [...]
>
> 6º A progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir [130].

O parágrafo 7º também inserido pelo anteprojeto anticrime no Artigo 2 da lei de crimes hediondos[131], trata sobre crimes hediondos específicos, onde endurece o

---

[128] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[129] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Súmula Vinculante nº 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula =1271. Acesso em: 06 maio 2019

[130] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[131] BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

encarceramento do preso haverá então uma maior restrição de liberdade nos crimes hediondos de tortura e de terrorismo.

> 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo: I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta; e II - durante o cumprimento do regime semi-aberto, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.[132]

Trataremos agora das medidas para endurecer o crescimento das penas que é o tópico V do anteprojeto de lei anticrime, o projeto traz uma alteração no art.33 Código Penal[133] onde foram acrescentados mais três parágrafos, sendo eles os parágrafos 5º, 6º e 7º.

---

132 BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

133 BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

Nesses três parágrafos o anteprojeto propõe a hipótese para o regime inicial fechado, o artigo 33 Código Penal[134] estabelece os regimes iniciais de cumprimento de pena, no parágrafo 5º então estamos falando sobre três hipóteses, que são: criminal criminoso habitual, o reiterado ou o criminoso profissional, em todos esses casos terão o regime inicial fechado, o parágrafo 6 rege exclusivamente sobre os crimes dos artigos 312 caput e parágrafo 1º; art. 317 caput e parágrafo 1º e do caput do art. 333 e parágrafo único, todos do Código Penal[135], o regime inicial mesmo que a pena seja passível atualmente de uma pena de regime inicial aberto ou semiaberto, independentemente disso ela vai ser de regime inicial fechado, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias do art. 59 (culpabilidade, personalidade do agente, culpabilidade da vítima etc.), então se forem favoráveis todas essas condutas do art. 59, o regime inicial fechado poderá ser diverso do regime inicial aberto.

Segue a integra do artigo:

> Art.33 [...]
>
> 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

[134] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http:// www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[135] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http:// www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

> 6º No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.
>
> 7º No caso de condenados pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do § 3º, inciso I, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis[136].

Em relação ao artigo 59 Código Penal[137], a lei insere o parágrafo único que estabelece que não retira a possibilidade da progressão, mas no caso dos crimes hediondos essa progressão tem o tempo maior, a regra geral vigente é de 1/6 para progressão de regime para crimes comuns, e de 3/5 nos casos de crimes hediondos, antes da progressão de 1/6 o juiz poderá fixar um tempo mínimo de cumprimento de regime inicial fechado, antes Não era possível já que havia a possibilidade de já iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou no semiaberto, com essas mudanças aumentam as possibilidades para o cumprimento da pena em regime fechado.

> Art.59 [...]
>
> Parágrafo único. O juiz poderá, com observância dos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento

[136] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[137] BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www. planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

> da pena no regime inicial fechado ou semi-aberto antes da possibilidade de progressão[138].

Os principais impactos do anteprojeto de lei anticrime serão especialmente em relação aos presos provisórios e definitivos e a distribuição dos tipos penais, como a possibilidade da execução das penas quando já houver decisão favorável em segunda instância, e o endurecimento do cumprimento das penas em relação aos crimes hediondos, se cria mais hipóteses de progressão de regime.

3.2 Impacto das mudanças nas estatísticas do perfil carcerário

O Estado deve prestar assistência material, saúde, jurídica educacional, social e religiosa (art. 12 ao 25 da LEP[139]), vale ressaltar que isso vale tanto para os presos quanto para os apenados, se o estado for cumprir o que está propondo, isso já causa um grande impacto econômico, e vai precisar da extensão do sistema penitenciário para conseguir comportar todos os requisitos da lei penal, do contrário só vai causar uma agravação do resultado do anteprojeto anticrime que é manter o réu preso por mais tempo, isso acontecendo teremos então uma quantidade maior de preso e o gasto de ressocialização será ainda maior, visto que a ressocialização não é exclusividade do preso, mais também da sua família.

[138] BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 06 maio 2019

[139] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

No campo do estabelecimento prisional, define parâmetros mínimos de infraestrutura e a divisão do cumprimento no espaço físico dos presos de acordo com o regime definido por sentença ou por progressividade de regime de execução, incidentes e procedimento judicial. Ainda estabelece a forma das atividades jurisdicionais e administrativas, conforme sua pertinência.

O parâmetro mínimo de infraestrutura atual já não comporta toda a população carcerária e isso tende a se agravar com o aumento dessa população carcerária, na pratica não ocorre a divisão física dos detentos, não tem a infraestrutura suficiente e não temos uma divisão muito certa. Somados à isso, ainda não há o cumprimento ro rol de direitos e garantias do art. 84 da Lei de Execução Penal, segue abaixo:

> Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.
>
> 1 Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:
>
> I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
>
> II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.
>
> 2° O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.
>
> 3 Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:
>
> I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

> - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III."[140].

Ocorre uma violação da assistência material, assistência a saúde e da assistência de ressocialização social do preso (56% dos homens e 55% das mulheres) se continuarmos aumentando a população carcerária sem que haja necessariamente uma melhora da infraestrutura estaremos condenando esses números a se tornarem ainda maiores.

Um estudo realizado por Manayo e Ribeiro[141] apontam dados do estado do Rio de Janeiro, que demonstram que o quadro de saúde dos detentos do estado está ligado à violência. Relatam que o preso, apesar da situação de violência anterior ao cárcere, não muda dentro dos estabelecimentos. Segundo o estudo, 56,6% dos homens e 55,4% das mulheres relataram temor quanto à sua integridade física e moral, já que são ameaçados e agredidos e temem serem feridos e/ou mortos.

Segundo o INFOPEN, do total de presos, 689.510 presos estão sob a custódia de unidades administradas pelas Secretarias Estaduais e Administração Prisional e Justiça e 36.765 estão custodiados em delegacias ou outros espaços de custódia com administração das Secretarias de Segurança Públicas. Ou seja, mais da metade dos presos estão sob a custódia direta dos estados-membros. E desse total, 437 estão

[140] BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

[141] MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v. 21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018

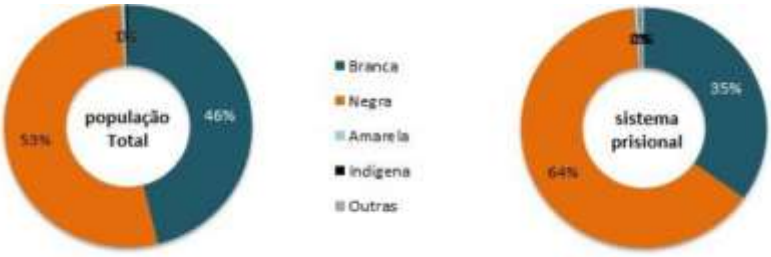
sob custódia das unidades do Sistema Penitenciário Federal, administrados pelo Departamento Penitenciário Federal, que por sua vez estão sob custódia da União.[142] Não tem nenhuma informação sobre estudo prévio, sobre como isso vai alterar ou impactar diretamente na capacidade que os Estados têm algumas unidades como a do Ceara, Amazonas, Pernambuco, Alagoas, já estão quatro vezes mais cheios do que a capacidade permitida para essas unidades, isso poderá agravar ainda mais uma situação que em si já é muito grave.

Vale lembrar sobre a tragédia que ocorreu no complexo penitenciário de pedrinhas, ocasionada principalmente pela superlotação da unidade, se aprovadas as mudanças sem antes realizar um estudo de viabilidade de impacto, estaremos criando então uma situação favorável para que esse tipo de tragédia ocorra novamente e com mais frequência, a maioria dos Estados não tem dinheiro para investir em um novo sistema carcerário que deverá comportar mais gente.

A atual população carcerária brasileira é composta por maioria negra que representa 64% dessa população carcerária, essas mudanças poderão acarretar um agravo nos problemas sociais, e pode acabar causando um efeito indesejado da lei, que é agravar essa situação de descriminação da população negra que já são por si alvo das segregações sociais, da violência policial, e se formos considerar outros pontos da lei que permite que p agente de Polícia se beneficie da legítima defesa, podemos acabar criando um efeito indesejável de que essa população negra morram nos ambientes violentos ou que essa população negra e pobre aumente por serem

[142] Vide o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – jun. 2016. Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 08

elas as mais afetadas nessa alteração da progressão de regime do endurecimento das penas. Segue abaixo o gráfico da distribuição étnica:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2016; PNAD, 2015.

Mais uma pauta social que deve ser apontada que também decorre da falta de estudo de inviabilidade é a acessibilidade dentro do sistema prisional, o nosso sistema prisional tem sim unidade que comportam essa reintegração e ressocialização para pessoas com deficiências, mas ainda assim é um número muito diminuto, ainda não adequado e nem suficiente, mais um problema social ocasionado pela falta de estudo de viabilidade.

Ainda sobre a falta de estudo de viabilidade, deve ser observado os crimes em si e quais crimes serão alterados com a lei, vamos analisar o perfil do tráfico entre homens e mulheres, o perfil do tráfico principalmente o de mulheres é muito grande como foi apontado no capítulo, então com essa nova lei essas pessoas levaram mais tempo para alcançar a progressão de regime tendo em vista as mudanças na lei de

crimes hediondos, as alterações na Lei de Crimes Hediondos[143] tem o objetivo mais de restringir a mais o preso por crime hediondo.

O tráfico corresponde para homens 23% do total da população carcerária enquanto que para mulheres esse número é maior, corresponde a 62% da população carcerária, ou seja, 60% dessas mulheres que já estão encarceradas ficarão mais tempo presas, vale lembrar que o objetivo do sistema brasileiro não é manter o preso por ficar preso.

Contudo, o objetivo final é a ressocialização, o que não vai ocorrer mantendo essas pessoas presas por mais tempo, levando em consideração a realidade atual do nosso sistema, onde em alguns presídios não conseguem fornecer nem o básico, como poderia ficar com o aumento dessa população carcerária, isso tudo decorre da falta de estudo de viabilidade, e não apenas de uma viabilidade econômica mais também de uma viabilidade de estrutura, e principalmente de uma viabilidade social. Atualmente as condições do sistema penitenciário já são desfavoráveis e fazem com que periodicamente fiquemos diante de notícias sobre rebeliões dentro dospresídios por conta da superlotação.

O anteprojeto, indiretamente, vai reforçar e agravar a realidade de presos definitivos e presos provisórios, que convivem no mesmo ambiente, aumentando a população carcerária e esse aumento por si só se não for acompanhado de outras normas que mudem a estrutura completa do sistema penitenciário, elas estão fadadas a criarem condições diárias de rebeliões, vão agravar o perfil social, o perfil da ressocialização.

---

143 BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019

O objetivo da lei e tornar o cumprimento mais duro, mas isso não pode acontecer da forma que ele está organizado hoje, se isso acontecer a resposta do sistema será pior ainda.

3.3 Tramitação do anteprojeto

Atualmente a tramitação do anteprojeto do Sérgio Moro foi apresentado ao Congresso Nacional, mas ainda não foi protocolado, mas pode-se prever que o anteprojeto de lei de anticrime passará por no mínimo quatro comissões, tanto na Câmara quanto no Senado, assim quando chegar na votação os deputados poderão fazer as emendas que acharem pertinentes, por mais que o Ministro da Justiça e Segurança Pública declare que os pontos a serem analisado não sofram maiores distorções da concepção original.

O presente trabalho foi feito sobre o anteprojeto original da lei anticrime e não o projeto na forma que ainda será construído, portanto, a análise está restrita às propostas de alterações presente do anteprojeto. Eventual mudança no texto nas casas legislativas poderá desencadear novas discussões, uma vez que o anteprojeto, com as propostas atuais já se mostra inviável e temerário.

O escopo da presente pesquisa é falar sobre a execução provisória da pena e sobre a progressão de regime e como somente esses dois aspectos impactam na execução penal e no sistema prisional em si.

Os demais pontos não fazem parte do escopo do trabalho apesar de que elas merecem sim uma atenção especial visto que elas também impactam no sistema prisional e na execução da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo do sistema prisional é aplicar uma punição adequada, objetivando a ressocialização do condenado ao convívio social, as instituições criminais devem atender os comandos da sentença condenatória e o acesso aos meios reintegradores e de ressocialização devendo observar então uma forma de oferecer assistência material, de saúde, jurídica e educacional em tese tudo muito "perfeito" o sistema penitenciário brasileiro está em colapso e muito se deve às condições dos estabelecimentos prisionais as condições sociais dos condenados na demora do trâmite dos processos investigatórios e processamento criminal.

As principais razões para essa situação caótica do sistema carcerário é a superlotação, a mistura dos presos provisórios com condenados definitivos.

No Brasil são cerca de 800 mil pessoas encarceradas e as unidades carcerárias tem funcionado em sua grande maioria com o dobro da capacidade de lotação de detentos e com defasagem de pessoal (agentes).

O anteprojeto de lei anticrime proponha medidas que a população pede e acha ser a solução para a diminuição da criminalidade, porém não é o que realmente precisamos, o que precisa de fato são medidas voltadas para a prevenção da violência, o fortalecimento da Segurança Pública, das polícias, prevenção dos homicídios.

As medidas adotadas irão impactar diretamente no sistema penitenciário brasileiro que já é superlotado, desigual com uma população muito específica respondendo por crimes ligados ao patrimônio e ao tráfico de drogas, o anteprojeto e voltado somente para endurecimento das penas na tentativa de resolver os crimes por meio de ordenamento penal, o resultado tem sido exatamente o que já foi exposto no capítulo 2 e parágrafos anteriores a superlotação de presídios, custos

imensos, um fornecimento de mão-de-obra gratuita para o crime organizado, o anteprojeto foi feito sem o estudo de impacto que vai ter para o sistema penitenciário que sem dúvida será um impacto muito importante, é preciso responsabilizar sim mas de forma proporcional e eficiente.

Há uma máxima no direito que diz que mais eficiente para combater o crime não é o tamanho da pena e sim a certeza da pena, quando falamos em certeza da pena estamos falando sobre qualidade da investigação policial, que no Brasil está muito abaixo do necessário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set.-dez. 2017.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 68.726/DF*. Ementa: Habeas Corpus. sentença condenatória mantida em segundo grau. mandado de prisão do paciente. invocação do art. 5, inciso LVII, da constituição. código de processo penal, art. 669. a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custodia preventiva, de sentença de pronuncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso LVII, da constituição. de acordo com o par. 2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instancias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. habeas corpus indeferido. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Néri da Silveira. DJ 20 nov. 1992, p. 21.612.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 71.723/SP*. Ementa: habeas corpus. Paciente condenado a três anos de reclusão, pelo crime do art. 213 do código penal. Pretendido cumprimento da pena em liberdade, por inexistência de casa do albergado ou estabelecimento da sentença, ou enquanto recorre da decisão. A jurisprudência do supremo tribunal federal e firme no sentido de que a inexistência de estabelecimento adequado ao regime aberto não autoriza a aplicação da prisão domiciliar. Prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Entendimento por igual assentado nesta corte de que os recursos extraordinário e especial, por não estarem revestidos de efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Habeas corpus indeferido. Paciente: Antônio Carlos Dias. Impetrante: Jose Paulo Lopes e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 14 de março de 2015. DJ 16 jun. 1995, p. 18.215.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 84.846/RS*. Ementa: penal. Processual penal. Habeas corpus. Prisão decorrente de condenação ainda pendente de recurso. CF, art. 5º, LVII. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória

da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido. Recorrente: Adão Andrade Porto. Relator: Carlos Velloso. Brasília, 19 de outubro de 2014. DJ. 05 nov. 2004, p. 38.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 91.675/PR*. Ementa: habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Condenação pelo crime de atentado violento ao pudor. Execução provisória da pena: possibilidade. Precedentes. Não-configuração de reformatio in pejus. Habeas corpus denegado. 1. A jurisprudência deste supremo tribunal federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo tribunal de justiça do paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Impetrante: Genilson Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 04 de setembro de 2007. DJ-e 157, 06/12/2007, publicação 07/12/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 85.024/RJ*. Ementa: Execução Provisória. Condenação mantida no segundo grau de jurisdição. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido. Recorrente: Adenesil Miranda da Mota; Luiz Henrique Carvalho de Miranda. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 23 de novembro de 2005. DJ 10 dez. 2004, p. 53.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 84.078/MG*. Ementa: habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. art. 1º, III, Da Constituição do Brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos

veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a



ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. DJ-e 135, 25/02/2010, publicação 26/02/2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponívelem: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto- Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus (HC) nº 126.292/SP*. Ementa: constitucional. habeas corpus. princípio constitucional da presunção de inocência (CF, ART. 5º, LVII). sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. execução provisória. possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. DJ-e 07/02/2017, ata nº 5/2017, DJ-e nº 23.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44* (julgamento conjunto). Ementa: medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. Art. 283 do código de processo penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau. Compatibilidade com o princípio constitucional da presunção de inocência. Alteração de entendimento do supremo tribunal federal no julgamento do hc 126.292. Efeito meramente devolutivo dos recursos extraordinários e especial. Regra especial associada à disposição geral do art. 283 do cpp que condiciona a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios ao trânsito em julgado. Irretroatividade da lei penal mais gravosa. Inaplicabilidade aos precedentes judiciais. Constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal. Medida cautelar

indeferida. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados dos Brasil (CFOAB). Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de outubro de 2016. DJ-e 07/03/2018, ata nº 23/2018, DJE 23/2018.

BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Súmula Vinculante nº 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia /menuSumario.asp?sumula =1271.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www. planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Anteprojeto de Lei Anticrime 2019 (MJSP)*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em:https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf. Acesso em: 07 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determinaoutrasprovidências.Disponívelem:http://www.

planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponívelem:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.* Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ cCivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 22 abr. 2019.

FERREIRA, Regina Cirino. Caso Tiradentes e repressão penal. *Revista Liberdade*, São Paulo, v. 1, p.79-89, maio/ago. 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito Penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online], v.

21, n. 7, p. 235-236, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016. Acesso em: 17 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas Brasil. ONU: Impunidade por tortura nas prisões é regra no Brasil. 2017. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoes-e-regra-no-brasil/. Acesse em: 24 ago. 2018.

PACI, Maria Fernanda. Sistema Prisional Brasileiro. *ETIC - Encontro de Iniciação Científica*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 1-16, 2013.

REBELIÃO de presos no Maranhão termina com 18 mortes. Publicação online,

2010. Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/11/rebeliao-de-presos-no-maranhao-termina-com-18-mortes.html. Acesso em: 19 dou. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005.

SANTOS, Barbara Ferreira. ONU: Impunidade por torturas nas prisões é regra no Brasil. São Paulo. 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/ onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoes-e-regra-no-brasil/. Acesso em: 25 abr. 2019.

SISTEMA Penitenciário do Brasil é caótico, aponta levantamento do MP. 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/sistema-penitenciario-do-brasil-e-caotico-aponta-levantamento-do-mp.html. Acesso em: 27 ago. 2018.

VERDÉLIO, Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. Agencia Brasil – EBC, Brasília, 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/ geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas. Acesso em: 19 out. 2018.

.

IMPACTOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA CARCERÁRIO DO DISTRITO FEDERAL

Matheus Carneiro Braz Aguiar

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico, de cunho sócio-jurídico[1], apresentará os alicerces conceituais da audiência de custódia e seu respectivo embasamento jurídico normativo, demonstrando quais as fontes jurídicas que fundamentam e dão suporte ao procedimento da audiência de custódia.

Igualmente, demonstrará especificamente como funciona tal procedimento de natureza judicial e quais são os objetivos preponderantes almejados com a implementação da audiência de custódia no nosso processo penal brasileiro.

Posteriormente por meio dos dados obtidos via site do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do período inicial até dezembro de 2018, com a realização do procedimento da audiência de custódia, buscar-se-á verificar a aplicação prática da audiência de custódia quanto ao seu objetivo de reduzir a população prisional por meio da imediata apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial para que esta decida a respeito da manutenção ou não da prisão cautelar. Isto é, estudar-se-ão os resultados obtidos

[1]ESTRELA, Carlos. *Metodologia Científica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788536702742&biblio=minhaBiblioteca. Acesso em: 19 ago. 2018.

com a realização do procedimento da audiência de custódia, em tempos de maior rigidez e recrudescimento penal.

Além disso, este estudo almejará revelar as crises de natureza legal, cultural, social, institucional e estrutural que acabam por impactar direta ou indiretamente nos resultados obtidos com o procedimento da audiência de custódia em reduzir a população carcerária no âmbito do Distrito Federal e com isso, proporá soluções para as falhas encontradas na nossa legislação, na estrutura judiciária e penitenciária, nas nossas instituições estatais e na nossa sociedade.

O tema se mostra polêmico e controvertido na seara jurídica, porquanto o projeto de implantação da audiência de custódia foi encabeçado pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski[2], que assegurou que a realização da audiência em todo o Brasil permitiria numa análise mais criteriosa da prisão em flagrante e consequentemente faria com que o magistrado decretasse a prisão preventiva somente em casos excepcionais, o que, por sua vez, culminaria na redução da população carcerária em todo o país.

Entretanto, conforme dados apresentados pelo CNJ e pelo TJDFT por meio do NAC (Núcleo de Audiência de Custódia) e que serão discutidos posteriormente, os resultados obtidos não correspondem ao que se almejava alcançar, porquanto ainda mais da metade das audiências de custódia realizadas culminam na decretação da prisão preventiva em desfavor do preso em flagrante. Como aponta o estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa[3], o resultado das audiências

[2]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ investe nas audiências de custódia para reduzir população carcerária*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79715-cnj-investe-nas-audiencias-de-custodia-para-reduzir-populacao-carceraria. Acesso em: 07 abr. 2017.

[3]LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. *Instituto de Defesa do Direito da Defesa*. São

de custódia traz um expressivo número de decretações de prisão preventivas, e ainda no caso de concessão de liberdade provisória, essa vem acompanhada de um uso demasiado de medidas cautelares alternativas.

Mediante estes dados, buscará analisá-los sob óticas quantitativa e qualitativa, e utilizar-se-á um método dedutivo de entendimento por meio de uma pesquisa aplicada e explicativa das causas que impactam diretamente no resultado obtido com o procedimento da audiência[4].

Este panorama nos indaga se isoladamente um instituto jurídico, como é o caso da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça[5], possui a capacidade de alterar o cenário precário do sistema prisional, haja vista que o direito penal não transformou substancialmente sua estrutura normativa nem sua racionalidade, ao passo que os movimentos sociais têm se mobilizado para transformar, ainda que indiretamente, para modificar tal estrutura[6].

Além disso, investigar-se-á a relação entre que vai da proposta política na expedição da resolução pelo CNJ com o resultado prático alcançado, a qual não se

Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

[4]LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788597011845&biblio=minhaBiblioteca Acesso em: 19 ago. 2018.

[5] BRASIL, *Resolução nº 213, de 15 de Dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 02 mar. 2018.

[6]PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. mar. 2004. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/335501547/A-Racionalidade-Penal-Moderna-Alvaro-Pires-2> Acesso em: 12 mar. 2019.

poder ser analisada na esfera criminal sem a discussão sobre eficiência e efetividade, e correspondência entre meios e fins[7].

Em face da complexidade e o alcance dos problemas apontados por este ensaio, não será possível explorá-los totalmente, até porque este trabalho não almeja apresentar uma análise acabada, mas de produzir uma reflexão a respeito de como este procedimento está sendo utilizado e de o que se fazer para torná-lo mais eficiente e eficaz.

Para elucidar as dúvidas e as controvérsias existentes, far-se-á uma análise da doutrina, buscando o entendimento abordado pelos autores de maior reconhecimento por meio de uma análise bibliográfica de livros, artigos científicos, resumos, entrevistas, aulas. Buscar-se-á também realizar uma análise jurisprudencial e normativa sobre o tema, buscando compreender como a jurisprudência brasileira reagiu com a implementação do procedimento.

2 ABORDAGENS INTRODUTÓRIAS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Conceito de audiência de custódia

A audiência de custódia aporta no ordenamento jurídico brasileiro com a internalização, em 1992, de dois tratados internacionais que previam sua realização, quais sejam a Convenção Americana dos Direitos Humanos e Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.

[7]SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da política criminal. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 7, n. 1, p. 289-290, 2017.

Conforme o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos[8]:

> "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. "

E conforme o artigo 7º, item 5 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica[9]:

> "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. "

De acordo com Caio Paiva[10], a audiência de custódia pode ser entendida como:

> "A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da

[8] BRASIL. *Decreto nº592, de 6 de julho de 1992*.Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

[9] BRASIL. *Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 10 mar. 2018.

[10] PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito.2015. p. 31.

> legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado. "

Para Guilherme Nucci[11], a audiência de custódia é:

> "Audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder a liberdade provisória). "

Finalmente, consoante o site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[12], a audiência de custódia:

> "[...] trata-se da apresentação do autuado preso em flagrante delito perante um juiz, permitindo-lhes o contato pessoal, de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão. Decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil."

Em síntese, a audiência de custódia corresponde a uma audiência de apresentação do preso em flagrante a uma autoridade judicial, no prazo de 24 horas a contar da data da lavratura do auto de prisão em flagrante, com a presença de um defensor (público ou particular) e de um promotor de justiça, em que se decidirá especificamente se será necessária ou não a continuidade da prisão com a consequente conversão ou da prisão em flagrante em preventiva.

2.2 Surgimento da audiência de custódia no Direito Brasileiro

[11]NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal* 15.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1118.

[12]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perguntas Frequentes*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes> Acesso em: 12 out. 2016.

A audiência de custódia surge no ordenamento jurídico brasileiro a partir da internalização da Convenção Americana dos Direitos Humanos e Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos em 1992 por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 e do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, respectivamente. Ambos trazem em seu corpo a expressa previsão da apresentação do preso em flagrante sem demora a uma autoridade judicial, a qual decidirá a respeito da necessidade da continuidade da prisão com a imposição da prisão preventiva ou da aplicação de outra medida cautelar mais branda. Porém tal internalização não teve aplicabilidade imediata.

Somente em 2015, algumas unidades federativas começaram a realizar o procedimento da audiência de custódia, mas ainda de forma muito incipiente. O Estado de São Paulo, desde fevereiro de 2015, realizava as audiências tendo por base o Provimento Conjunto nº 03/2015[13] da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em um projeto-piloto. Este provimento foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, em que se dispôs na inicial que deveria ser declarado inconstitucional, haja vista a ausência de previsão legal regulando o tema e que a competência para legislar sobre matéria processual penal cabia à União. Entretanto, o pleno do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, declarando que o instituto é plenamente constitucional, pois já havia norma regulando a matéria, sendo, portanto, uma garantia ao indivíduo preso em flagrante contra eventuais abusos e arbitrariedades.

Posteriormente, em virtude da demora do legislativo em regular a matéria, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) ajuizou a Ação de Descumprimento de

[13] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento conjunto nº 3/2015. Disponível em:<http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>.

Preceito Fundamental nº 347, partindo de representação formulada pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, requerendo o reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" e a realização imediata das audiências de custódias em todo o país. Entende-se como "Estado de Coisas Inconstitucional"[14], expressão originalmente utilizadas pela Corte Constitucional Colombiana para caracterizar um litígio estrutural sobre violação massiva de direitos fundamentais somada à omissão deliberada do Poder Pública. Esta expressão foi utilizada para explicar a atual situação carcerária nacional.

A superlotação carcerária, a ausência de políticas públicas para fornecer condições mínimas para a pessoa presa, o total descumprimento da Lei de Execuções Penal não revelam um inconstitucionalidade da norma em si, mas sim uma inconstitucionalidade da situação de não aplicação correta das normas[15].

Posto isto, em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido liminar constante na ADPF nº 347, reconhecendo o "Estado de Coisas Inconstitucional" no sistema prisional nacional e determinando o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional para realização de políticas públicas penitenciárias, e por fim, ainda na decisão, instituiu as audiências de

[14]LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. Março, 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade >. Acesso em: 09 mar. 2019.

[15]FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolfi. **As audiências de custódia no Brasil:** uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n.1, p.531-551, abr. 2018.

custódia em todo o Brasil, devendo os Tribunais de todo o país a se organizarem e implantarem brevemente, como determinado no acórdão[16].

Após o julgamento da cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental, o Conselho Nacional de Justiça em 15 de dezembro de 2015 expediu a Resolução nº 213, a qual instituiu o procedimento da audiência de custódia. Esta resolução criou também o SISTAC – Sistema de Audiência de Custódia -, que é um banco de dados com informações produzidas pelas audiências de custódia em todo o país.

Determinou-se, então, que enquanto não sobrevier lei federal regulamentando o procedimento da audiência de custódia, os Tribunais de Justiça dos estados e do distrito federal, bem como os Tribunais Regionais Federais utilizarão a Resolução do CNJ para orientação para o protocolo do procedimento.

Esta resolução tornou obrigatória a realização da audiência em todo Brasil após o prazo de 90 dias a contar da sua entrada em vigor como se observa no seu artigo 15[17]:

> "Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.; Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de

[16] FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolfi. **As audiências de custódia no Brasil:** uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n.1, p.531-551, abr. 2018.

[17] BRASIL, *Resolução nº 213, de 15 de Dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 02 mar. 2018.

> conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução. "

Em face dessa determinação, os estados foram aos poucos implementando o procedimento, organizando-se para cumpri-la no prazo estipulado. Por fim, o Distrito Federal foi a última unidade federativa a promover a implementação da audiência de custódia, o fazendo em 14 outubro de 2015 e sendo a única unidade da federação a incorporar o procedimento a todos os presos em flagrante[18].

2.3 Embasamento Jurídico Normativo para a implementação da audiência de custódia

Conforme Marcelo Varella[19], o Brasil enquadra-se no sistema dualista moderado, ou seja, as normas internacionais só tem vigência no país a partir da internacionalização por um ato de autoridade interna, visto que o ordenamento interno e o internacional não se confundem. A audiência de custódia foi instituída no direito interno brasileiro por meio de dois tratados internacionais em 1992. A partir desta internalização, tais normas internacionais passam a ter vigência no plano interno, devendo ter sidos cumpridas desde o ano de 1992.

Como já corroborou o Supremo Tribunal Federal no HC 96.967/MS[20] e no RE 349.703/RS[21], e em inúmeras outras decisões, as normas internacionais que

---

[18]**DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.** *Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015*. **Brasília, 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>. Acesso em: 7 abr. 2017.**

[19]VARELLA, Marcelo. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 82.

[20]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa (HC 95.967/MS) DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in) admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período

versam sobre direitos humanos e que tenham sido internacionalizadas por procedimento ordinário têm status infraconstitucional, mas supralegal, ou seja, estão acima da legislação ordinária, tornando, deste modo, inaplicável a legislação infraconstitucional com elas conflitantes, anterior ou posterior à ratificação. E são incorporados em nível nacional. Importante destacar que estes tratados

posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art.5º,§ 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.4. Habeas corpus concedido. *HC 95.967/MS.* Plenário. Paciente: Eliton de Souza. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em: www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwikoMSI9ufeAhUGGJAKHaDbCKgQFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D565687&usg=AOvVaw2ABKs6KM7n_ZatkYQ7qJyr Acesso em 22 nov 2018.

[21]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa (RE 349.703/RS) PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5O DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. *POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.* Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002). *RE 349.703/RS*. Plenário. Relatoria: Min. Carlos Britto. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI Acesso em 22 nov. 2018.

internacionais citados acima versam sobre direitos humanos, e por esta razão, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, possuem natureza supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação ordinária, afastando, portanto, a incidência de normas legais com eles conflitantes. Além disso, estes tratados são de aplicabilidade direta, imediata e integral, pois abordam, em seu texto, direitos e garantias individuais de formas a resguardar os interesses dos cidadãos[22].

Destarte, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção Americana dos Direitos Humanos, por tratarem sobre direitos humanos e terem sido internacionalizado no nosso ordenamento jurídico por procedimento comum, ou seja, diferente do procedimento de Emenda Constitucional, eles afastam a incidência das normas ordinárias conflitantes, devendo ser compatíveis somente com a Constituição e com o Bloco de Constitucionalidade.

Neste sentido, então, todo indivíduo preso em flagrante deverá ser encaminhado brevemente à autoridade judicial competente em que este decidirá sobre a manutenção ou não da prisão, avaliará a legalidade da prisão em flagrante e coibirá tortura e maus-tratos por parte das autoridades policiais.

A verdade é que o Brasil se encontra atrasado em relação a este tema, tendo em vista que desde 1953, já se previa a audiência na Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu artigo 5°, em termos:

> "Direito à liberdade e à segurança 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou

[22]VARELLA, Marcelo. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 89.

> posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal."[23]

Do mesmo modo, artigo 11 da Convenção Interamericana sobre desaparecimentos forçados, internalizada em 2016 pelo Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016, reafirma o embasamento jurídico e normativo da audiência de custódia em nosso ordenamento, como se observa: "Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente."[24] Neste enfoque, por ser uma norma de status supralegal em nosso ordenamento jurídico, a Convenção acaba por coagir o legislador a cumprir seus termos e a regulamentá-la em nosso ordenamento jurídico, atendendo suas imposições para ter eficácia total em nosso ordenamento jurídico[25].

Analisando-se perante a Constituição Federal e perante a legislação ordinária, a implementação da audiência de custódia encontra-se totalmente compatível com

[23]UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950. Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, [...] Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal, 6 7 Convencionaram o seguinte. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 24 ago. 2018.

[24]BRASIL. *Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016*. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007.Brasília, 2016. Disponível em: Acesso em: 21 ago. 2018.

[25]ESSE, Luis Gustavo. RODRIGUES, Daniel Gustavo. *A Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas e a obrigatoriedade do estado brasileiro de legislar*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12555> Acesso em: 09 mar. 2019.

nosso arcabouço jurídico, porquanto se encontra de acordo com o artigo 5º, incisos XXXV, XLIX, LXII, LXIII, LXV, LXVI e com os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, devido processo legal, defesa técnica por advogado, legalidade, duração razoável do processo, liberdade, e entre outros, pois brevemente após a prisão em flagrante o juiz observará, na audiência, com a presença de um defensor, as eventuais ilegalidades praticadas em desfavor dos presos a fim de manter a sua integridade física e moral, e caso entenda que a prisão é ilegal, o magistrado poderá relaxá-la.

Esta compatibilidade foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 5240/SP[26] ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL em que se alegava a inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03 do TJSP, o qual implementou num projeto-piloto a audiência de custódia no estado de São Paulo. Nesta ação, o tribunal entendeu, por maioria, ser a audiência de custódia compatível com a Constituição e também com a legislação penal ordinária, como se observa no voto do Ministro Celso de Mello:

> "Os elementos adicionais, agora bem explicitados pelo eminente Relator, permitem-me acompanhar Sua Excelência para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico-constitucional do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação".[...] 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. *ADI 5.240 SÃO PAULO*. Plenário. Reqte.(s) :Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – adepol - Brasil. Intdo.(a/s) :Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015.Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333. Acesso em: 10 out 2016.

> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se limitou, de modo plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que dispõe o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a circunstância de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais revestem-se, em nosso sistema normativo, de aplicabilidade direta e imediata (CF, art. 5º, § 1º)."

Para o Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade pois as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à implementação do procedimento da audiência de custódia são incumbência do próprio Tribunal e em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional e que os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência e além de que não houve inovação no ordenamento jurídico.

Outro respaldo normativo da audiência de custódia trata-se do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 374[27] ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual se arguiu o "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema carcerário nacionais, tendo em vista que há uma violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais no âmbito do prisional.

27BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...]AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. MCADPF 347. Plenário. Reqte.(s) :partido socialismo e liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665 Acesso em: 24 ago. 2018.

No julgamento desta ação de relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, o Supremo Tribunal Federal determinou à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, além que determinou também que, em até noventa dias, a implementação das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas.

Portanto, a audiência vem para tentar reduzir a degradante situação do sistema carcerário nacional com uma redução do aprisionamento provisório desnecessário, encontrando-se em consonância com as demais normas do nosso sistema normativo.

Por fim, corrobora este embasamento o artigo 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a qual foi internalizada pelo Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991[28]:

> "Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição."

Mais uma vez, a audiência de custódia se mostra legítima sob à ótica do Direito Brasileiro e também do Direito Internacional, objetivando reduzir as arbitrariedades policiais e com o fim de proporcionar um contato imediato entre preso e autoridade judicial para que este decida se é necessária ou não a manutenção da prisão, com a eventual conversão para prisão preventiva.

28BRASIL. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm Acesso em: 24 ago 2018.

Destarte, percebe-se que a audiência de custódia se encontra plenamente ratificada pelo ordenamento jurídico interno, sendo incorporada à linha de direito fundamental como bem expõem Carolina Costa Ferreira e Gabriel Divan[29].

2.4 Procedimento da audiência de custódia

O indivíduo preso em flagrante, pela autoridade policial ou por qualquer do povo, será imediatamente encaminhado ao Delegado de Polícia que fará a lavratura do auto de prisão em flagrante (APF) em 24 horas. Após isto, será encaminhado à autoridade judicial competente o auto de prisão em flagrante, e caso o preso não informe advogado particular, será encaminhado o auto à defensoria pública. No mesmo prazo referido, entregar-se-á ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas[30].

Em outras 24 horas a contar da lavratura do APF, o preso será apresentado ao juiz de primeiro grau, na presença de seu defensor, seja ele público ou privado, e de um promotor de justiça para a realização do procedimento da audiência de custódia. Observadas as legalidades constitucionais, será permitida a entrevista prévia entre preso e seu defensor antes da realização da audiência de custódia.

Nos casos em que a pessoa presa possui foro por prerrogativa de função, ela deverá ser encaminhada ao Tribunal competente, conforme as normas que regulamentam a sua respectiva competência.

29FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 8, n.1, p.531-551, abr. 2018.

30AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Editora Gen,2017.

Quando preso não puder comparecer à audiência por motivos de saúde ou qualquer outro motivo superveniente que impeça sua presença, a audiência será realizada onde ele estiver, mas caso esse deslocamento se torne inviável, a audiência será realizada posteriormente após o restabelecimento da sua condição de saúde. O juiz juntamente com o promotor e o seu defensor poderão se deslocar até o preso nos casos em que a escolta da polícia judiciária se mostrar inviável, seja por falta de viaturas, efetivo, equipamentos de segurança e entre outros empecilhos.

Importante destacar que a audiência de custódia deverá ser realizada não somente quando ocorrer a prisão em flagrante, mas também nos casos de prisão em decorrência de cumprimento de mandados de prisão definitiva. A menção específica do art. 1º da Resolução 213 sobre "*pessoa presa em flagrante delito*" corresponde, segundo Pablo Rodrigo Alflen[31], uma mera impropriedade técnica, pois esta deverá ser realizada em qualquer caso de limitação da liberdade, seja por meio de prisão cautelar ou definitiva. No que se refere aos presos definitivos, a legalidade da prisão já foi discutida no curso do processo, desta maneira o que será analisado na audiência de custódia serão as condições como esta prisão foi feita, dando maior ênfase na higidez física e mental da pessoa presa, evitando e coibindo as violências policiais.

Instaurada a audiência de custódia, já com todos os documentos e com todas as formalidades necessárias, o preso será entrevistado pelo magistrado em que irá:

> "I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à

[31]ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al] *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça* .2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p 24.

> integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: a) não tiver sido realizado; b) os registros se mostrarem insuficientes; c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito; VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar."[32]

Em seguida, será dada a palavra ao membro do Ministério Público e depois à defesa técnica, que opinarão a respeito do relaxamento da prisão, da necessidade ou não da constrição cautelar, e/ou da adoção de outra medida cautelar diversa da prisão. Além da presença da defesa, a participação do Ministério Público é de extrema importância também, visto que conforme o artigo 129, VII da CF/88, o

[32]BRASIL, *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 02 mar. 2018.

Ministério Público é órgão incumbido de exercer o controle externo da atividade policial, deste modo que qualquer arbitrariedade policial que vier a cometida, deverá ser fiscalizada e repreendida pelo órgão. A Resolução do CNJ foi omissa quanto à participação do assistente de acusação na audiência de custódia no que se refere às suas postulações. Esta omissão se deu em virtude de que sua participação somente se efetiva após a instauração do processo, o que ainda não ocorreu no momento da realização da audiência.

Após as explanações, o juiz decidirá se é caso de relaxamento do flagrante ilegal, com isso decretará a liberdade do indivíduo. Caso entenda que a prisão em flagrante é legal, mas que não é a manutenção da prisão é desnecessária, decretará a liberdade provisória com a imposição ou não de alguma medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal. Em última via, se entender que é extremamente necessário que o indivíduo permaneça preso, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva nos moldes do artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Importante destacar que o magistrado poderá, na audiência, aplicar algumas medidas não judiciais, como a mediação judicial e a inclusão do preso em programas sociais ou assistenciais[33].

Conforme Renato Brasileiro[34], as ilegalidades mais comuns averiguadas pelo juiz, de uma forma geral, e que podem ensejar o relaxamento da prisão são: prisão por fato atípico, inobservância dos requisitos essenciais ao mandato de prisão, inexistência da situação de flagrância, prisão em flagrante daquele que se apresenta voluntariamente à autoridade policial, inobservância dos requisitos para a lavratura

[33]BRITO, Alexis Augusto Couto de,Fabretti, Humberto Barrionuevo, Lima, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788522498154&biblio=minhaBiblioteca Acesso em 12 jan. 2018.

[34]LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de *Processo Penal*, vol. Único, 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014. p 858.

do auto de prisão em flagrante, falta de laudo de constatação da natureza da droga apreendida, ausência de requerimento da vítima nos crimes de ação privada e de representação nos crimes de ação pública condicionada em se tratando de prisão em flagrante, não entrega da nota de culpa ao preso em 24 horas, não comunicação imediata do preso à autoridade judicial competente, excesso de prazo e entre outras.

Imperioso destacar que o juiz a fim de averiguar a ocorrência de prática de tortura ou de maus-tratos, ele ao inquirir o preso, fará perguntas simples, abertas, não ameaçadoras, genéricas e abrangentes, podendo até mesmo repeti-las, pois priorizará a escuta do indivíduo e adotará uma postura condizente e respeitosa ao gênero da pessoa custodiada, respeitando os limites da violência e dos constrangimentos que viera a sofrer.

Caso a autoridade judicial entenda que houve sim alguma arbitrariedade por parte dos indivíduos responsáveis pela prisão em flagrante, ele deverá agir de ofício com o objetivo de:

> "I. Registrar o depoimento detalhado da pessoa custodiada em relação às práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a que alega ter sido submetida, com descrição minuciosa da situação e dos envolvidos; II. Questionar se as práticas foram relatadas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, verificando se houve o devido registro documental; III. Realizar registro fotográfico e/ou audiovisual sempre que a pessoa custodiada apresentar relatos ou sinais de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, considerando se tratar de prova, muitas vezes, irrepetível; IV. Aplicar, de ofício, medidas protetivas para a garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada, de seus familiares e de eventuais testemunhas, entre elas a transferência imediata da custódia, com substituição de sua responsabilidade para outro órgão ou para outros agentes; a imposição de liberdade provisória, independente da existência dos requisitos que autorizem a conversão em prisão

> preventiva, sempre que não for possível garantir a segurança e a integridade da pessoa custodiada; e outras medidas necessárias à garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada. V. Determinar a realização de exame corpo de delito: (i)quando não houver sido realizado; (ii)quando os registros se mostrarem insuficientes, (iii)quando a possível prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes tiver sido realizada em momento posterior à realização do exame realizado; (iv)quando o exame tiver sido realizado na presença de agente de segurança. VI. Ainda sobre o exame de corpo de delito, observar: a) as medidas protetivas aplicadas durante a condução da pessoa custodiada para a garantia de sua segurança e integridade, b) a Recomendação nº 49/2014 do Conselho Nacional de Justiça quanto à formulação de quesitos ao perito em casos de identificação de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, c) a presença de advogado ou defensor público durante a realização do exame; VII. Assegurar o necessário e imediato atendimento de saúde integral da pessoa vítima de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, visando reduzir os danos e o sofrimento físico e mental e a possibilidade de elaborar e resignificar a experiência vivida; VIII. Enviar cópia do depoimento e demais documentos pertinentes para órgãos responsáveis pela apuração de responsabilidades, especialmente Ministério Público e Corregedoria e/ou Ouvidoria do órgão a que o agente responsável pela prática de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes esteja vinculado; IX. Notificar o juiz de conhecimento do processo penal sobre os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações advindas desse procedimento. X. Recomendar ao Ministério Público a inclusão da pessoa em programas de proteção a vítimas ou testemunha, bem como familiares ou testemunhas, quando aplicável o encaminhamento."[35]

Na audiência, não será permitida a presença das autoridades responsáveis pela prisão e pela investigação do preso, pois um dos objetivos desta é observar as

[35]BRASIL, *Resolução nº 213, de 15 de Dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 02 mar. 2018.

possíveis agressões, abusos, ameaças ou qualquer outra forma de violência que o preso sofrera. Destarte, essa vedação tem a finalidade de que o preso não se sinta amedrontado, coagido e nem inibido de relatar as práticas violentas a que tenha sido submetido. Corrobora-se então a vedação constitucional absoluta à tortura, ao tratamento degradante e desumano que infelizmente ainda são presentes nas instituições policiais. Esse impedimento de que os responsáveis pela prisão não estejam presentes durante a realização da audiência se mostra por ora sujeito às críticas, porquanto as violências, intimidações, coações, constrangimentos possam ocorrer no trajeto até a audiência, ou antes ou depois do tal ato processual[36].

Nota-se que a oitiva do preso em flagrante de que sofrera algum tipo de abuso ou violência constitui verdadeira *noticia criminis*, devendo o Ministério Público tomar providências investigativas cabíveis, sendo suas declarações meio de prova para embasar uma futura condenação contra o agente causador da violência. A oitiva do preso não tem o objetivo de confirmar a prática da violência que sofrera, visto que a atividade investigativa não se encontra no contexto da audiência de custódia, mas sim dentro das atribuições do Ministério Público e do órgão policial competente.

O depoimento colhido na audiência será reduzido a termo e autuado em apartado para que não seja manuseado na instrução criminal e nem contamine futuras provas que surgirem no processo penal. Importante destacar, como bem afirma José Airton Medeiros, Juiz Auxiliar da Corregedoria do TJPI, que na audiência é defeso que se indague ao preso sobre pontos atinentes ao mérito da acusação, pois não se faz análise de mérito nem de culpabilidade do preso, somente

[36]ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al] *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça* .2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p 67.

aos aspectos já mencionados acima.[37] Apesar desta proibição, é inevitável que em alguns casos se adentre na questão de mérito durante a realização da audiência até mesmo para poder analisar negativa de autoria ou da inexistência do próprio crime em um flagrante possivelmente ilegal.

É mister abordar que a audiência deve ser um procedimento ininterrupto, ou seja, não se submete a recessos, desta forma, mesmo em algumas datas festivas ou sem expediente judicial, deve haver uma audiência de plantão com todos os meios necessários para sua realização. Sistematicamente, então, terá de ser disponibilizado tanto pela acusação (Ministério Público) quanto pela defesa (Defensoria Pública) um membro para participar do plantão, no caso da Defensoria quando o preso não apresentar advogado particular. Esse entendimento foi confirmado recentemente em fevereiro de 2017 na Reclamação 26053 – Piauí[38], na qual se asseverou que a audiência é um direito subjetivo do preso em flagrante e a suspensão desta representaria uma profunda violação do direito do preso em ser apresentado brevemente a uma autoridade judicial para averiguar a legalidade da prisão e a conversão desta em preventiva.

2.5 Objetivos da audiência de custódia

[37] TVCIDADEVERDE. *Juiz e advogado debatem sobre audiência de custódia.* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=joPiNFETdlQ Acesso em: 11 out. 2016.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. [...] Com efeito, conforme salientado no deferimento da liminar, "a suspensão da realização das audiências de custódia representa o prejuízo do direito do preso de ser levado à autoridade judiciária para o exame da legalidade da constrição da sua liberdade", de modo que o advento do recesso forense não justifica tal excepcionalidade, mormente pela previsão de plantão judicial. Observo, por outro lado, que a liminar deferida pela Presidência nesta Reclamação foi devidamente cumprida, com o restabelecimento da realização das audiências de apresentação no período previsto no Provimento Conjunto 13/2016, do Presidente do Tribunal de Justiça do Piauí e do Corregedor Geral da Justiça do Estado do Piauí. [...] Rcl 26053 PI – PIAUÍ. Relator: Min. EDSON FACHIN. Brasília, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433494037/reclamacao-rcl-26053-pi-piaui-0064085-4720161000000 Acesso em: 11 mar. 2017.

A audiência de custódia foi implementada para atingir inúmeros objetivos, dentre esses, para que ocorra uma avaliação mais precisa por parte do magistrado da legalidade da prisão em flagrante, esta possível somente é permitida nas hipóteses do art. 302, CPP. Caso não se enquadre em alguma dessas, o juiz deverá relaxá-la de imediato, porquanto se trata de uma prisão ilegal baseada num constrangimento ilegal. Procura averiguar também a extrema necessidade de imposição de prisão processual a fim de reduzir a gigantesca população carcerária brasileira, a qual é composta quase que exclusivamente de indivíduos negros de **classe social mais baixa, tendo em vista que "61,6% são negros (pretos e pardos),** 75% têm até o ensino fundamental completo e 55% tem idade entre 18 e 29 anos". É o que aponta o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), que traz dados de dezembro de 2014 e foi divulgado nesta terça-feira (26 de Abril) pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério **da Justiça."**[39]

Importante comentar que a audiência de custódia apresenta uma característica bifronte, porquanto analisa o passado no momento em que o juiz analisa a legalidade da prisão em flagrante, observando os requisitos do artigo 302 do Código de Processo Penal, e analisa o futuro, tendo por base a necessidade e excepcionalidade da possibilidade de conversão do flagrante em prisão preventiva conforme os requisitos do artigo 311 e seguintes do mesmo código.

[39]CARTACAPITAL. Mais de 60% dos presos no Brasil são negros, Carta Capital, 26 de abril de 2016. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/mais-de-60-dos-presos-no-brasil-sao-negros. Acesso em: 22 fev. 2017.

Conforme Gustavo Badaró[40], a audiência de custódia não se destina apenas a controlar a legalidade da prisão em flagrante já realizado, mas, sobretudo, a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar a ser imposta.

Outrossim, a audiência de custódia almeja controlar os procedimentos policiais em relação à prisão e à condução do preso, com a finalidade de evitar maus-tratos, arbitrariedades, tortura e tratamentos degradantes[41]. Caso observe algum tipo de violência que o preso tenha recebido, o juiz deverá comunicar ao Ministério Público, órgão competente constitucionalmente para o controle externo da atividade policial, para que este tome as providências cabíveis com o fim de punir os agressores, além de adotar inúmeras medidas para garantir os direitos individuais do preso.

Objetiva também oportunizar a participação do preso em flagrante no que se refere ao contraditório, assegurando a ele a possibilidade de se auto defender dos fatos imputados com mais liberdade, segurança e amplitude na presença de seu defensor, legitimando o procedimento.

Busca também de reduzir o tempo de contato entre o preso e a autoridade judicial, tendo em vista que, anteriormente, o primeiro contato do preso provisório com um magistrado ocorria no interrogatório judicial, já no curso do processo, depois de meses ou até mesmo anos após a instauração do processo, a depender da localidade.

---

[40]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer. São Paulo, 31 de julho de 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf. Acesso em: 22 ago. 2018.

[41]PAULA, Rodrigo Cardoso de. *Audiência de Custódia*: Audiência de Custódia e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: https://rodrigodepaula9.jusbrasil.com.br/artigos/434851257/audiencia-de-custodia. Acesso em: 19 ago. 2018.

Corrobora esse entendimento o Desembargador José Laurindo de Souza Netto, que ressaltou:

> *"E uma das principais vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, importa na missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso".*[42]

Objetiva igualmente aumentar a responsabilidade do magistrado, promotor e defensor em face os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana, pois todos estão vinculados e verdadeiramente ligados a uma decisão judicial que limitará a liberdade do indivíduo e que lhe trará certamente prejuízos de várias naturezas.

Também o procedimento busca individualizar a aplicação de medidas judiciais e sociais, optantado, sempre, por medidas cautelares diversas da prisão e adequando-as a cada caso concreto conforme as necessidades do acusado de modo a não haver a criminalização da pobreza nem do dependente químico. Igualmente, busca evitar a entrada de presos primários no falido sistema

[42]PARANÁ. Tribunal De Justiça Do Paraná. Habeas Corpus. EMENTA [...] 4. "A despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da "quantia considerável" de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas de crack (fls. 36/37). Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública". 5. "Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas" [...] HABEAS CORPUS Nº 1.358.323-2/PR. IMPETRANTE : MARIANA MARTINS NUNES (DEFENSOR PÚBLICO) PACIENTES : DAIANY GONÇALVES NUNES E TALGIA LEME INÁCIO (RÉS PRESAS) RELATOR : DES. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf> Acesso em: 24 jul. 2018.

carcerários nacional, sendo apontado por estudiosos como verdadeiras escolas do crime, a exemplo da ex-ministra da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Ideli Salvatti:

> "Você retira o direito à liberdade de uma pessoa para que ela possa se arrepender, se ressocializar e voltar à sociedade para não cometer novos crimes. Infelizmente, dada a superlotação, as condições muitas vezes desumanas, nós temos nos presídios brasileiros verdadeiras escolas de crime. A pessoa entra para fazer um aperfeiçoamento na criminalidade".[43]

Reforça essa ideia Saulo Carvalho, que afirma:

> "Muitas vezes aqueles que não teriam necessidade de estar presos estão por falta de um simples contato com o juiz. Este contato poderia evitar inclusive a superlotação das cadeias e presídios e evitaria que aqueles que cometeram crimes de menor gravidade fossem misturados com aqueles que de fato precisam ser encarcerados, por causa da gravidade de seus crimes."[44]

Igualmente almeja aparelhar o sistema judiciário acusatório, assegurando a dignidade da pessoa humana e a integridade física, psicológica, moral e social do preso, e as garantias constitucionais com o fim de transformar, ainda que de forma lenta, o sistema punitivo nacional.

E por fim pretende implementar e dar efetividade, no país, aos acordos internacionais que o Brasil se engajou desde o ano de 1992 com o objetivo de

[43] ISTOÉ. Presídios brasileiros são "escolas de crime", diz ministra. 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://istoe.com.br/404596_PRESIDIOS+BRASILEIROS+SAO+ESCOLAS+DE+CRIME+DIZ+MINISTRA/ Acesso em: 24 fev. 2017.

[44] DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. Defensoria defende implantação de audiência de custódia em Goiás. Disponível em: http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=436:defensoria-defende-implantacao-de-audiencia-de-custodia-de-goias&catid=8&Itemid=180. Acesso em: 17 mar. 2017.

confirmar a ideia de Estado Democrático de Direito cujo alguns de seus princípios nas relações com outros Estados são o da prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade[45].

3 ESTATÍSTICAS DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 Dados Estatísticos Nacionais da Audiência de Custódia

Inicialmente, é importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça alcançou a sua meta de implantar o projeto '*Audiência de Custódia*' em todas as Unidades da Federação (União, Estados e Distrito Federal), alcançando desta forma o que foi imposto pelo seu ex-presidente, o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, na Resolução nº 213/2015, que institui o procedimento: "Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições"

De acordo com as estatísticas abaixo, retiradas do sítio digital do CNJ[46], revela-se que mais da metade das prisões em flagrantes, efetuadas em todo o Brasil, foram convertidas em preventiva na proporção de 55,32% de todas as audiências de custódia realizadas. Tal informação confirma o ponto de partida deste estudo, porquanto o procedimento da audiência, desde sua implementação até junho de 2017, não alcançou de forma expressiva o seu principal objetivo para o qual fora

criado, qual seja a redução da população carcerária.

[45]DIAZ, Fernando Bortoluzzi. *A audiência de custódia sob múltiplos olhares: interesses estatais versus direitos humanos e fundamentais*. 2016. 74 f. Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS, 2016. p. 17.

[46]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados Estatísticos/Mapa da Implantação.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 23 fev. 2019.

Por outro lado, o número de liberdades provisória se demonstrou bem abaixo do esperado, na proporção de 44,68%, uma diferença e um desequilíbrio de mais de 10% quando comparada à quantidade de prisões cautelares imposta.

As causas desta desproporção serão estudadas posteriormente no tópico 4 deste trabalho, em que serão detalhados os motivos que fazem com que o procedimento da audiência de custódia não alcance seu objetivo primordial de reduzir a população carcerária e poder, portanto, mitigar o fracasso e o caos que se encontra o sistema prisional brasileiro.

3.2 Dados Estatísticos da Audiência de Custódia no Estados da Federação

Conforme os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça[47] em seu sítio virtual, percebe-se um alto índice de conversão de prisões em flagrante em prisões preventivas, em relação ao número de liberdades provisórias concedidas, como se passa a expor. O detalhamento desses dados estatísticos será abordado no Anexo I deste trabalho.

[47] CNJ. *Dados Estatísticos/Mapa da Implantação.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL - Até junho de 2017.			
Liberdade Provisória	Prisão Preventiva	Alegação de violência no ato da prisão	Encaminhamento a serviço social/assistencial
115.497 (44,68%)	142.988 (55,32%)	12.665 (4,90%)	27.669 (10,70%)
Total de 258.485 audiências de custódia realizadas			

BRASIL - Até junho de 2017.			
Liberdade Provisória	Prisão Preventiva	Alegação de violência no ato da prisão	Encaminhamento a serviço social/assistencial
115.497 (44,68%)	142.988 (55,32%)	12.665 (4,90%)	27.669 (10,70%)
Total de 258.485 audiências de custódia realizadas			

O estado do Rio Grande do Sul é o ente federativo em que o quadro é o mais grave, porquanto entre o período de 30/07/2015 a 30/06/2017, o índice de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva ficou em 84,83% contra apenas 15,17% de liberdade provisória concedida.

No estado do Paraná entre 31/07/2015 a 30/06/2017, as prisões preventivas corresponderam a 57,75% das audiências de custódia realizadas e 42,25% das audiências realizadas culminaram na concessão de liberdade provisória.

Em Santa Catarina o quadro é um pouco melhor, porquanto, entre 24/02/2015 a 30/06/2017, o comparativo se mostra equilibrado de modo que 49,62%

das audiências tiveram a imposição da prisão cautelar e 50,38% resultaram em liberdade provisória.

Na região sudeste, o estado do Rio de Janeiro é o ente em que as estatísticas são mais preocupantes sendo que 57,44% das audiências de custódia realizadas do período de 18/09/2015 a 30/06/2017 resultaram no encarceramento provisório e 42,56% resultaram em liberdade provisória.

Os estados de São Paulo (24/02/2015 a 30/06/2017), Minas Gerais (17/07/2015 a 30/06/2017) e Espírito Santo (22/05/2015 a 17/07/2017) demonstraram um resultado semelhante, pois os índices de prisão preventiva decretada são, respectivamente, de 53,94%, 52,24% e 53,79% e os de liberdade provisória são de 46,06%, 47,76% e 46,21%.

Na região centro-oeste, o estado do Mato Grosso do Sul demonstra que a quantidade de prisões preventivas impostas na audiência de custódia é muito maior quando comparada à quantidade de liberdade provisória concedida, haja vista que 64,69% de todas as audiências realizadas entre 05/10/2015 a 05/07/2017 resultaram em prisão cautelar e 35,31% em liberdade provisória.

Em Mato Grosso, a proporção é mais favorável, porquanto a quantidade de liberdade provisória concedida supera a quantidade de prisão preventiva imposta, no percentual de 56,28% de liberdade provisória contra 43,72% de prisões preventivas.

No estado de Goiás, entre o período de 10/08/2015 a 30/06/2017, das 10.547 audiências de custódia realizadas, 55,95% culminaram no encarceramento cautelar e 44,05% em liberdade provisória.

Quanto aos dados do Distrito Federal, estes serão abordados à parte no próximo subcapítulo deste trabalho monográfico, tendo em vista que é o objeto deste estudo.

Na região nordeste, apenas o estado da Bahia tem um percentual bem mais favorável e é o ente federativo que representa o quadro melhor, em que, entre 28/08/2015 a 30/06/2017, 38,75% das audiências de custódia realizadas resultaram em prisão preventiva e 61,25% na concessão de liberdade provisória.

Os estados de Sergipe (agosto de 2015 a 30/06/2017), Pernambuco (14/08/2015 a 30/06/2017) e Ceará (21/08/2015 a 28/06/2017) demostram um quadro similar, pois de todas as audiências de custódia realizadas, respectivamente, 58,71%, 60,35% e 59,43% culminaram na prisão cautelar e 41,29%, 39,65% e 40,57% em liberdade provisória.

No Piauí entre 21/08/2015 a 30/06/2017, das 2.886 audiências de custódia realizadas, 55,44% resultaram em preventiva e 44,56% em liberdade provisória.

Os estados de Alagoas (02/10/2015 a 30/06/2017) e do Rio Grande do Norte (09/10/2015 a 30/06/2017) demonstraram um quadro quase idêntico, porquanto, respectivamente, 52,45% e 52,26% das audiências realizadas resultaram em prisão cautelar e 47,55% e 47,74% em liberdade provisória.

No estado da Paraíba, entre 14/08/2015 a 30/06/2017, 55,68%, de um total de 6.027 audiências de custódia realizadas, resultaram em prisão preventiva, sendo que apenas 44,32% resultaram na concessão de liberdade provisória.

E ainda na região nordeste do país, o estado do Maranhão está compatível com a média dos demais entes federativos, porquanto, entre outubro de 2014, a

30/06/201745,67% das audiências realizadas culminaram na concessão de liberdade provisória e 54,33% em prisão cautelar.

Na região norte, o estado de Rondônia se destaca negativamente, porquanto houve um alto índice de prisões preventivas, 62,50%, quando comparado à quantidade de liberdade provisória concedida, apenas 37,50%, entre o período de 14/09/2015 a 30/06/2017.

O estado de Tocantins também demonstra um quadro preocupante, porque das 1.217 audiências de custódia realizadas, no período de 10/08/2015 a 30/06/2017, 60,48% resultaram na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e 39,52% resultaram em liberdade provisória.

No estado do Pará, entre 25/09/2015 a 30/06/2017, houve a decretação da prisão preventiva em 55,98% dos casos e houve a concessão de liberdade provisória em 44,02%.

Os estados de Amazonas (07/08/2015 a 30/06/2017), Acre (14/09/2015 a 30/06/2017) e Roraima (04/09/2015 a 30/06/2016) apresenta um quadro bem similar de modo que de todas as audiências de custódia realizadas, respectivamente, 51,17%, 50,88% e 51,98% resultaram no encarceramento cautelar, enquanto que 48,83%, 49,12% e 48,02% resultaram na concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante.

O estado do Amapá é o estado da região norte com melhor índice, de modo que a quantidade de liberdades provisórias concedidas, de 57,86%, supera o percentual de prisão preventiva imposta, 42,14%.

Em questões estatísticas apresentadas por Rodrigo Alflen e Mauro Andrade, por meio de uma pesquisa realizada em Salvador, Daniel Prado[48] assinala que a audiência de custódia não representou uma redução do encarceramento cautelar de modo que não tem surtido efeito significativo tanto no percentual de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nem quanto ao reconhecimento da ilegalidade do flagrante. Já no estado do Rio Grande do Sul, segundo Daniel, em termos percentuais, em agosto de 2015 cerca 27% das audiências de custódia resultaram na liberação do flagrado, ao passo que em dezembro do mesmo ano, este percentual ficou por volta de 7,6% numa perspectiva sempre decrescente. Em São Paulo, a situação se repete, haja vista que o número de conversões de prisão em flagrante em preventiva em nenhum momento tem diminuído, pelo contrário, a análise das estatísticas paulistas tem revelado que o que tem havido é uma elevação na quantidade de imposições de prisões preventivas e medidas cautelares quando a liberdade provisória é concedida.

Uma pesquisa feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública[49] para o Conselho Nacional de Justiça em seis unidades da federação (Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Tocantins e Paraíba), apontou que. desde a implementação da audiência de custódia até o mês de junho de 2017, o número de indivíduos que têm o flagrante convertido em preventiva é maior que o número de indivíduos que tem a liberdade provisória concedida, quais sejam: Rio Grande do Sul, com 84,83% (5.742) de prisão preventiva contra 15,17% (1.027) de liberdade

[48]PRADO, Daniel Nircory do. Audiência de custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implantanção. Boletim do IBCCrim, ano 23, n. 276, novembro de 2015, p. 02-03.

[49]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares*: Obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Sumário Executivo, 2018. Coleção Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf> Acesso em: 12 fev. 2018.

provisória; Mato Grosso do Sul, com 64,69% (7.660) de prisão preventiva contra 35,31% (4.182) de liberdade provisória; Tocantins com 60,48% (736) de prisão preventiva contra 39,52% (481) de liberdade provisória; Pernambuco, com 60,35% (5.207) de prisão preventiva contra 39,65% (3.421) de liberdade provisória.

Nina Araújo Leal[50] aborda em sua obra que o estudo da audiência de custódia não deve ser meramente um estudo teórico e abstrato, ele deve ser um estudo prático e concreto sob sua análise nas diversas varas criminas brasileiras. Neste sentido, ela revela dados fornecidos pelo CNJ que apontam que até de dezembro de 2016, foram realizadas 174.242 audiências de custódia no Brasil, das quais 80.508 (46,20%) resultaram em liberdade. Ao contrário, 93.734 (53,80%) resultaram em prisão preventiva. Do montante total, apenas 19.626 (11,26%) resultaram em algum encaminhamento social ou assistencial. Isto revela que os resultados concretos com a audiência de custódia são, de certa forma, opostos aos pretendidos, haja vista que o percentual de conversões de prisões em flagrante em prisões preventivas corresponde mais da metade das audiências realizadas, indicando sua inefetividade em um dos seus objetivos preponderantes, qual seja a redução da população carcerária.

De acordo com a pesquisa realizada pelo IDDD[51], se se partir da premissa de que os dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça são corretos e refletem a realidade, verifica-se que a prisão preventiva é decretada na maior parte dos casos.

[50]LEAL, Nina Araújo Melo. Audiênciade Custódia: uma via de solução frente ao atual colapso do sistema penitenciário brasileiro? *Cadernos Cajuína*, Teresina- PI, v. 1, n. 3, p.126, jul. 2016.

[51]LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. *Instituto de Defesa do Direito da Defesa*. São Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

Esses dados devem ser recebidos com tamanha preocupação na medida em que a prisão cautelar é, ou deveria ser, a medida excepcional e a liberdade a regra.

3.3 Dados Estatísticos da Audiência de Custódia no Distrito Federal

Importante destacar que, embora se tenha apresentado os dados nacionais e os dados das demais Unidades da Federação, o cerne deste estudo ficará focalizado ao âmbito do Distrito Federal.

Aqui, no Distrito Federal, situação também é semelhante ao quadro demonstrado nos demais entes federativos, consoante as informações oferecidas pelo NAC (Núcleo de Audiência de Custódia) e disponibilizadas no site do TJDFT[52].

Desde já, é necessário ressaltar que todas as denúncias envolvendo violência policial ou algum outro abuso policial foram encaminhadas às respectivas corregedorias para a investigação, objetivando punir verdadeiramente os agentes estatais envolvidos, visto que é inaceitável práticas violentas por parte de pessoas vinculadas a um ente público cujo objetivo é proteger e resguardar direitos e garantias individuais e coletivas.

Os dados consolidados da realização da audiência de custódia e suas respectivas providências serão apresentados no Anexo II deste trabalho monográfico.

No fim do ano de 2015 quando se iniciou o procedimento da audiência no Distrito Federal, entre os meses de outubro, novembro e dezembro, houve um percentual favorável de liberdades provisórias concedidas, respectivamente 57,6%,

[52]TJDFT. *Núcleo de Audiência de Custódia (NAC)*. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia> Acesso em: 12 mar. 2019.

55,8% e 58,8%, quando comparadas ao percentual de prisões preventivas impostas, 42,3%, 44,1% e 41,1%.

Em janeiro e fevereiro de 2016, o percentual permaneceu benéfico, de modo que de todas as audiências realizadas, respectivamente, 55,4% e 56,0% resultaram em liberdade provisória e 44,1% e 43,6% em prisão preventiva.

Em março de 2016, o quadro se mostrou equilibrado, de forma que das 1056 audiências de custódias, 49,6% culminaram em liberdade provisória e 49,8% em prisão preventiva, e apenas 0,5% resultaram em relaxamento do flagrante.

No mês de abril do mesmo ano, 51,9% das audiências de custódia decorreram em liberdade provisória e 47,5% decorreram em conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva do acusado.

Em maio de 2016, pela primeira vez, o quantitativo de prisão preventiva convertida superou o de liberdade provisória, sendo que 51,9% das audiências culminaram em preventiva e 43,7% na concessão de liberdade provisória.

No mês de junho, das 1062 audiências de custódia realizadas, 52,0% procederam em liberdade provisória, 48,8% em prisão preventiva, e 1,5% em relaxamento da prisão em flagrante em face de alguma ilegalidade.

Nos meses de julho, agosto e setembro de 2016, o percentual de prisão preventiva, respectivamente, 51,4%, 54,5% e 54,6% superou o percentual de liberdade provisória, 48,5%, 45,4% e 43,2%, no quantitativo total de audiências de custódia realizadas.

Em outubro de 2016, o quadro se revelou balanceado, pois das 839 audiências realizadas, 50,2% resultaram em liberdade provisória e 49,7% em prisão preventiva.

Dos meses de novembro de 2016 a junho de 2017, o panorama se mostra preocupante, porquanto nesse período o percentual de prisão preventiva, respectivamente, 51,9%, 53,7%, 50,4%, 55,2%, 52,0%, 50,7%, 52,2% e 53,1%, superaram o percentual de liberdade provisória concedida, 47,5%, 45,6%, 48,7%, 44,4%, 47,6%, 48,8% 47,2% e 46,7%.

Entre julho de 2017 a dezembro de 2017, o quadro continua grave, pois ainda mais da metade das audiências de custódias realizadas culminaram em prisão preventiva. Durante estes meses, de todas as audiências realizadas, 51,4%, 55,1%, 53,3%, 52,0%, 50,2%, 52,2%, respectivamente, culminaram na aplicação da medida cautelar encarceradora, e 47,2%, 44,3%, 46,2%, 47,6%, 49,2%, 47,3% culminaram na concessão de liberdade provisória.

Em janeiro de 2018, a estatística se mostra equilibrada, mas mesmo assim o percentual de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, 50,6%, supera o percentual de liberdade provisória, 49,0%. Apenas 0,3% das audiências culminaram no relaxamento da prisão em flagrante.

Em fevereiro, março e abril do mesmo ano, o quadro se mostra inalterado de modo que a proporção de prisão preventiva imposta, 54,1%, 51,4% e 49,9%, é superior à proporção de liberdade provisória, 45,7%, 47,7% e 48,8%.

Conforme o exposto, do mês de novembro de 2016 até o mês março de 2018, o quadro se demonstra grave e preocupante, porquanto o número de medidas cautelares encarceradoras foi excedente ao comparado ao número de liberdades provisórias concedidas.

Apenas em maio de 2018 que este quadro se altera, em que das 993 audiências, 55,0% culminaram em liberdade provisória, 44,3% em prisão preventiva e 0,6% em relaxamento da prisão em flagrante.

O mês seguinte, junho de 2018, foi o mês em que, proporcionalmente e percentualmente, houve o maior número de prisão preventiva imposta na audiência de custódia em que 55,3% das audiências resultaram na prisão cautelar e 44,5% resultaram em liberdade provisória.

Em julho e agosto de 2018, o panorama continua negativo, em que das, respectivamente, 887 e 1005 audiências realizadas, 48,3% e 46,8% resultaram em liberdade provisória e 50,8% e 52,1% em encarceramento cautelar.

Somente em setembro e outubro de 2018, o quadro se mostra mais favorável, pois das audiências produzidas, respectivamente, 54,6% e 52,4% procederam em concessão de liberdade provisória e 42,9% e 46,4% em prisão preventiva.

Em novembro de 2018, das 924 audiências de custódia realizadas, 52,1% resultaram em prisão preventiva, 47,4% em liberdade provisória e 0,4% em relaxamento da prisão em flagrante.

Por fim, em dezembro de 2018, de todas as audiências produzidas, 52,0% culminaram em liberdade provisória e 47,5% na conversão da prisão em flagrante em prisão provisória.

De todos os 39 (trinta e nove) meses analisados, apenas em 12 (doze) meses, o quadro foi mais favorável em que o número de liberdades provisórias superou o de prisão preventiva. Desses 12 meses, imperioso ressaltar que 5 correspondem aos meses iniciais da audiência de custódia - de outubro de 2015 a fevereiro 2016 - em

que houve uma possível pressão institucional[53] para abrandar os casos de prisão preventiva e impor quase que obrigatoriamente a liberdade provisória.

Aqui, no âmbito do Distrito Federal de um modo geral, comparando os dados obtidos por meio do NAC (Núcleo de Audiência de Custódia), infelizmente se vê que o número de prisões preventivas vem aumentando paulatinamente desde a implementação da audiência, mantendo a cultura encarceradora.

A partir de 14 de outubro de 2015 até fevereiro de 2016, é possível observar que o número liberdades provisórias concedidas superava a quantidade de prisões em flagrante convertidas em prisões preventivas. Entretanto, esse quadro se inverte já em março de 2016, em que o número de prisões cautelares impostas supera o número de liberdade provisória.

Após este período, o quadro se agrava, haja vista que o número de prisões preventivas decretadas aumenta consideravelmente, de modo que 52% do total de audiência de custódia realizadas culmina na imposição da prisão processual, conforme se observa na notícia fornecida pelo G1[54].

Igualmente, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa[55], nos casos de concessão de liberdade provisória, 100% vincularam a pessoa custodia ao cumprimento de alguma medida cautelar, ou seja, em todos os

[53] MEDEIROS, Gilberleide de Lima. Audiência de Custódia: do objetivo a que se destina à sua eficácia quando aplicada no plano concreto. *Revista Juris Rationis*, Rio Grande do Norte, Ano 9, n.1, p. 31-42, out.2015./mar.2016.

[54] ALMEIDA, Neila. Números se invertem e, no DF, audiência de custódia prende mais do que solta. PORTAL G1. Brasília, 17 agosto 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/numeros-se-invertem-e-no-df-audiencias-de-custodias-prende-mais-do-que-soltam.ghtml> Acesso em: 5 fev 2018.

[55] LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. *Instituto de Defesa do Direito da Defesa*. São Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

casos não houve concessão de liberdade provisória irrestrita, pois sempre foi decretada conjuntamente uma medida cautelar diversa da prisão (comparecimento periódico em juízo, recolhimento domiciliar em período noturno, proibição de ausentar-se da circunscrição judiciária, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada e outras).

Em síntese, consoante os dados apresentados até o final deste estudo, o panorama ainda é grave e preocupante, pois mais da metade dos presos em flagrante permanecem presos, diante da conversão da prisão em flagrante em preventiva, visto que mais da metade das audiências de custódia realizadas resultam na decretação da prisão processual.

Este panorama não é exclusividade do Distrito Federal, pois conforme aborda Camilla Cunha[56], em seu projeto de conclusão de curso:

> "[...] o que se concluiu com base nas pesquisas realizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional e pelo Conselho Nacional de Justiça, é que desde o advento da Audiência de Custódia no poder judiciário brasileiro não houve a redução da população carcerária. Isto é, conforme os dados em epígrafe, a população carcerária continuou a crescer mesmo com a implantação da audiência de custódia e, aliado a isso, houveram mais decisões pela conversão do flagrante em preventiva do que pela liberdade provisória. "

Destarte, aqui no âmbito do Distrito Federal, infere-se que audiência não está atingindo corretamente seus objetivos, pois embora seja, em tese, um instrumento

[56]CUNHA, Camilla Karina Andrade. *Audiência de Custódia: instrumento processual de combate ao encarceramento em massa no Brasil*. 2018, 47 f.. Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2018.

desencarcerador, a quantidade de liberdade provisória concedida está inferior às quantidades de prisões preventivas decretadas.

4 FATORES IMPACTANTES NO RESULTADO OBTIDO COM A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DISTRITO FEDERAL

Conforme Jessica da Silva e Itair Araújo[57], a realidade no sistema penitenciário nacional desperta a necessidade de um debate sobre o uso e o limite constitucional do encarceramento de modo que a quantidade exacerbada de presos cautelares, a falta de estrutura para receber estes presos, o desrespeito ao princípios e garantias fundamentais dos indivíduos presos provisórios demonstram um verdadeiro abuso por parte do Estado.

Neste sentido, o projeto de implantação da audiência de custódia foi dirigido pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Ricardo Lewandowski, o qual assegurou que a implementação gradual e sistemática da audiência de custódia em todo o Brasil permitiria a redução da quantidade de prisões preventivas e consequentemente a redução da população carcerária, como se observa na MC HC 140512 SP (2017)[58] de sua relatoria:

[57]SILVA, Jessica Cristina Aparecida Castro da. ARAUJO, Itair de Olivera. Audiência de Custódia no Brasil: uma possibilidade para conter o uso excessivo da prisão preventiva. *Revista Científica FAGOC – Jurídica*. Ubá-Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 48-58, jul. 2016.

[58]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. EMENTA [...] No caso destes autos, não há ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia a autorizar a concessão da ordem de ofício, pois a prisão preventiva encontra fundamento aparente no art. 312 do CPP, mostrando-se baseada não apenas na gravidade abstrata do tipo penal, mas também na consideração de que o crime de roubo, no caso praticado tanto com ameaça quanto com efetiva violência contra as vítimas, consistiria em atividade corriqueira do paciente, de modo que a sua liberdade representaria grave risco à ordem pública (e-STJ fl. 117): [...] Quanto à não realização da audiência de custódia, convém esclarecer que, com o decreto da prisão preventiva, a alegação de nulidade fica superada. Isso porque a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do

> "A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do Estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um magistrado, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nessa oportunidade, o juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como o monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a exceção do ato de prisão."

Este entusiasmo frente ao objetivo desencarcerador da audiência de custódia é observado também nas palavras do Secretário de Estado da Segurança Pública e da Paz Social do Distrito Federal, Arthur Trindade[59], em que afirma que a

preso ao Juízo de origem (HC 363.278/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016). Na linha desse entendimento, confiram-se os seguintes julgados: [...]" Muito bem. A conversão do flagrante em prisão preventiva não traduz, por si, a superação da audiência de custódia, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. Nesse sentido: HC 133.992/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJ 2/12/2016. [...] *MC HC 140512 SP*.Decisão Monocrática. Paciente: Carlos Rodrigues de Almeida Junior. Impetrante: Renato da Costa Garcia. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433465679/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-140512-sp-sao-paulo-0001115-7420171000000> Acesso em: 10 mar. 2017.

[59]SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. *Governo do DF estima redução de 40% do número de presos provisórios com audiências de custódia*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/noticias/item/2812-governo-estima-redu%C3%A7%C3%A3o-de-40-do-

audiência de custódia é um marco no sistema de justiça criminal do DF, porquanto a expectativa é que se tenha 40% menos presos ingressando todos os dias no sistema carcerário distrital.

Nessa lógica, o que observa na maioria dos estudos e das pesquisas relacionadas ao tema da audiência de custódia é uma expectativa teórica, abstrata, genérica e ingênua da capacidade do instituto da audiência em reduzir por si só a superlotação carcerária e a crise, sem precedentes, que vive o nosso sistema prisional, como se percebe no estudo produzido por Uarlei Oliveira e Fábio Nogueira:

> "A efetivação da audiência de custódia é benéfica para toda a sociedade, em razão de que combate a superlotação do sistema, reduzindo o crescimento da população carcerária, ao passo em que diminui os índices de injustiças que eventualmente podem vir a ser cometidas pelo Poder Judiciário. Para além de se adequar o direito brasileiro às normas e tratados internacionais por ele ratificados, verifica-se que a audiência de custódia tem o condão de combater a superpopulação carcerária, porquanto, verificando-se a ilegalidade na prisão pode a autoridade competente colocar o investigado em liberdade provisória."

Entretanto, consoante os dados anteriormente apresentados via SISTAC pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, os resultados não estão sendo os esperados, visto que ainda mais da metade das audiências realizadas resultaram na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o que consequentemente não reduz e nem ameniza a grave crise carcerária nacional.

Inúmeros são fatores, sejam de natureza legal, institucional, política, ideológica e social, que contribuíram e ainda contribuem para a baixa efetividade da

n%C3%BAmero-de-presos-provis%C3%B3rios-com-audi%C3%AAncias-de-cust%C3%B3dia.html> Acesso em: 21 fev. 2018.

norma que instituiu o procedimento da audiência de custódia no âmbito do processo penal nacional.

4.1 Fatores Legais

De natureza legal, um fator, que contribui preponderantemente para que a audiência de custódia não alcance de forma efetiva seu objetivo fundamental, é a ausência de previsão legal disciplinando o prazo de duração da prisão preventiva. Neste sentido, não há prazo máximo para o cumprimento de uma prisão cautelar preventiva ocasionando que muitas vezes um indivíduo fique meses, ou até anos, preso, aguardando um julgamento de primeira instância. Além disso, as constantes, rotineiras e quase que automáticas conversões de prisão em flagrante em cautelares preventivas culminam num número absurdo de presos preventivos, haja vista que cerca de 40% dos presos no Distrito Federal são presos provisórios[60].

Neste sentido, segundo Afonso Belice[61], em sua dissertação de mestrado, ele expõe que o grande número de presos sem condenação definitiva agrava um outro problema ainda pior, que é a superlotação carcerária. Para ele, este mal por si só acaba por gerar prejuízos e incidir negativamente em todas as demais funções essenciais do sistema penitenciário.

[60]SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. *Governo do DF estima redução de 40% do número de presos provisórios com audiências de custódia*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/noticias/item/2812-governo-estima-redu%C3%A7%C3%A3o-de-40-do-n%C3%BAmero-de-presos-provis%C3%B3rios-com-audi%C3%AAncias-de-cust%C3%B3dia.html> Acesso em: 21 fev. 2018

[61]BELICE, Afonso Códolo. *Combate à cultura do encarceramento*: Estado de coisas inconstitucional e as audiências de custódia. 2017, 136 f. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.

Diante disso, uma excelente alternativa foi proposta pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes[62], qual seja a limitação temporal da prisão preventiva, visto que, com isso, ocasionaria um desafogamento do sistema prisional, como se lê em suas palavras:

> "Isso é inovação que vem sendo aprovada no direito penal da Europa. O tempo máximo de prisão preventiva tem uma proporção razoável com a gravidade do crime, exatamente para acelerar as instruções processuais penais."

Desta forma, o lapso temporal para a prisão preventiva deveria estar compatível com a gravidade e o grau de reincidência do acusado, fazendo com que o judiciário tivesse de agilizar seus processos e procedimentos, pois já conheceria a priori quando este indivíduo voltará à liberdade. Além do mais, restringiria o prazo para que o indivíduo fique preso cautelarmente, tendo em vista que muitas das prisões preventivas são decretadas são utilizadas como prisão-pena, porquanto o indivíduo fica tanto tempo encarcerado que muitas vezes o preso já cumpriu toda a sua pena de forma provisória.

Portanto, com esta sugestão, o indivíduo ficaria preso preventivamente por prazo certo e determinado, assim como ocorre no sistema socioeducativo no qual o adolescente em conflito com a lei fica internado provisoriamente pelo prazo máximo de 45 dias, como se observa no artigo 108 do ECA[63] (Estatuto da Criança e do Adolescente):

---

[62] RAMALHO, Renan. Alexandre de Moraes defende prazo máximo para prisões preventivas. PORTAL G1. Brasília, 21 fevereiro 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/alexandre-de-moraes-defende-prazo-maximo-para-prisoes-preventivas.ghtml> Acesso em: 30 mar. 2017.

[63] BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

> "Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias."

Com essa implementação do prazo máximo da prisão preventiva, o judiciário tornaria mais ágil o julgamento dos processos criminais e consequentemente evitaria longas e duradouras prisões preventivas, culminando na maior efetividade do propósito da audiência de custódia em reduzir o contingente prisional.

Além disso, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen[64] criticam o entusiasmo conferido à audiência de custódia e sua forma de implementação no país, porquanto, para eles, ainda quantos aos fatores legais, os requisitos para a decretação da prisão cautelar continuam os mesmos, o que nos remete à convicção que cada magistrado possui quanto à necessidade ou não da decretação. Destarte, para que a audiência de custódia possa atingir os objetivos para a qual fora criada, deve-se também realizar alterações legislativas nos requisitos e nos pressupostos para a decretação da prisão preventiva a fim de restringi-los ainda mais, sendo imposta somente nos casos estritamente necessários.

Outra falha de natureza jurídico-legal, que prejudica os resultados pretendidos com a audiência de custódia, como apontam Itair e Jessica[65], é a possibilidade de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, fundamentando-a quase que exclusivamente na "garantia da ordem pública", nos moldes do artigo 312 do CPP. Tal expressão é vaga e abstrata, sendo utilizada muitas vezes para justificar a prisão preventiva em face de um acusado reincidente, evitando-o que volte a delinquir. Ocorre que para a imposição de uma prisão

[64]ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 53-55.

[65]SILVA, Jessica Cristina Aparecida Castro da. ARAUJO, Itair de Olivera. Audiência de Custódia no Brasil: uma possibilidade para conter o uso excessivo da prisão preventiva. *Revista Científica FAGOC – Jurídica*. Ubá-Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 48-58, jul. 2016.

cautelar, o magistrado deve, maneira inequívoca (por meio de provas ou elementos de informação), demonstrar a periculosidade do imputado e a probabilidade de reiteração de criminosa.

Igualmente, é necessária também, sob a ótica legal, uma mudança na política de combate às drogas, porquanto este modelo repressivo instituído gerou um inchaço gigantesco no sistema carcerário nacional de modo que 29% dos presos provisórios estão presos por crimes relacionados ao tráfico de drogas[66]. Reforça esta ideia o fato de que em 2006 quando a Lei 11.343/06 entrou em vigor, havia 31.520 presos por tráfico de drogas, já, em junho de 2013, sete anos depois, alcançou-se o número de 138.366, um aumento de 339%. Nesse mesmo período, só um outro crime teve um percentual maior de crescimento, o tráfico internacional de entorpecentes (446,3%)[67]. Como abordado, é necessária, urgentemente, por parte do legislador e das autoridades públicas uma alteração na política de combate às drogas, pois os presos decorrentes do crime de tráfico de drogas correspondem a aproximadamente 23% da população carcerária.

Neste sentido aponta Gabriela Braga[68] em seu trabalho de conclusão de curso:

> "Conclui-se, portanto, que após dez anos de vigência da Lei 11.343/06 é nítido que a política de segurança pública adotada em relação às drogas precisa ser refletida, tendo em vista que este modelo atende somente aos clamores da sociedade

[66]SALVIANO, Murilo. *Relatório do CNJ aponta que, a cada três presos no país, um é provisório.* PORTAL G1. Brasília, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/a-cada-tres-presos-no-pais-um-e-provisorio-diz-relatorio-do-cnj.ghtml> .Acesso em: 24 fev. 2017.

[67]D'AGOSTINO, Rosane. *Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país.* PORTAL G1. São Paulo, 24 junho 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html> Acesso em: 10 de mar. 2017.

[68]BRAGA, Gabriela de Matas Soares. *O impacto da nova lei de drogas no sistema carcerário brasileiro.* 2017. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

> sedenta por castigo, a fim de excluir e controlar aqueles que não correspondem aos padrões do mundo globalizado.
>
> Assim, a problemática que envolve o encarceramento em massa da população pobre pelo delito de tráfico de drogas transcende às falhas e lacunas da Nova Lei. Mais do que isso, são problemas estruturais na nossa sociedade, diz respeito à tentativa "pessoas de bem" dominarem os mais fracos, responsáveis pela desordem na vida contemporânea.
>
> Desse modo, cabe provocar atitudes e maiores reflexões sobre políticas criminais de drogas e de segurança pública, diante da ineficiência das adotadas."

Para que a audiência de custódia possa ser efetiva quanto seu objetivo desencarcerador, urge a necessidade de alteração desta atual política repressiva e criminalizante, porquanto agravou ainda mais o caos do sistema carcerário.

Ainda quanto aos aspectos legais que favorecem a inefetividade do procedimento, o Desembargador do TJ-SP, Guilherme de Souza Nucci[69], tece uma crítica a respeito da inconstitucionalidade formal da Resolução Nº 213, pois somente o Poder Legislativo, e não o CNJ, seria competente para legislar sobre o procedimento da audiência de custódia. Para ele, ocorreu uma grave violação da **legalidade, tendo em vista que esta "**[...] vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal. " Priscila Vanderlei[70], em seu trabalho de conclusão de curso, segue a mesma linha de raciocínio do desembargador, tendo em vista que afirma que a

[69]NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*, *16 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2> Acesso em: 05 mar. 2018.

[70]VANDERLEI, Priscila Rufino. *Da (In)efetividade plena da audiência de custódia no Direito Brasileiro.* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2018.

resolução não resistiria a um controle de constitucionalidade, uma vez que ao reger certas matérias acaba por invadir a competência dos demais poderes, violando o sistema de freios e contrapesos.

Encara-se de forma distinta, porquanto a Resolução 213 do CNJ não possui nenhuma inconstitucionalidade formal, haja vista que somente institui e deu efetividade a um instrumento garantista e pautado nos direitos e garantias do preso, o qual já estava incorporado no nosso ordenamento desde o ano de 1992, como afirmou o Supremo Tribunal Federal na ADI 5240/SP ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL - Brasil. Nesta, o tribunal entendeu, por maioria, ser a audiência de custódia compatível com a Constituição e também com a legislação penal ordinária, como se observa no voto do Ministro Celso de Mello[71]:

> "Os elementos adicionais, agora bem explicitados pelo eminente Relator, permitem-me acompanhar Sua Excelência para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico-constitucional do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se limitou, de modo plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que

[71]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". [...] 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. [...] *ADI 5.240 SÃO PAULO/SP*. Plenário. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL. Intimado: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em :<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>Acesso em 02 mar. 2018.

> dispõe o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a circunstância de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais revestem-se, em nosso sistema normativo, de aplicabilidade direta e imediata (CF, art. 5º, § 1º)."

Corrobora este entendimento Marcelo Zerbini[72], em que, para ele, se têm que o ato judicial está de acordo com a norma legislativamente perfeita que trata do tema. Como já descrito, as Audiências de Custódia foram dispostas no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Poder Executivo, ratificado pelo Poder Legislativo e, finalmente, promulgado por decreto em 6 de novembro de 1992, encontrando-se perfeitamente compatível com a norma constitucional vigente.

Apesar desta divergência, as controvérsias poderão ser resolvidas se um projeto de lei fosse aprovado, tendo em vista haveria uma maior preocupação dos agentes envolvidos em realizar precisamente o que dispõe o procedimento, além de que nortearia a adoção deste procedimento e certamente evitaria possíveis nulidades, tornando o procedimento uniforme e padronizado em todo o país[73]. Destaca-se que há um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional desde 2011 (PLS 554[74] de autoria do Senador João Capiberibe), projeto este que já sofreu diversas emendas, para alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal e com isso determinar, por lei em sentido estrito, no prazo de vinte e quatro horas, depois de efetivada sua prisão em flagrante, a apresentação do preso à autoridade judicial, a fim de que seja

[72]ZERBINI, Marcelo. Da Audiência de Custódia: história e crítica. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Brasília, v. 8, n. 15, p. 229-252, jul./dez. 2016

[73]MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 960,n. 104 p. 77 -120, out. 2015.

[74]BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 554, de 06 de setembro de 2011*. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

resguardada sua integridade física e psíquica e na qual será analisada a necessidade ou não da manutenção da prisão. A referida proposta legislativa foi aprovada em sessão plenária no Senado Federal e foi apensada ao Projeto de Lei nº 8045/2010, que discute a reforma do Código de Processo Penal.

Além disso, devem-se buscar mudanças mais amplas e em diversos setores da sociedade e do aparelho estatal, com foco de neutralizar o caos carcerário, haja vista que meras alterações legislativas, por si só, não possuem a capacidade de sequer amenizar o grave problema do sistema prisional, como bem expõe Giacomolli e Galícia[75]:

> "Todavia, como ficou bem demonstrada após a reforma parcial de 2011, implementada pela Lei n. 12.403, não basta a alteração legislativa desacompanhada de uma mudança de comportamento dos atores processuais no mesmo sentido da norma. Essa é apenas uma das estratégias."

4.2 Fatores Culturais

Conforme Uarlei Oliveira e Fábio Nogueira[76], o Brasil está longe de ser o "país da impunidade", como prega o senso comum. Percebe-se na verdade é a superlotação dos presídios, em que o Estado de Direito pune, mas pune de modo falho e controvertido, acarretando reflexos no sistema prisional e na segurança pública como um todo. Igualmente, os autores bem apontam que o encarceramento vem sendo empregado de modo indiscriminado e sem maiores aprofundamentos, sob o pretexto de combater a criminalidade, entretanto, o resultado tem sido o

[75]GIACOMOLLI, Nereu José. GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017.

[76]OLIVEIRA, Uarlei Jonas de. NOGUEIRA, Fábio Batista. *Requisitos legais para a manutenção da prisão em flagrante e a importância da audiência de custódia*. Disponível em: < https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1554> Acesso em 10 fev 2019.

inverso do esperado, porquanto acaba por fomentar a profissionalização de crimes do indivíduo encarcerado.

Culturalmente, uma das causas desse ainda alto número de prisões processuais está na "cultura do encarceramento" que se encontra infelizmente institucionalizada no judiciário brasileiro. O desconhecimento por parte dos magistrados a respeito da importância das medidas cautelares diversas da prisão faz com que eles acabem por decretar, quase de forma imediata, a prisão preventiva sem analisar a possibilidade de aplicação de alguma medida cautelar distinta da prisão, culminando consequentemente, na superlotação carcerária.

Neste sentido, conforme pesquisa exarada pela Associação dos Magistrados do Brasil[77], para a maioria dos juízes de primeira instância, a audiência de custódia não é importante mecanismo de garantia processual. Revelou-se também nesta pesquisa que quanto maior a instância de atuação do magistrado, maior é sua concordância com o procedimento da audiência de custódia e sua aceitação com o aperfeiçoamento do procedimento. Desta forma, infere-se que para os juízes de primeira instância, ou seja, aqueles que tem o contato direto e contínuo com a audiência, o procedimento não é um instrumento útil e não merece ser otimizado, demonstrando uma verdadeira cultura encarceradora dos juízes originários.

Gilberleide Medeiros[78] traz em sua obra uma crítica à banalização da prisão preventiva, tendo por base que seu uso se dá de maneira abusiva, desproporcional e sistemática por parte dos magistrados principalmente de primeira instância,

[77]ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem Somos – A Magistratura que Queremos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190211-04.pdf>.Acesso em: 19 mar. 2019.

[78]MEDEIROS, Gilberleide de Lima. Audiência de Custódia: do objetivo a que se destina à sua eficácia quando aplicada no plano concreto. *Revista Juris Rationis*, Rio Grande do Norte, Ano 9, n.1, p. 35, out.2015./mar.2016.

deixando de lado a utilização das medidas cautelares diversas da prisão. Em verdade, a prisão ao invés de ser a *ultima ratio*, ou seja, a última medida, ela é tida como medida cautelar principal, indo de encontro com o próprio modelo de Estado Democrático de Direito, fato este que contribuiu consideravelmente para o crescimento desnecessário e exacerbado da população carcerária no nosso sistema punitivo nacional, culminando nestes 40% de presos provisórios, isto sem levar em consideração as prisões domiciliares.

Para Aury Lopes Júnior e Caio Paiva em seu artigo[79], a audiência de custódia por si só não é capaz de reduzir a quantidade de presos provisórios no país, pois é necessária uma mudança na mentalidade judicial rumo à humanização do processo penal como um todo de forma, além de promover uma mudança de cultura, promover um resgate do caráter humanitário e antropológico do processo penal e da própria jurisdição. Neste enfoque, a efetividade e a eficácia da audiência estão ligadas diretamente ao combate à "cultura do encarceramento" presente ainda fortemente no nosso sistema judiciário penal, na sociedade civil e também nos meios de comunicação.

Na opinião do Procurador Mário Bonsaglia[80], coordenador da Câmara de Controle Externo da Atividade Policial e Sistema Prisional do Ministério Público Federal, a audiência de custódia é positiva porque acaba por "tirar dos presídios quem nem precisaria entrar neles". Para ele, porém, são necessárias outras medidas para a efetiva redução da população carcerária, qual seja a maior celeridade na

[79]LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v. 9, n. 5, p. 161-182*.maio/ago.2014.

[80]MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário*?. 14/01/2017 – 06:05 Disponível em: <https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017> Acesso em 07 mar. 2018.

tramitação dos processos e observância, pelos magistrados de primeira e segunda instância, da jurisprudência dos tribunais superiores. Em sua opinião, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) permitem a aplicação do regime aberto em caso de tráfico de drogas, mas o entendimento nem sempre é observado pelas instâncias inferiores, ou seja, não há uma aplicação benéfica da jurisprudência já consolidada dos tribunais superiores aos presos, indicando, portanto, a intenção dos juízes e dos tribunais em manter a lógica punitiva e encarceradora.

Neste sentido, afirma Claudio do Prado Amaral[81] :

> "O Supremo Tribunal Federal (STF) já tem várias decisões demonstrando e abrindo a possibilidade de desencarceramento. Entretanto, é muito difícil os tribunais estaduais seguirem completamente as orientações do STF, optando por uma cultura de encarceramento [...] O maior problema do encarceramento em massa é a superpopulação que isso gera, como no caso do Brasil, com 300 presos por 100 mil habitantes [mais do que a média mundial, de 144 presos por 100 mil habitantes]. Você tende ao descontrole administrativo, o que vai gerar dessocialização. Ou seja: o indivíduo, quando deixar o cárcere, vai sair em condições de sociabilidade muito piores do que as condições existentes quando ele entrou."

Outra causa cultural dos baixos resultados do procedimento é a mentalidade inquisitiva e encarceradora da sociedade civil brasileira, pois, para esta, é inconcebível que uma pessoa, que acabou de ser presa em flagrante, seja solta tão brevemente em apenas 48 horas. Neste sentido, o coordenador auxiliar do Núcleo de

[81]CRUZ, Elaine Patricia. *Existe cultura jurídica de encarceramento no Brasil, diz professor da USP.* AGÊNCIA BRASIL. São Paulo, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-02/existe-cultura-juridica-de-encarceramento-no-brasil-diz-juiz-paulista> Acesso em: 02 mar. 2018.

Situação Carcerária da Defensoria Pública de SP, Silva[82], tece uma crítica, pois para ele, é preciso uma mudança de cultura em relação ao assunto ("cultura do encarceramento"), com a privação de liberdade utilizada apenas em casos extremamente necessários, em suas palavras: "Hoje temos uma cultura punitivista, com programas televisivos sensacionalistas e uma sociedade que acha que bandido bom é bandido morto.."

Nesta vertente, Gasparino Siqueira Correa, em sua obra[83], aponta que há um exacerbado sensacionalismo midiático sobre a (in)segurança pública, potencializada pelo senso comum que, deslumbrado por esta intervenção sensacionalista, toma às dores do Estado e exige a punição do delinquente, sem cobrar as reais causas da violência e sem perceber que é o descaso da própria sociedade pela concretização das garantias fundamentais, que potencializa e estigmatiza o criminoso, tornando-o um inimigo social.

Ainda sobre esta cultura encarceradora, o CNJ[84] já se pronunciou apontando que:

> "Essa cultura (encarceradora) se instalou entre todos nós e está arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal. Ela contamina o pensamento de todos os setores da sociedade, que têm dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade. Mais presos, mais presídios e mais prisões não estão trazendo a segurança que todos desejam."

[82]MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?*. 14/01/2017 – 06:05 Disponível em: <https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017> Acesso em 07 mar. 2018.

[83]CORREA, Gasparino Siqueira. Encarceramento em massa e a necessária implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro moderno. 12 ed. Santa Maria – R: Fadisma Entrementes, 2015.

[84]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371- levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 02 set. 2017.

Bem aponta Afonso Belice[85] o qual afirma que é transmitida a nossa sociedade um modelo de direito penal máximo no qual o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, deveria ser avesso a este expansionismo penal, ao invés de se deixar levar pelo seu uso simbólico e midiático, ocasionando um sistema penitenciário abarrotado, superlotado, falido e de nenhuma forma ressocializador. Para ele, os meios de comunicação de massa corroboram esta situação degradante e violadora de direitos e garantias, não permitindo reflexões e discussões éticas ou críticas sobre a causa dos problemas sociais envolvendo a alta criminalidade que assola nosso país. Estes meios de comunicação, de forma simplória e acrítica, somente enviam a informação ao espectador apoiando o autoritarismo e as arbitrariedades praticadas por autoridade policiais e judiciais.

Carlo Masi[86] evidencia que o alto número de presos provisórios no país representa uma cultura do encarceramento que há muito está arraigada na prática criminal brasileira e que contribui fortemente para o processo de vitimização e violência dos acusados, e consequentemente na superlotação carcerária. Mesmo após a alteração do art. 310 do CPP, a qual instituiu as medidas cautelares diversas da prisão, em sua opinião, não houve avanços significativos no sentido de relegar à prisão o papel de *ultima ratio* estatal, pois permanece ainda como protagonista do nosso sistema punitivo e está cada dia mais banalizada.

[85]BELICE, Afonso Códolo. Combate à cultura do encarceramento: Estado de coisas inconstitucional e as audiências de custódia. 2017, 136 f. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.

[86] MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 960,n. 104 p. 77 -120, out. 2015.

Àlvaro Pires[87] corrobora este entendimento afirmando que quanto ao trabalho do legislador e do magistrado no momento da escolha da sanção, há uma tendência em acreditar que devem privilegiar a escolha da pena aflitiva, particularmente a pena de prisão. Para ele, o sistema penal projeto um retrato essencialmente punitivo em que o procedimento penal hostil, autoritário e encarcerador é considerado o melhor meio de defesa contra o crime.

A Sociologia Jurídica[88] faz uma crítica à cultura do encarceramento, ainda muito presente no judiciário nacional, visto que independente da infração penal praticada, sempre a prisão é tida como punição imediata, em termos:

> "O legislador poderia indicar, conforme a situação problemática que procura regular, o conjunto de sanções possíveis às quais o infrator daquela norma poderia estar sujeito. A retumbante monotonia na definição das sanções pelo legislador soa certamente estranha para qualquer formulador de políticas públicas: não importa qual o problema que se tenha diante dos olhos – o corte não autorizado de uma árvore, a sonegação de impostos, um xingamento racista ou um homicídio cometido com requintes de crueldade –, a resposta estatal definida no tipo penal será sempre a mesma: prisão."

Ante o exposto, é necessária uma mudança de entendimento por parte principalmente do Judiciário e do Ministério Público para que compreendam que a prisão é a medida mais severa que se pode ser aplicada a um indivíduo, na medida de possui um caráter extremamente excepcional e só deve ser aplicada provisoriamente quando alguma outra medida menos gravosa se mostre ineficaz em face dos

[87] PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. mar. 2004. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/335501547/A-Racionalidade-Penal-Moderna-Alvaro-Pires-2> Acesso em: 12 mar. 2019.

[88] GIACOMOLLI, Nereu José. GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017.

princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da presunção de inocência.

Igualmente, conforme estudo promovido pelo IDDD – Audiências de Custódia[89], um dos juízos afirmou a necessidade de capacitação e humanização das carreiras da magistratura e da promotoria, porque atuam notadamente com ideologia encarceradora e punitivista, que segundo ele, não será alterada apenas com a implementação das audiências de custódias, mas por meio de uma capacitação em direitos humanos.

Para que esta mudança de mentalidade ocorra, é necessária uma maior conscientização de todos os agentes envolvidos, a saber: Polícia Militar e Civil, Membros do Ministério Público, Defensoria Pública, Juízes, sobretudo, os de primeira instância, pois são estes que, originariamente, possuem a competência de conceder a liberdade provisória ou até mesmo liberdade plena, caso se constate alguma ilegalidade. Esta conscientização poderá ser obtida por meio de palestras, cursos de capacitação, seminários, congressos, cursos, simpósios e entre outros nos quais se abordem a real necessidade da permanência em liberdade de um indivíduo e abordem também os prejuízos causados com o encarceramento a fim de demonstrar que a prisão deverá ser decretada somente em casos excepcionais.

Neste enfoque, como forma de extirpar do judiciário brasileiro esta cultura encarceradora, segundo José Giacomolli e Caíque Galícia[90], faz-se necessária uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa,

[89]LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. *Instituto de Defesa do Direito da Defesa*. São Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

[90]GIACOMOLLI, Nereu José. GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017

comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos a fim de concretizar o processo penal constitucional, convencional e humanitário.

De igual modo, é importante uma fiscalização por parte do CNJ para que verifique a aplicação por parte dos juízes e tribunais da jurisprudência mais benéfica que fora pacificada pelos tribunais superiores, com o fim de conceder a liberdade àqueles que fazem jus.

Mister também que haja um controle por parte do poder público, ou até mesmo um boicote, a estes programas sensacionalistas e midiáticos, baseados quase que exclusivamente no ódio e na apropriação da desgraça alheia, os quais acabam por inflamar e estimular esta cultura encarceradora e violenta, que já é tão forte em nossa população.

4.3 Fatores Sociais

Para Alessandro Baratta[91], existe uma seletividade quanto à imposição de medidas penais, principalmente quando se refere à prisão, visto que esta se mostra necessária para a manutenção da estratificação social e do *status quo*. Nesta perspectiva, existe uma limitação social, e muitas vezes cultural, que acaba por inchar o sistema carcerário de indivíduos menos favorecidos, de baixa classe social, de periferia, de setores marginalizados da sociedade.

[91]BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 166.

Isto se revela na medida que, conforme pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário (DEPEN)[92] em 2014, existe um "perfil" do preso brasileiro, como já apontado anteriormente, em que 61,6% dos presos são negros, 75% têm até o ensino fundamental completo e 55% tem idade entre 18 e 29 anos. Fica demonstrado, infelizmente, uma estratificação étnica, racial, social e institucional, que como "[...] determinados problemas sociais passam a ser definidos como delinquência de acordo com o desejo da classe dominante, enquanto outras situações muito mais perigosas para a sociedade são ignoradas"[93]

De acordo com estudo do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)[94], desde 1980 está ocorrendo no país um processo gradativo de vitimização letal da juventude, em que os jovens estão morrendo cada vez mais jovens.

Afonso Belice[95] corrobora este entendimento, apontando o caráter seletivo do sistema de justiça criminal, que pune o desviante previamente etiquetado. Para ele, prende-se uma população específica, deixando de repensar sua forma e métodos de atuação, reafirmando as injustiças e desigualdades produzidas pelo próprio sistema.

[92]DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em: 05 jul. 2018.

[93]MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia Feminista: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

[94]IPEA. Atlas da violência. Brasília 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> Acesso em: 11 fev 2018.

[95]BELICE, Afonso Códolo. Combate à cultura do encarceramento: Estado de coisas inconstitucional e as audiências de custódia. 2017, 136 f. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017

Carolina Costa Ferreira[96] corrobora a tese acima, indicando que existe uma seletividade do controle policial, já desvendada pela Criminologia Crítica, em que se prende pessoas, negras, jovens e pobre que é somada à propagação da cultura punitiva, ainda que nos pequenos detalhes.

Angela Davis[97] afirma que a ausência de moradia, a dependência química, o desemprego, o analfabetismo, doenças mentais são apenas alguns dos problemas que desaparecerem da vista do poder público e são por eles "resolvidos" com o encarceramento.

Neste sentido, para que a audiência de custódia possa alcançar seu objetivo preponderante de reduzir a população carcerária, deve anteriormente haver uma mudança social, principalmente nas instituições policiais e judicantes, para que se tenha uma visão mais humanitária, e não somente punitiva, daqueles que se encontram em uma situação de vulnerabilidade e de marginalidade perante a sociedade civil.

Outrossim, Bruno Luiz Cassiolato[98] afirma que o resultado obtido com a audiência de custódia quanto ao seu objetivo de reduzir a população carcerária seria baixo, porquanto o grave quadro que se encontra o sistema prisional se deve à

[96]FERREIRA, Carolina Costa. **Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? *Justiça do Direito*. Brasília. v. 31, n. 2, p. 279-303, maio/ago. 2017.**

[97]**DAVIS, Angela. *O racismo mascarado*: reflexões sobre o complexo penitenciário industrial. Trad. Jacque Conceição. Kilombagem, 22 de dezembro de 2015, p. 1. Disponível em: http://kilombagem.org/o-racismo-mascarado-reflexoes-sobre-o-complexo-penitenciario-industrial/>. Acesso em: 7 abr. 2017.**

[98]ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. *Audiência de Custódia*. São Paulo, 2015. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br/internas/artigos/dirpeprocpeexpenalview.aspx?id=25650>. Acesso em: 03.06.2015.

questões sociais civilizatórias e à cultura de punição e vingança que permeiam a sociedade, e não à questões meramente estruturais ou de falhas normativas. Ele ainda exemplifica quando se refere que, mesmo após a inserção no Código de Processo Penal das medidas cautelares diversas da prisão, o número de presos provisórios ainda assim não diminuiu, tendo em vista que o país vive uma crise civilizatória e social, que encarcera uma parcela específica da população.

Reafirma este entendimento Vanderlei Deolindo[99]:

> "Então, é necessário atuar nas causas, e não somente nos efeitos. A ausência ou ineficiência de políticas de Estado junto às populações mais pobres, educação familiar e escolar, pobreza patrimonial e moral, desemprego, crises econômicas, impunidade, entre tantos outros fatores, precisam de efetiva atenção dos gestores públicos, buscando suporte na sociologia, na criminologia e outras ciências, para que se desenvolvam efetivos atos de gestão visando a transformações no passar das próximas décadas."

Desta maneira, a falta de interesse dos governantes em atuar nas causas do alto índice da criminalidade, o qual é refletido diretamente nos baixos resultados obtidos com a implementação da audiência de custódia, nos revela que um procedimento isolado de cunho penal e processual penal, como o procedimento da audiência, não tem a mínima capacidade de impactar e solucionar um problema social brasileiro que se demonstra muito maior.

Muito mais do que um sistema carcerário sobrecarregado, existe um problema social bem mais complexo, que é a alta da criminalidade que culmina consequentemente com o alto número de pessoas encarceradas.

[99]DEOLINO, Vanderlei apud ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 210

Ainda sobre os fatores culturais, para a Teoria da Rotulação Social[100], um teoria da Criminologia, a delinquência é consequência do processo desencadeado pela estigmatização em que se atribui certa qualidade a alguém. Neste ponto, a prisão, uma das mais graves formas de reprovação penal, contribui de certa forma para o aumento da criminalização. A partir disso, a audiência de custódia busca impor a prisão preventiva somente nos casos estritamente necessários de modo que o indivíduo somente entrará no sistema carcerário quando as circunstâncias se revelarem imperiosas, priorizando as medidas cautelares diversas à prisão, a fim de afastar essa estigmatização e preconceitos gerados em desfavor do indivíduo preso.

Destarte, deve-se evitar o encarceramento desnecessário, evitando consequentemente os estigmas e os preconceitos relacionados à ideia de "ex-detento", haja vista os prejuízos causados a ele e também à sua família na redução de oportunidades de vida, sejam elas de cunho trabalhista, educacional, efetivo, relacional e entre outros.

Segundo o IPEA[101], para se reduzir a criminalidade, é imperioso buscar políticas públicas focalizadas, haja que apenas 2% dos municípios brasileiros concentravam 22.776 homicídios, 48,6% do total do crime ocorridos no país. Além disso, conforme o instituto, para redução do crime, é necessário pensar em como se vão transformar as escolas atuais, sobretudo nas localidades mais críticas, pois se deve possibilitar a inserção desse jovem no mercado de trabalho. Há problemas de formação que dificultam a entrada desses jovens no mercado, que consequentemente é suscetível aos piores empregos. E por óbvio ele não vai permanecer em nenhum

[100]SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 265.
[101]IPEA. *Nota Técnica nº 18*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160510_notatecnica_diest_18.pdf>. Acesso em 09 jul. 2018.

trabalho porque ele não é satisfeito, infiltrando-se em um ciclo de exploração, ficando mais propício à delinquência. Para isso, é preciso de uma mediação para auxiliar esse jovem no mercado de trabalho em opções que sejam mais vantajosas do que a promessa superficial do crime, por exemplo, o tráfico de drogas.

A eficácia da audiência de custódia frente à redução da população carcerária passa diretamente pela redução das prisões preventivas. Esta redução da decretação das prisões preventivas irá ocorrer, por óbvio, mais precisamente com a redução da criminalidade, pois não adianta a implementação nacional de um procedimento penal de maneira isolada, são necessárias também, como já afirmado anteriormente, medidas conjuntas de reestruturação do sistema penal e processual penal nacional, maior investimento em educação, maior distribuição de renda com maior implementação de vagas de trabalho, fim da impunidade para os criminosos com alto poder aquisitivo, maior fiscalização no cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão e entre outras medidas com o fim de reduzir o índice criminal.

4.4 Fatores Institucionais

Neste contexto de total crise institucional e estrutural, Caio Paiva[102] afirma que o panorama do encarceramento no Brasil impede qualquer perspectiva otimista a seu respeito, visto que transita artificialmente entre rebeliões e mutirões em que as rebeliões demonstram que o sistema carcerário não funciona, os mutirões carcerários ocultam que o Poder Judiciário também não funciona como deveria funcionar. Nesta perspectiva, que alimenta um sistema autofágico de violação dos

[102]PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em:<http:www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jrcaio-paiva-evolução-processo-penal>.Acesso em: 01 fev.2018.

direitos humanos, a audiência surge não como uma solução para todos os problemas do encarceramento, e sim como a tentativa, mais ambiciosa de freá-lo.

Em níveis institucionais, existem inúmeros elementos que contribuem para a reduzida efetividade da audiência de custódia quanto ao seu objetivo desencarcerador. Dentre estes elementos, a que se destaca é a falta de aplicação prática e efetiva das medidas cautelares diversas da prisão.

Para Nina Leal[103], a falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares acaba também por impedir que a audiência de custódia alcance os objetivos almejados, visto que sem a fiscalização por parte do poder público do cumprimento de medidas cautelares diferentes da prisão, os magistrados ao invés de aplicarem a prisão preventiva como *ultima ratio*, acabam por decretá-la corriqueiramente e quase que automaticamente numa perspectiva institucionalizada e sistêmica. Só com uma correta fiscalização do cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão faria com que o magistrado deixasse de decretar a prisão preventiva de imediato e optasse por ma medida não encarceradora, que por sua vez, culminaria posteriormente num desinchaço do sistema carcerário. Nesta perspectiva, se as medidas cautelares diversas da prisão fossem corretamente aplicadas e efetivamente cumpridas, a custódia cautelar se mostraria desnecessária e desproporcional, ocasionando a redução da população carcerária.

Adelmar da Silva[104] também aponta como causa da inefetividade a falta de fiscalização no cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão previstas no

[103]LEAL, Nina Araújo Melo. Audiência de Custódia: uma via de solução frente ao atual colapso do sistema penitenciário brasileiro? *Cadernos Cajuína*, Teresina- PI, v. 1, n. 3, p.126, jul. 2016.

[104]SILVA, Adelmar Aires Pimenta da. *A audiência de custódia é cara e inútil*, 28 de julho de 2015, 6h34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-28/adelmar-silva-audiencia-custodia-cara-inutil>. Acesso em: 05 mar. 2018.

artigo 319 do Código de Processo Penal, visto que há uma falha institucional por parte do Executivo que não adquire tornozeleiras de monitoramento eletrônico, medida cautelar desencarceradora, que poderia facilmente substituir de forma eficaz a prisão preventiva. Somado a isso, há um problema institucional de controle por parte do poder público de fiscalizar de forma correta e rígida o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão. Estes dois fatores acabam por impactar diretamente nos resultados almejados com a implementação do procedimento da audiência de custódia, porquanto não há uma verdadeira fiscalização do cumprimento de medidas alternativas à prisão, que acabam fazendo com que o magistrado decrete a prisão preventiva do indivíduo diante do fracasso da aplicação dessas outras medidas cautelares.

É de fundamental importância comentar a respeito do acordo firmado em 2017 pelo GDF, a Secretaria da Segurança Pública e da Paz Social e o TJDFT para a aquisição de 6.000 (seis mil) tornozeleiras eletrônicas, que serão distribuídas entre o NAC (Núcleo de Audiência de Custódia), Vara de Execuções Penais e Execução do Regime Aberto. Aliada às demais políticas públicas de redução da criminalidade, essa aquisição tem por objetivo tentar impedir o retorno do indivíduo ao sistema carcerário por meio do monitoramento eletrônico, medida cautelar prevista no Código de Processo Penal, conforme aponta a juíza Leila Curi, titular da Vara de Execução Penal do DF – VEP:

> [...] as tornozeleiras eletrônicas são importante instrumento para a política de desencaceramento. O seu uso, sobretudo quando destinado aos presos provisórios, evitará o ingresso deles no sistema prisional, ao mesmo tempo em que trará maior garantia ao juiz de que os passos do réus sofrerão

> monitoramento eficaz ou, pelo menos, mais eficaz que a fiscalização por meio de agentes penitenciários."[105]

Por meio dela, então, possibilita-se averiguar exatamente onde o indivíduo se encontra e desta forma observar se está cumprindo de fato as medidas judiciais a que fora submetido como a proibição de acesso ou frequência em determinados lugares, proibição de manter contato com alguém, proibição de ausentar da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga e entre outras. E agora sim, caso descumpra alguma destas medidas diversas da prisão, poderá ingressar no sistema prisional por meio da decretação da prisão cautelar.

Conforme a Sociologia Jurídica[106], deve-se buscar primeiramente sempre medidas cautelares desencarceradoras, pois a utilização preferencial da prisão exclui de imediato uma série de mecanismos de prevenção potencialmente mais interessantes e eficazes e impede que avancemos na construção de políticas públicas. E ainda pior, analisando-se sociologicamente, percebe-se que os resultados com a centralidade da prisão são os mais catastróficos, especialmente quando o que se quer é reduzir a violência e a criminalidade. Diante desse caos instaurado, a busca sempre por medidas e punições encarceradoras culmina na superpopulação carcerária. Para a Sociologia Jurídica, há um estudo das ciências sociais quanto este problema citado, entretanto, não há no meio jurídico e político esforços necessários e imediatos para solucionar ou pelo menos amenizar esta situação.

---

[105] TJDFT. *Monitoração eletrônica será realidade em Brasília*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/dezembro/monitoracao-eletronica-de-presostjdft-e-gdf-assinam-acordo-de-cooperacao-para> Acesso em: 30 mar. 2017.

[106] SILVA, Felipe Gonçalves. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de sociologia jurídica*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219109/cfi/377!/4/2@100:0.00> Acesso em: 09 mar. 2018.

Para Rodrigo Alflen e Mario Andrade[107], extrai-se que por meio do monitoramento eletrônico proporcionado pelas tornozeleiras, é possível ao Estado o exercício de um controle mais rígido e mais amplo sobre o sujeito submetido a esta medida cautelar diversa do cárcere. Entretanto, deve ficar claro que esta medida cautelar, assim como as demais, está prevista num rol taxativo e que devem ser obedecidas as condições para sua utilização, sendo plenamente vedada a sua utilização arbitrária e desmotivada. Além disso, a sua utilização deve se dar apenas diante da impossibilidade de se aplicar outra medida cautelar menos grave.

Em sentido contrário, Gustavo Noronha de Ávila[108] faz uma crítica oportuna ao otimismo quanto à eficácia desencarceradora do instituto da audiência de custódia, pois afirma que este instituto provavelmente sucumbirá, assim como sucumbiram tantos outros instrumentos político-criminais minimalistas, a saber: Juizados Especiais Criminais, ampliação das hipóteses de aplicação de penas alternativas, a Lei 12.403/2011 que trata das medidas cautelares diversas da prisão e entre outros. Em sua opinião, a falta de fiscalização e de efetividade na imposição de alguma das medidas cautelares diversas da prisão faz com que os magistrados acabem por decretar a prisão preventiva de imediato fundamentando-a genericamente no resguardo à ordem pública ou em qualquer outro fundamento genérico e abstrato, mitigando assim o princípio da legalidade que rege primordialmente o nosso sistema penal.

[107] ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

[108] ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aplicação a presos cautelares ou em decorrência de sentença. In: ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al] *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça* .2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 170.

É imperiosa uma atuação concreta e eficaz para com as políticas criminais, e não somente alterações de cunho normativo que não são capazes de alterar a grave realidade prisional com que convivemos. Neste enfoque, para que audiência de custódia se torne mais eficiente e eficaz, é imperioso que ao ser decretada uma medida cautelar, haja um mecanismo de controle que dê eficácia a esta medida de modo que a prisão cautelar não se revele mais necessária. Uma rede sistematizada e organizada de aplicação e controle de medidas cautelares diversas da prisão é capaz de garantir aplicação da lei penal, assegurar a investigação ou a instrução criminal, e neutralizar o risco de prática de delitos, sem que seja necessária a imposição de prisão preventiva.

Marcelo Macena[109] expõe que, como forma de, institucionalmente, auxiliar no alcance dos objetivos pretendidos com a audiência de custódia, se deve investir na Justiça Restaurativa como meio de resolução do conflito, no caso o crime, por meio de mediação entre vítima e ofensor, como se observa:

> "Considerando-se hoje no Brasil a Justiça Restaurativa com uma inovação na nossa justiça penal, a qual se constrói a partir de críticas da punição pelo crime, propondo um novo modelo de justiça pautado na ética da alteridade, trazendo à tona o diálogo entre as partes, como fonte fundamental para solução de conflitos, claro que respeitando os direitos da vítima, como também o que sofrerá durante a ocorrência do fato criminoso, um dos pontos cruciais seria a compreensão do crime, tirando da sociedade o espelho que a privação de liberdade seria um único modo de punição, sabemos que prender não resolve o problema, se há uma busca constante a alternativas para ressocialização de pessoas que ainda tem salvação, não devendo ser crucificadas por um deslize, vez que o sistema jurídico brasileiro, no que se fala em Direito Penal, é bem

[109]MACENA, Marcelo Gomes. *A eficácia da audiência de custódia como garantia constitucional dos presos*. 2017. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES/UNITA, Caruaru, 2017.

> amplo em relação a possibilidades de acometimentos de crimes ou infrações penais, a partir dessa perspectiva, se leva a ideia de um sistema criminal no qual deverá priorizar a composição dos danos ocorridos, buscando restabelecer relações abaladas entre vítima e agressor, em busca de um futuro melhor para todos, a Justiça Restaurativa tem a visão que tanto os envolvidos como a sociedade em geral podem atuar no conflito, para que se possa encontrar uma solução plausível e diferente do encarceramento precoce determinado pela justiça brasileira, o que não resolve e só aumenta o problema, rompendo com o atual sistema de punição , trazendo outros meios, através de acordos propostos para solucionar o fato ocorrido, e restaurando a dignidade e inserido no convívio social o criminoso, claro ressalvando que sua aplicabilidade deve ser limitada a alguns crimes, não vislumbrando a sua aplicabilidade em crimes de caráter hediondos por exemplo."

José Giacomolli e Caíque Galícia[110] também apontam que existem outras medidas que se fazem necessárias para assegurar a garantia do preso em ser apresentado e ouvido pela autoridade judicial competente. Para eles, há a necessidade de implementação de políticas institucionais, com gestão de prioridades e necessidades, bem como a conscientização de todas as esferas dos três poderes, da funcionalidade do sistema criminal com o afastamento do entendimento de que a criminalidade se resolve somente com Direito Penal e o Direito Processual Penal. Outrossim, destaca-se a importância de diminuir a hipertrofia da racionalidade técnico-instrumental legalista na perspectiva do alcance de uma dimensão ética solidária e político-participativa. Na compreensão desses autores, faz-se mister uma mudança de mentalidade institucional de todos os responsáveis, ainda que indiretamente, pelo sistema carcerário em que se deve optar por medidas alternativas de cunho solidário e político-participativo, afastando-se da racionalidade técnico-instrumental de encarcerar aqueles indivíduos mais propensos.

[110]GIACOMOLLI, Nereu José. GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017.

De acordo com Álvaro Pires[111], com base no princípio do direito penal mínimo (*ultima ratio*), é recomendado, entre outros pontos, descriminalizar alguns comportamentos, criar mecanismos que favoreçam a desjudiciarização, elaborar novas teorias de sanção, diversificar os procedimentos, facilitar um acordo entre as partes litigantes, reduzir as penas máximas e as penas de caráter prisional, além de eliminar as penas mínimas de prisão.

Para a Escola Estruturalista Marxista[112], vertente da Antropologia Jurídica, para se analisar determinado fato ou fenômeno social, é preciso uma análise anterior das instituições que provocaram ou que se relacionam a este fato/fenômeno. Porquanto, para ela, os resultados dos fatos e dos fenômenos são diretamente proporcionais aos resultados obtidos com o atingimento de objetivos por parte destas instituições.

Neste sentido, para se analisar os resultados da audiência de custódia, é necessário avaliar os resultados obtidos com o funcionamento das atividades destas instituições. A controvérsia se refere ao fato de que estão se buscando, por meio da audiência de custódia, os melhores resultados para a redução da população carcerária, para a cessação da violência policial e para o fim da "cultura do encarceramento", mas não está sendo analisado o fato de que as instituições envolvidas com o procedimento estão defasadas e com sérios problemas, sejam de índole estrutural, ideológica, financeira e entre outros. Ou seja, estão preocupados

[111]PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. mar. 2004. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/335501547/A-Racionalidade-Penal-Moderna-Alvaro-Pires-2> Acesso em: 12 mar. 2019

[112]ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica: Geral e do Brasil – Para uma filosofia antropológica do Direito*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6401-6/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 16 mar. 2017.

com os resultados a serem obtidos, mas não há uma atuação nas causas dos problemas e nem nas instituições que são ditas capazes de solucioná-los.

Destarte, para que se alcance os melhores resultados com a redução da população carcerária, se faz necessário obter melhoramentos nas instituições envolvidas com o procedimento e com o sistema carcerário como um todo.

Neste mesmo enfoque, Everton Silva dos Santos[113] em seu artigo aponta a necessidade de ser elaborado um projeto estratégico no Poder Judiciário de Alagoas, que certamente poderá ser aplicado no Judiciário do Distrito Federal, para a criação e instalação de uma unidade judiciaria específica e aprimorada para a realização dos procedimentos que envolvam a audiência de custódia, tendo como objetivo precípuo a obtenção de efetividade e verdadeira consolidação como direito fundamental. Ele ainda conclui em seu estudo que a audiência de custódia traz em seu escopo a conjectura da necessidade de se organizar e promover centros de serviços e assistência social, centros de alternativas penais, como a de monitoramento eletrônico, e ainda de câmaras de mediação penal, no intuito de revelarem aos magistrados escolhas mais seguras e concretas que se contrapõem à prisão cautelar, diminuindo de forma gradativa, a cultura do encarceramento.

Corroboram este entendimento José Junior e Ana Martins[114], pois apontam que institucionalmente é preciso atuar em conjunto: judiciário, forças de segurança pública e sociedade civil, para garantir uma convivência harmônica e pacifica, garantindo a quem couber a concessão de liberdade provisória, e remodelando o

[113]SANTOS, Everton Silva dos. A efetividade das audiências de custódia no poder judiciário de Alagoas e sua real consolidação como direito fundamental. *Encontro de Pesquisas Judiciárias.* Maceió, v. 4, p. 441, jul. 2018.

[114]JÚNIOR, José Carlos da Silva. MARTINS, Ana Carolina Cravo. *Reflexos da audiência de custódia na atividade policial.* Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1473?mode=full> Acesso em: 11 fev 2019.

sistema carcerário, agindo profundamente na prevenção de delitos e concedendo ao policial militar um direito da administração pública, o de ter sua conduta presumidamente legitima até que algo apareça provando o contrário. Para eles, o objetivo não é extinguir com a audiência, tanto que há de se concordar que o referido mecanismo jurídico é de suma importância para todos, pois por muitas vezes nem sempre a melhor alternativa será o encarceramento.

Destarte, para a obtenção de resultados ótimos com a audiência de custódia, é indispensável um investimento anterior na aplicação e no acompanhamento da imposição de medidas cautelares diversas à prisão, a fim de que esta não se mostre necessária. Além disso, é preciso um esforço mais amplo, principalmente do Poder Executivo, para que invista em políticas públicas para a solução do grave problema da criminalidade que culmina em um sistema penitenciário falido e precário, pois não há sentido a implementação isolada de um procedimento por parte do Judiciário, como é o caso da Resolução nº 213/2015, que instituiu a audiência de custódia, sem haver um esforço conjunto com o Executivo e demais ramos da sociedade para dar maior efetividade e eficácia a tal procedimento.

4.5 Fatores Estruturais

Nina Araújo Melo Leal[115] expõe de maneira brilhante que a implantação da audiência de custódia deve sim ser festejada pela comunidade jurídica, pois adequa as normas nacionais com as normas internacionais, priorizando e indo ao encontro de um Direito Penal e Processual Penais mais humanitário e garantidor. Por outro lado, segundo ela, há muito a que se fazer ainda para que este instituto se torne mais eficaz e efetivo, como, principalmente, melhorias nas estruturas físicas onde se

[115]LEAL, Nina Araújo Melo. Audiência de Custódia: uma via de solução frente ao atual colapso do sistema penitenciário brasileiro? *Cadernos Cajuína*, Teresina- PI, v. 1, n. 3, p.123 – 130, jul. 2016

realizam as audiências, ampliação dos meios de transporte dos presos, formação e aperfeiçoamento de todos os sujeitos envolvidos (policiais, magistrados, membros do ministério público e defensores) e entre outros. Ao mesmo tempo, deve ocorrer também mudança de mentalidade e de paradigmas inseridos na persecução penal, pois senão esta estará fadada ao fracasso, sendo somente mais um instrumento burocrático que acabará por inchar ainda mais as varas criminais, sem quaisquer resultados significativos na sociedade.

Gilberleide Medeiros[116], ainda neste sentido, faz uma crítica interessante ao modo como foi instituída a audiência em nosso sistema jurídico, pois em sua opinião, há uma pressão institucional interna e externa no Poder Judiciário para de forma imediata solucionar ou pelo menos amenizar o caos que vive nosso sistema prisional, incumbência esta que é do Poder Executivo e não do judiciário. Ele afirma que nosso sistema prisional enfrenta a maior crise de todos os tempos, e que a busca por uma solução, ou pelo menos por uma amenização, demanda de medidas emergenciais e urgentes. A superlotação é uma realidade em quase toda instituição carcerária do país, inclusive nos de detenção provisória; fugas e rebeliões acontecem corriqueiramente, o que implica ainda altíssimos custos para todas as unidades da federação. Ele ainda corrobora que mesmo que houvesse destinação imediata de verba para construção de novos presídios, vencidas as etapas legais e burocráticas, ainda assim demandaria um tempo considerável para utilização das novas vagas, em virtude de uma série de processos licitatórios relativos à instância administrativa.

[116]MEDEIROS, Gilberleide de Lima. Audiência de Custódia: do objetivo a que se destina à sua eficácia quando aplicada no plano concreto. *Revista Juris Rationis*, Rio Grande do Norte, Ano 9, n.1, p. 31-42, out.2015./mar.2016

A opinião de Gilberleide é corroborada pela opinião do Juiz de Direito do Estado de Goiás, Lázaro Alves Martins Junior[117]:

> "Em outro diapasão, que me parece coerente, muitos justificam que a audiência de custódia tem como finalidade primordial evitar o aumento das populações carcerárias diante da omissão flagrante do Poder Executivo que não investe na melhoria da infraestrutura pertinente. Então, evita-se o colapso com o incentivo à impunidade. Crime, que merece prisão, apenas se for muito grave e reiterado. Eventualmente podemos ter fatores complicadores. A mistura dos ingredientes é preocupante. Vejamos: a infraestrutura carcerária faliu, então soltamos os autores de crimes; não se investirá em presídios, segurança pública e educação, portanto, diante da impunidade e mantido o ritmo crescente da criminalidade,mesmo com as audiências de custódia logo os estabelecimentos penais retornarão a situação atual. Qual será a próxima medida? Talvez a descriminalização do uso e venda de drogas,pois, uma grande parcela de presos está envolvida nesta conduta. E depois?"

Para o magistrado, é mais barato e mais célere implantar a audiência e com isso abrandar os casos de decretação de prisão preventiva sem haver uma alteração legislativa na norma, sem construir presídios, sem investir na infraestrutura do sistema carcerário, sem melhorar as estruturas penais, sem investir em políticas públicas para redução da criminalidade, sem implantar mecanismos dentro do Poder Judiciário para reduzir a tal "cultura do encarceramento", sem que o Executivo gaste um centavo. Desta maneira, em sua opinião, o resultado prático seria a banalização da audiência de custódia com um controle meramente formal do auto de prisão em flagrante com a imediata soltura do preso por meio da liberdade provisória, culminando apenas como uma forma de maquiar e disfarçar um problema muito

[117]ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. Goiânia, 05 agosto 2015. Disponível em: <https://asmego.org.br/2015/08/05/em-artigo-juiz-lazaro-alves-critica-a-adocao-da-audiencia-de-custodia/ > Acesso em: 08 mar.2018.

maior que é o caos do sistema prisional. Em sua conclusão, ele expõe suas indagações a respeito do aumento repentino inicial de 30% das decisões concedendo liberdade provisória na audiência de custódia até janeiro de 2016, sem que tenha havido qualquer alteração legislativa ou jurisprudencial, mas sim alterações extrajurídicas e dissociadas do direito penal. Para ele, houve somente uma mudança procedimental, o que antes era uma análise formal do auto de prisão em flagrante, agora é uma análise mais completa das circunstâncias da prisão, somada também a uma pressão institucional por parte do CNJ para "abrandar" os casos de prisão preventiva.

Outrossim de acordo com um juiz do Estado do Rio Grande do Sul[118], não houve qualquer preparação para a implementação do procedimento da audiência de custódia, porquanto não há estrutura suficiência do ponto de vista de pessoal, de estrutura, de recursos humanos e materiais, o que faz com que não haja a devida apresentação dos acusados.

Essa crise e esse caos estruturais, que se encontra o sistema carcerário nacional e acaba por inibir os resultados significativos esperados com a realização do procedimento da audiência, é apontado por Marcos Rolim[119], pois segundo ele:

> "[...] os diversos problemas que acabam por atingir princípios e regras constitucionais em dezesseis teses, quais sejam: 1) inexistência de um processo de individualização das penas, condicionada, em larga medida, pela circunstância objetiva da superlotação das casas prisionais; 2) ausência de procedimentos padronizados de

118LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. Instituto de Defesa do Direito da Defesa. São Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

119ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a refor ma prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (org.). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. 2007, p. 78-79.

administração prisional, tratamento dos presos e gerenciamento de crises; 3) condições degradantes de carceragem em todo o país, destacadamente no que se refere à habitabilidade, higiene, alimentação e saúde; 4) ociosidade geral dos encarcerados contrastada por projetos marginais e precários de educação e de trabalho não profissionalizante; 5) inexistênciade garantias mínimas e exposição sistemática dos condenados às mais variadas possibilidades de violência por parte dos demais presos e de funcionários do sistema; 6) omissõessistemáticas por parte do Poder Judiciário e do MinistérioPúblico no enfrentamento da crise penitenciária e na montagem de estruturas efetivas de fiscalização; 7) condições irrazoáveis e inseguras de trabalho para os próprios funcionários do sistema, em geral despreparados e mal pagos; 8) corrupção disseminada no sistema a partir da venda de direitos, tráfico de drogas, introdução ilegal de vantagens e privilégios, desvio de alimentos e de outros recursos e coprodução e agenciamento do crime; 9) regimes disciplinares rigorosos e ineficientes que agravam arbitrariamente a execução penal e promovem tensionamentos desnecessários nas instituições; 10) inexistência de mecanismos de queixa e processamento de denúncias realizadas por internos e familiares; 11) inexistência de mecanismos de fiscalização independentes e sistemáticos das instituições prisionais; 12) inexistência de recursos elementares de segurança como, por exemplo, detectores de metais, na grande maioria das casas prisionais; 13) tratamento inadequado e normalmente ilegal e abusivo na revista de familiares de apenados quando das visitas àsinstituições; 14) inexistência de assessoria jurídica aos condenados e dificuldades extraordinárias para a obtenção de benefícios legais na execução agravadas pela inexistência ou precariedade da Defensoria Pública nos Estados; 15) assistênciamédica e odontológica praticamente inexistentes ou oferecidas de forma rudimentar, precária e assistemática; 16) elevado índice de morbidade nas prisões; indicadores elevados de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis (HIV – AIDS) e de casos de tuberculose, entre inúmeras outras doenças."

Marcelo Marcena[120] da mesma forma, em sua monografia, aponta algumas falhas de cunho estrutural no sistema judiciário brasileiro que acabam por impactar diretamente na audiência de custódia, pois para o autor, não é recente que se há a discussão a respeito da ausência de estrutura encontrada no Judiciário e seus auxiliares, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia. Ele continua afirmando que o que se encontra é uma magistratura sobrecarregada, em que juízes que acumulam duas ou três varas em comarcas diferentes, onde não dariam conta nem da sua própria secretaria onde são titulares, juízes que não são especialistas que são obrigados a atuar em diversas áreas, com pautas de audiências sobrecarregadas, e ainda agora são obrigados a suportar as audiências de custódias que devem ser realizadas diariamente, pois todo dia se prende ou se solta gente em nosso País. Marcelo ainda aponta a falha estrutural, em que o Poder Judiciário avoca uma responsabilidade e uma competência que é do Poder Executivo em reduzir a população carcerária e conceder condições dignas de encarceramento. Diante disso o Conselho Nacional de Justiça emite a resolução e lança o problema na mão dos Tribunais, que por consequência lançam o problema para a magistratura de primeiro grau, a qual não suporta e quem sofre é a sociedade civil, por insegurança, e os próprios presos, por não terem seus direitos constitucionais garantidos."

Marcelo Macena[121] ainda aponta que o sistema penal condiciona a sua eficácia e sua efetividade à integração das instituições envolvidas com o procedimento, mais especificamente com as polícias judiciárias. Destarte, para

120MACENA, Marcelo Gomes. A eficácia da audiência de custódia como garantia constitucional dos presos. 2017. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES/UNITA, Caruaru, 2017, p. 51.

121MACENA, Marcelo Gomes. *A eficácia da audiência de custódia como garantia constitucional dos presos*. 2017. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES/UNITA, Caruaru, 2017, p. 51.

maior efetividade da audiência de custódia, deve haver uma maior integração entre todas os agentes envolvidos, como Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Polícias e Sociedade Civil.

Foi instituída em 2015 uma Comissão Parlamentar de Inquérito[122] por meio do Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, e 04 de março de 2015, presidida pelo Deputado Eduardo Cunha, para apurar a realidade do sistema carcerário, e chegaram à conclusão em relação às falhas estruturais que assolam o sistema penitenciário nacional em que é indiscutível a precariedade qualitativa e quantitativa do sistema carcerário nacional, resultante de inúmeros fatores, sendo clara a incompatibilidade entre aquilo que é preconizado pelas normas e a realidade que é encontrada no dia-a-dia, alheia a tudo que se proclama em termos de boas práticas para o cumprimento da pena e ressocialização. Entre os fatores negativos preponderantes, estão as prisões superlotadas que se espalham por todo o Brasil, completamente desprovidas de tudo o quanto seria absolutamente necessário para que funcionasse a contento.

Nesta perspectiva, é difícil esperar que se alcance os resultados ótimos pretendidos com a realização da audiência de custódia, quando não há estrutura e nem uma base consolidada que forneça as condições necessárias para que haja o alcance destes objetivos. Em verdade, o que se tem é um novo instrumento burocrático de análise do auto de prisão em flagrante, quando na verdade, antes da implementação deste novo procedimento, deveria ter havido uma reestruturação do sistema penal e do sistema carcerário com o objetivo de fornecer as condições essenciais para a obtenção dos melhores resultados.

[122]CÂMARA DOS DEPUTADOS. CPI – *Sistema Carcerário Brasileiro* - Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito. Brasília. 2017, pág. 250.

Para Adelmar Silva[123], a realização da audiência de custódia para todos os presos em flagrante inviabilizaria as varas criminais em todo país, porquanto somente prolongaria a duração dos processos, culminando na consumação da prescrição e na percepção generalizada de impunidade. Neste enfoque, há uma falha estrutural, principalmente nas comarcas do interior, que não se consegue suportar a realização de todas as audiências, tendo em vista que estão totalmente sobrecarregadas de ações penais e de *habeas corpus*.

Por outro lado, Amélia Hora[124] aponta de forma interessante e coerente que as dificuldades com a implantação e estabilização da audiência de custódia não são somente encontradas no Judiciário, mas sim em todos os agentes envolvidos no processo penal brasileiro, como policiais civis e agentes penitenciários, Ministério Público, Defensores públicos ou particulares e também no Judiciário. Desta forma, para atingir os melhores resultados com a implantação deste procedimento, é extremamente necessário um esforço conjunto e integrado de todos esses sujeitos a fim de reduzir a população carcerária, e sobretudo, preservar os direitos e garantias previstos aos presos.

Nesta perspectiva de falhas estruturais quanto à otimização da audiência de custódia e o atingimento de seus melhores resultados, o juiz Guilherme Madeira[125] afirma que a audiência de custódia também poderia ser realizada por meio de videoconferência (Skype, por exemplo) como dispõe o artigo 185, § 2º, CPP, visto

[123]SILVA, Adelmar Aires Pimenta da. *A audiência de custódia é cara e inútil*, 28 de julho de 2015, 6h34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-28/adelmar-silva-audiencia-custodia-cara-inutil>. Acesso em: 05 mar. 2018.

[124]HORA, Amélia Maria Motta da. *Audiência de Custodia: Eficácia para o sistema Carcerário Contemporâneo*.. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html> Acesso em: 05 mar. 2018.

[125]MADEIRA, Guilherme. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3jzNdhxuApQ> Acesso em: 15 out 2016.

que eliminaria o custo do transporte do preso e assim adaptaria a audiência à nossa realidade, sendo-a realizada de maneiras mais rápida e menos dispendiosa, tendo em vista a enorme extensão territorial do nosso país e a falta de estrutura para a realização da audiência, principalmente, nas comarcas do interior. O Ministério Público Federal, por meio da Nota Técnica nº6 sobre o PLS 554/201[126]1 que trata da audiência de custódia, também é favorável para que a audiência ocorra por meio de videoconferência nos casos em que a condução do preso possa trazer perigo à sociedade, em comarcas mais distantes e entre outros.

Desta forma, como afirma Amélia Maria[127], em seu artigo, a audiência de custódia possa ser realizada sem que houvesse gastos desnecessários de modo que seria realizada pelo sistema de vídeo conferência, asseguradas todas as garantias constitucionais e legais, dotando-se o Poder Judiciário ou até mesmo a Polícia Civil de salas adequadas, em especial quando se cuidar de pessoa presa de alto grau de periculosidade, não só por questão de segurança, mas para evitar custos operacionais desnecessários.

No âmbito do Distrito Federal, o NAC (Núcleo de Audiência de Custódia), anteriormente localizado na sede do TJDFT, foi transferido em 18 de agosto de 2017 para o Departamento de Polícia Especializada do Distrito Federal (DPE/PCDF)[128].

[126] BRASIL, *Nota Técnica nº 06, de 25 de agosto de 2015*. Nota Técnica referente ao Projeto de Lei do Senado n.º 554, de 2011, que estabelece a pronta apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após efetivada a prisão. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_6_de_25-08-2015_PL_554-2011.pdf> Acesso em: 14 abr. 2018.

[127] HORA, Amélia Maria Motta da. *Audiência de Custodia: Eficácia para o sistema Carcerário Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html> Acesso em: 05 mar. 2018

[128] OABDF. *Inaugurado Núcleo de Audiência de Custódia no DPE*. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.oabdf.org.br/noticias/inaugurado-nucleo-de-audiencia-de-custodia-no-dpe/Acesso em: 02 abr.2018.

Numa visão mais garantista, o fato de a audiência de custódia ser realizada dentro de um estabelecimento policial poderá acarretar cerceamento ao direito do preso de indicar policiais que possivelmente praticarem algum tipo de agressão ou violência contra ele. Além do mais, a realização da audiência em estabelecimentos prisionais e policiais viola a própria publicidade da audiência e dos atos judiciais como um todo, porquanto o acesso a estes locais é obviamente estrito e acaba por limitar a fiscalização popular. Na prática, portanto, a inserção da audiência de custódia em estabelecimentos policiais ou prisionais acaba por tornar a audiência um ato judicial sigiloso dado à impossibilidade de acesso ao público, embora seja claro que o sigilo dos atos judiciais será decretado em situações excepcionais.

O ponto crucial das críticas à realização da audiência se trata falta da infraestrutura para receber estas audiências, pois não há magistrados, promotores e defensores públicos suficientes para suportar a grande demanda. Com isso, faz-se necessária a realização de novos concursos para aumentar o contingente de servidores e também deve haver um esforço conjunto deles para sua implementação eficaz e eficiente.

Outra crítica está relacionada ao transporte do preso da delegacia ou da casa de custódia até a audiência, visto que será precisa a movimentação de um contingente policial maior para fazer a escolta do preso, e desta maneira esses policiais deixarão de realizar suas atividades rotineiras relacionadas à segurança pública para poder atender à escolta.

Elías Carranza[129] afirma que a superlotação e as contínuas violações de direitos e garantias fundamentais são agravadas pelo baixo efetivo de pessoal penitenciário. Portanto, infere-se que para que audiência de custódia possa alcançar seus objetivos, são necessários estrutura e pessoal penitenciário bem capacitados e bem equipados para que possam realizar adequadamente suas funções à luz do que rege a Constituição Federal.

Fernando Diaz[130], outrossim, expõe que para solucionar tal fracasso, são necessários potenciais investimentos na toda infraestrutura estatal envolvida com o procedimento, de forma que haja um maior debate de como serão aplicados estes recursos, como se observa:

> "A questão é muito simples, se se quer mudar a sistemática processual-penal com uma nova metodologia de apresentação do preso em flagrante, é necessário que haja recursos para tanto e que se pense previamente nisso. É sabido e notório que o sistema judiciário está caótico, com alta defasagem de servidores para atender a atual demanda e o mesmo se aplica à Polícia, carecedora de pessoal e material para efetuar suas funções mais básicas."

Neste enfoque, também aborda Fernando Diaz[131], o qual afirma que é gritante a falta de estrutura, pessoal e material para a correta execução das audiências. Igualmente, ele expõe que se esqueceu de que as audiências de custódia requerem robustos investimentos, sejam materiais (locais adequados e equipados, veículos apropriados para transporte do preso, etc.) e de pessoal (necessidade mais servidores à disposição). Apenas se focou na suposta economia que seria gerada com

[129]CARRANZA, Elías. *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe*: Como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

[130]DIAZ, Fernando Bortoluzzi. A audiência de custódia sob múltiplos olhares*: interesses estatais versus direitos humanos e fundamentais*. 2016. 74 f. Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS, 2016.

[131]Ibidem.

a redução de presos provisórios, sem se preocupar com os gastos gerados com esta nova dinâmica. Ele ainda aponta em sua obra que a audiência de custódia é um "remédio errado para uma doença evidente", haja vista que o alto índice de presos provisórios está ligado à ausência de políticas públicas proporcionadoras de mais segurança à população e não pelo excesso de prisões em si, ou seja, é um paliativo ineficiente para o grave e caótico problema de segurança pública nacional que pouco ou nada contribui para uma mudança mais enérgica no atual sistema processual penal, mas pelo contrário, onera ainda mais o aparato estatal, sem trazer melhorias significativas, as quais já poderiam ter sido alcançadas com a legislação atual, sem a necessidade da implementação do procedimento pela Resolução 213/CNJ.

Portanto, para que haja uma maior eficácia na redução da população carcerária, é preciso que haja um esforço estrutural e integrado de todos os 3 Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias e Sociedade Civil, pois a implementação da audiência por si só não é capaz nem de longe de solucionar o grave e grotesco problema do sistema carcerário nacional. É evidente e óbvio que a implementação isolada de uma Resolução do CNJ não iria solucionar de imediato o caos que se encontram os presídios brasileiros.

Natália Ribeiro[132] de forma mais superficial e pragmática afirma em sua dissertação que "O problema da situação do sistema prisional é exclusivo do Poder Executivo, não devendo o Judiciário ser provocado para buscar soluções, e deve ser resolvido com a construção de mais presídios." Para ela, houve um equívoco do Poder Judiciário em implementar o procedimento da audiência com o fim de reduzir

[132]RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Implementação de Políticas Públicas e Burocracia de Nível de Rua: Programa Audiência de Custódia*. 2017, 149 f. Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Política (IPOL) da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do Mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

a população carcerária, porque, em sua opinião, é incumbência exclusiva do Executivo a construção de presídios e as melhorias no sistema carcerário como um todo, não devendo o Judiciário interferir nestes procedimentos com o fim de solucionar ou reduzir as falhas estruturais de responsabilidade do Executivo. Neste sentido, é importante apresentar um levantamento realizado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça[133] que apontou que o sistema penitenciário do Distrito Federal é o terceiro em déficit de vagas, ficando atrás apenas dos estados de Pernambuco e Roraima. O maior prédio do Complexo Penitenciário da Papuda, o PDF 1 (Penitenciária do Distrito Federal 1), possui capacidade para 1,5 mil presos, mas abriga, hoje, 4,3 mil, ou seja, quase o triplo da sua capacidade máxima. Já o PDF 2 (Penitenciária do Distrito Federal 2), também há superlotação, porquanto são 4,2 mil presos para uma capacidade máxima de 1,4 mil. No Centro de Detenção Provisória (CDP), local que abriga os presos cautelares, também há superlotação, pois com espaço para 1,6 mil presos, a unidade recebe 3,6 mil com instalações péssimas e precárias.

Diante deste cenário turbulento, para se alcançar melhores resultados com a audiência de custódia, é mister, de maneira prévia, a transformação e o aparelhamento material e de pessoal dos órgãos estatais, ou seja, é preciso que se realizem mais concursos objetivando a contratação de novos juízes, promotores, defensores públicos, policiais e agentes penitenciários para que possam conseguir suportar a alta carga diária de realização das audiências.

[133] MARQUES, Marília, MARINHO, Bianca.. Sistema penitenciário do DF é o terceiro do país em déficit de vagas. PORTAL G1. Brasília, 17 de fevereiro de 2019. Disponível em: < https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/02/09/sistema-penitenciario-do-df-e-o-terceiro-do-pais-em-deficit-de-vagas.ghtml> Acesso em: 10 fev 2019.

É essencial também a construção de novos fóruns para melhor abrigar as varas, principalmente em cidades do interior, em que o magistrado acumula diversas competências. Nesta perspectiva, com a construção de novos estabelecimentos judiciais, haveria uma maior comodidade para a realização do procedimento no qual melhoraria o contato entre o preso em flagrante e o juiz a fim de que este decrete a prisão preventiva somente quando não se mostrar cabível nenhuma outra medida cautelar diversa à prisão.

Além disso, é necessária a construção de novos presídios estaduais e federais, porquanto a superlotação carcerária, que a audiência de custódia tanto diz combater, poderia também solucionada, ou amenizada, se houvesse a construção e um investimento maior nas políticas públicas relacionadas ao sistema penitenciário. Neste diapasão, o crítico problema da superlotação carcerária poderia ser resolvido com uma atuação conjunta do Poder Público, especialmente do Executivo, de forma que houvesse um maior investimento no sistema carcerário com presídios em condições razoáveis para que possam buscar seu objetivo ressocializador, e, uma correta realização da audiência de custódia, na qual somente seria decretada a prisão preventiva em casos excepcionais, pois ela não pode ser somente um paliativo para o grave problema da superlotação carcerária e das péssimas condições da maioria de nossos presídios.

Igualmente, em face desse infortúnio estrutural da segurança pública, é imperioso o investimento em políticas públicas de redução da criminalidade, haja vista que a alta da criminalidade está diretamente relacionada com o alto número de prisão, e este por sua vez está relacionado à superlotação penitenciária. Portanto, é preciso que além da realização do procedimento da audiência de custódia, haja um

investimento do Estado para buscar a redução da criminalidade que ainda é exorbitante em nosso país.

CONCLUSÃO

Apesar de a audiência de custódia ser um excelente instrumento protetor de direitos e garantias individuais, ela isoladamente não tem capacidade de diminuir o número de prisões preventivas impostas e nem o excessivo contingente de presos provisórios no país.

Infere-se que os resultados iniciais positivos da audiência de custódia, não só no Distrito Federal, mas em todo Brasil, são ilusórios e se devem à pressão institucional do Conselho Nacional de Justiça e dos órgãos jurisdicionais superiores sobre as varas criminais para que estas acabem por abrandar os casos de prisão preventiva, de modo a conceder mais facilmente a liberdade provisória, ainda que esta não se mostre cabível.

Com o passar dos meses, o procedimento da audiência se firmou e acabou por demonstrar o verdadeiro resultado com sua implementação. A falta de observância e respeito ao caráter excepcional da prisão demonstrou um alto número de prisões preventivas decretadas de modo que mais da metade das audiências de custódia realizadas culminam na prisão preventiva do indivíduo preso em flagrante.

Deve ficar claro que, primeiramente, a audiência de custódia serve para averiguar a legalidade da prisão e flagrante e a necessidade ou não da manutenção da prisão, e como uma consequência eventual estar-se-ia, mesmo que irrisoriamente, a população prisional. Desta maneira, a redução da população carcerária é apenas uma consequência secundária e não obrigatória, pois a função precípua da audiência é

evitar que o Poder Judiciário mantenha uma prisão ilegal ou desnecessária, como resultado de uma análise minuciosa sobre o caso levado a seu conhecimento.

A fim de se alcançar os melhores resultados com o procedimento da audiência de custódia, é necessária uma adequação de todo o sistema processual, e além da observância legal e procedimental, é preciso que os todos os operadores do Direitos reconheçam que é possível adotar medidas diversas da prisão, e assim então, dar-se-á um passo importante para combater a falência do sistema prisional brasileiro.

Neste sentido, a audiência de custódia desacompanhada de outras medidas mais eficazes, como citado anteriormente, não gerará impactos concretos na redução da população carcerária no âmbito do Distrito Federal, na medida em que se revela extremamente necessária a integração dos diversos setores do Estado e da sociedade civil.

Para que se atinja o seu objetivo principal, são necessários investimentos nas causas dos problemas e não apenas na solução, pois não se mostra razoável que haja investimentos na implementação e na difusão da audiência de custódia e não haver investimento na redução do contingente prisional, como um todo.

A audiência de custódia somente se tornará um instrumento efetivamente garantista e capaz de atingir os objetivos para a qual foi implementada quando forem propostos investimentos na construção de novos e dignos estabelecimentos prisionais para acolherem presos do regime aberto, semiaberto e fechado, segundo as normas nacionais e internacionais, investimentos também na redução da criminalidade com melhorias do sistema social de maneira geral, investimentos nas instituições policiais, capacitando-as, investimentos nos sistemas institucionais do

Poder Judiciário, principalmente nas comarcas do interior dos Estados para que possam exercer suas funções com mais segurança, imparcialidade e transparência, e investimento em educação e conscientização social, mostrando e educando a população sobre a importância da ressocialização do preso e tentando retirar essa ideia de que este é um inimigo social que deve ser exterminado com convívio em sociedade, e por fim é necessária a elaboração de uma norma de natureza de lei em sentido estrito a fim de promover uma segurança jurídica para os aplicadores do instituto da audiência de custódia, tendo em vista que a Resolução 213 do CNJ, que instituiu o procedimento, é alvo de diversas críticas pelos diversos setores jurídicos.

A audiência de custódia tem natureza de política criminal e também de política pública, pois tal procedimento consiste na oportunidade de o sistema de justiça penal reagir perante o indivíduo preso imediatamente apresentado. Sendo política pública e política criminal para sua consecução, são necessários esforços e recursos dos Poderes Judiciários e Executivo, uma rede de proteção que esteja à disposição dos componentes do sistema de justiça criminal e das pessoas apresentadas na audiência. Ela ainda continua apontando que a audiência de custódia é apenas a ponta do *iceberg* para uma mudança que necessita ser bem maior.

Além disso, os resultados alcançados com o Direito Penal dependem de como esse sistema penal se organiza. A fim de que possa realizar-se de forma inovadora e dinâmica, deve estar acompanhada de um pensar alternativo e demandar outra organização normativa do sistema. Neste sentido, para se buscar os melhores resultados com o procedimento da audiência de custódia, temos que buscar um pensamento alternativo mais humanitário e garantista, demandando uma melhor organização do nosso sistema penal e processual penal. Neste enfoque, é imperiosa a

mudança também nos padrões antigos, alterando as culturas que não são mais condizentes com os parâmetros de justiça dos dias atuais, ajustando o processo penal brasileiro com os tratados internacionais de direito humanos.

Urge também a necessidade de aprovação de um projeto de lei para imediata padronização e uniformidade do procedimento, garantindo maior segurança jurídica tanto às pessoas presas quanto para os aplicadores da norma.

Por fim, a audiência de custódia não pode ser, por si só, a solução para resolver a superlotação carcerária e o caos instaurado no nosso sistema prisional, mas se iniciarmos por ela, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais da pessoa presa, ela poderá ser um avança para alterar a realidade carcerária do nosso país.

A audiência de custódia representa um avanço significativo da promoção de garantias e direitos fundamentais, pois cria oportunidades importantes para humanização do sistema de justiça criminal. Deve-se ficar claro que a implementação isolada da audiência de custódia não conseguirá atingir seu principal objetivo que é reduzir a população carcerária, pois se tornará um mero instrumento burocrático de baixo resultado prático, posto isto, como já afirmado anteriormente, para que se alcance os melhores resultados, são imperiosos expressivos esforços de todos as instituições e agentes envolvidos com o procedimento.

Destarte, mesmo sendo um excelente instrumento de controle policial, de compatibilização com o ordenamento internacional e de resguarda de direitos e garantias fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia no âmbito do Distrito Federal não alcançou seu objetivo de reduzir a população carcerária, porquanto ainda mais da metade das audiências realizadas culminam na conversão

da prisão em flagrante em prisão preventiva, mostrando-se inefetiva e ineficaz quanto à redução da população carcerária. Deste modo, o procedimento da audiência de custódia apesar de representar um avanço significativo na humanização do sistema processual penal, a audiência no Distrito Federal não conseguiu reduzir a população prisional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Neila. Números se invertem e, no DF, audiência de custódia prende mais do que solta. PORTAL G1. Brasília, 17 agosto 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/numeros-se-invertem-e-no-df-audiencias-de-custodias-prende-mais-do-que-soltam.ghtml> Acesso em: 5 fev 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores; Caio Paiva ... [et al] *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça* .2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p 24.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 53-55.

ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem Somos – A Magistratura que Queremos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/2/art20190211-04.pdf>.Acesso em: 19 mar. 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE GOIÁS. Goiânia, 05 agosto 2015. Disponível em: <https://asmego.org.br/2015/08/05/em-artigo-juiz-lazaro-alves-critica-a-adocao-da-audiencia-de-custodia/ > Acesso em: 08 mar.2018.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Editora Gen,2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aplicação a presos cautelares ou em decorrência de sentença. In: ANDRADE, Mauro Fonseca, Pablo Rodrigo Alflen, organizadores;

Caio Paiva ... [et al] *Audiência de Custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça* .2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 170.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer. São Paulo, 31 de julho de 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf. Acesso em: 22 ago. 2018.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 166.

BELICE, Afonso Códolo. *Combate à cultura do encarceramento*: Estado de coisas inconstitucional e as audiências de custódia. 2017, 136 f. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.

BRAGA, Gabriela de Matas Soares. *O impacto da nova lei de drogas no sistema carcerário brasileiro.* 2017. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

BRASIL. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991.
Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm Acesso em: 24 ago 2018.

BRASIL. *Decreto nº592, de 6 de julho de 1992*.Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018

BRASIL. *Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm >. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016*. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007.Brasília, 2016. Disponível em: Acesso em: 21 ago. 2018. .....

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990*.
Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL, *Nota Técnica nº 06, de 25 de agosto de 2015*. Nota Técnica referente ao Projeto de Lei do Senado n.º 554, de 2011, que estabelece a pronta apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após efetivada a prisão. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_6_de_25-08-2015_PL_554-2011.pdf> Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n° 554, de 06 de setembro de 2011*. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL, *Resolução nº 213, de 15 de Dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação".[...] 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. *ADI 5.240 SÃO PAULO*. Plenário. Reqte.(s) :Associação dos

Delegados de Polícia do Brasil – adepol - Brasil. Intdo.(a/s) :Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015.Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333. Acesso em: 10 out 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". [...] 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. [...] *ADI 5.240 SÃO PAULO/SP*. Plenário. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL. Intimado: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em :<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em 02 mar. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Ementa (HC 95.967/MS) DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in) admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar

específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art.5º,§ 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.4. Habeas corpus concedido. *HC 95.967/MS.* Plenário. Paciente: Eliton de Souza. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em: www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwikoMSI9ufeAhUGGJAKHaDbCKgQFjAAegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D565687&usg=AOvVaw2ABKs6KM7n_ZatkYQ7qJyr Acesso em 22 nov 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...]AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. *MCADPF 347.* Plenário. Reqte.(s) :partido socialismo e liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665 Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. EMENTA [...] No caso destes autos, não há ilegalidade flagrante, abuso de poder ou

teratologia a autorizar a concessão da ordem de ofício, pois a prisão preventiva encontra fundamento aparente no art. 312 do CPP, mostrando-se baseada não apenas na gravidade abstrata do tipo penal, mas também na consideração de que o crime de roubo, no caso praticado tanto com ameaça quanto com efetiva violência contra as vítimas, consistiria em atividade corriqueira do paciente, de modo que a sua liberdade representaria grave risco à ordem pública (e-STJ fl. 117): [...] Quanto à não realização da audiência de custódia, convém esclarecer que, com o decreto da prisão preventiva, a alegação de nulidade fica superada. Isso porque a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem (HC 363.278/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016). Na linha desse entendimento, confiram-se os seguintes julgados: [...]" Muito bem. A conversão do flagrante em prisão preventiva não traduz, por si, a superação da audiência de custódia, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. Nesse sentido: HC 133.992/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJ 2/12/2016. [...] *MC HC 140512 SP*.Decisão Monocrática. Paciente: Carlos Rodrigues de Almeida Junior. Impetrante: Renato da Costa Garcia. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433465679/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-140512-sp-sao-paulo-0001115-7420171000000> Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. [...] Com efeito, conforme salientado no deferimento da liminar, "a suspensão da realização das audiências de custódia representa o prejuízo do direito do preso de ser levado à autoridade judiciária para o exame da legalidade da constrição da sua liberdade", de modo que o advento do recesso forense não justifica tal excepcionalidade, mormente pela previsão de plantão judicial. Observo, por outro lado, que a liminar deferida pela Presidência nesta Reclamação foi devidamente cumprida, com o restabelecimento da realização das audiências de apresentação no período previsto no Provimento Conjunto 13/2016, do Presidente do Tribunal de Justiça do Piauí e do Corregedor Geral da Justiça do Estado do Piauí. [...] Rcl 26053 PI – PIAUÍ. Relator: Min. EDSON FACHIN. Brasília, 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433494037/reclamacao-rcl-26053-pi-piaui-0064085-4720161000000 Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa (RE 349.703/RS) PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5O DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. *POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.* Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002). *RE 349.703/RS*. Plenário. Relatoria: Min. Carlos Britto. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI Acesso em 22 nov. 2018.

BRITO, Alexis Augusto Couto de,Fabretti, Humberto Barrionuevo, Lima, Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileir*o. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788522498154&biblio=minhaBiblioteca Acesso em 12 jan. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CPI – *Sistema Carcerário Brasileiro* - Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito. Brasília. 2017, pág. 250.

CARTACAPITAL. Mais de 60% dos presos no Brasil são negros, Carta Capital, 26 de abril de 2016. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/mais-de-60-dos-presos-no-brasil-sao-negros. Acesso em: 22 fev. 2017.

CARRANZA, Elías. *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe*: Como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares*: Obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Sumário Executivo, 2018. Coleção Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/de5467478e38e2f29d1345d40ac6ba54.pdf> Acesso em: 12 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ investe nas audiências de custódia para reduzir população carcerária*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79715-cnj-investe-nas-audiencias-de-custodia-para-reduzir-populacao-carceraria. Acesso em: 07 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados Estatísticos/Mapa da Implantação.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 23 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371- levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 02 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perguntas Frequentes*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes> Acesso em: 12 out. 2016.

CORREA, Gasparino Siqueira. *Encarceramento em massa e a necessária implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro moderno*. 12 ed. Santa Maria – R: Fadisma Entrementes, 2015.

CRUZ, Elaine Patricia. *Existe cultura jurídica de encarceramento no Brasil, diz professor da USP.* AGÊNCIA BRASIL. São Paulo, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-02/existe-cultura-juridica-de-encarceramento-no-brasil-diz-juiz-paulista> Acesso em: 02 mar. 2018.

CUNHA, Camilla Karina Andrade. *Audiência de Custódia: instrumento processual de combate ao encarceramento em massa no Brasil*. 2018, 47 f.. Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2018.

D'AGOSTINO, Rosane. *Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país.* PORTAL G1. São Paulo, 24 junho 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html> Acesso em: 10 de mar. 2017.

DAVIS, Angela. O racismo mascarado: reflexões sobre o complexo penitenciário industrial. Trad. Jacque Conceição. Kilombagem, 22 de dezembro de 2015, p. 1. Disponível em: http://kilombagem.org/o-racismo-mascarado-reflexoes-sobre-o-complexo-penitenciario-industrial/>. Acesso em: 7 abr. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS. Defensoria defende implantação de audiência de custódia em Goiás. Disponível em: http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=436:defensoria-defende-implantacao-de-audiencia-de-custodia-de-goias&catid=8&Itemid=180. Acesso em: 17 mar. 2017.

DEOLINO, Vanderlei apud ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia : da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 210

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.* Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em: 05 jul. 2018

DIAZ, Fernando Bortoluzzi. *A audiência de custódia sob múltiplos olhares: interesses estatais versus direitos humanos e fundamentais*. 2016. 74 f. Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS, 2016. p. 17.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>. Acesso em: 7 abr. 2017.

ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. *Audiência de Custódia*. São Paulo, 2015. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br/internas/artigos/dirpeprocpeexpenalview.aspx?id=25650>. Acesso em: 03.06.2015.

ESSE, Luis Gustavo. RODRIGUES, Daniel Gustavo. *A Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas e a obrigatoriedade do estado brasileiro de legislar*. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12555> Acesso em: 09 mar. 2019.

ESTRELA, Carlos. *Metodologia Científica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788536702742&biblio=minhaBiblioteca. Acesso em: 19 ago. 2018.

FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 8, n.1, p.531-551, abr. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Audiência de custódia: a concretização da utopia. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-12, set/dez. 2017.

HORA, Amélia Maria Motta da. *Audiência de Custodia: Eficácia para o sistema Carcerário Contemporâneo*.. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,audiencia-de-custodia-eficacia-para-o-sistema-carcerario-contemporaneo,56389.html> Acesso em: 05 mar. 2018.

IPEA. *Atlas da violência*. Brasília 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> Acesso em: 11 fev 2018.

IPEA. *Nota Técnica nº 18*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160510_notatecnica_diest_18.pdf>. Acesso em 09 jul. 2018.

ISTOÉ. Presídios brasileiros são "escolas de crime", diz ministra. 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://istoe.com.br/404596_PRESIDIOS+BRASILEIROS+SAO+ESCOLAS+DE+CRIME+DIZ+MINISTRA/ Acesso em: 24 fev. 2017.

JÚNIOR, José Carlos da Silva. MARTINS, Ana Carolina Cravo. *Reflexos da audiência de custódia na atividade policial.* Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1473?mode=full> Acesso em: 11 fev 2019.

LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/servicos/login-biblioteca.aspx?RA=21486210&isbn=9788597011845&biblio=minhaBiblioteca Acesso em: 19 ago. 2018.

LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. Março, 2018. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade >. Acesso em: 09 mar. 2019.

LEAL, Nina Araújo Melo. Audiência de Custódia: uma via de solução frente ao atual colapso do sistema penitenciário brasileiro? *Cadernos Cajuína*, Teresina- PI, v. 1, n. 3, p.126, jul. 2016.

LEONARDO, Hugo. DIAS, Marina, FINGERMANN, Isadora. el al. Audiências de Custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa. *Instituto de Defesa do Direito da Defesa*. São Paulo. 2017. p. 87. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/audiencias-de-custodia_panorama-nacional_relatorio.pdf> Acesso em: 09 mar 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de *Processo Penal*, vol. Único, 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014. p 858.

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v. 9, n. 5, p. 161-182.*maio/ago.2014.

MACENA, Marcelo Gomes. *A eficácia da audiência de custódia como garantia constitucional dos presos*. 2017. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES/UNITA, Caruaru, 2017.

MADEIRA, Guilherme. *Audiência de Custódia*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3jzNdhxuApQ> Acesso em: 15 out 2016.

MARQUES, Marília, MARINHO, Bianca.. Sistema penitenciário do DF é o terceiro do país em déficit de vagas. PORTAL G1. Brasília, 17 de fevereiro de 2019. Disponível em: < https://g1.globo.com/df/distrito-

federal/noticia/2019/02/09/sistema-penitenciario-do-df-e-o-terceiro-do-pais-em-deficit-de-vagas.ghtml> Acesso em: 10 fev 2019.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais.* São Paulo, v. 960,n. 104 p. 77 -120, out. 2015.

MEDEIROS, Gilberleide de Lima. Audiência de Custódia: do objetivo a que se destina à sua eficácia quando aplicada no plano concreto. *Revista Juris Rationis*, Rio Grande do Norte, Ano 9, n.1, p. 35, out.2015./mar.2016.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

MENGARDO, Bárbara. *Audiências de custódia podem reverter o caos carcerário?*. 14/01/2017 – 06:05 Disponível em: <https://www.jota.info/justica/audiencias-de-custodia-podem-reverter-o-caos-carcerario-14012017> Acesso em 07 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*, *16 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2> Acesso em: 05 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal* 15.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1118.

OABDF. *Inaugurado Núcleo de Audiência de Custódia no DPE*. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.oabdf.org.br/noticias/inaugurado-nucleo-de-audiencia-de-custodia-no-dpe/Acesso em: 02 abr.2018.

OLIVEIRA, Uarlei Jonas de. NOGUEIRA, Fábio Batista. *Requisitos legais para a manutenção da prisão em flagrante e a importância da audiência de custódia*. Disponível em: < https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1554> Acesso em 10 fev 2019.

PARANÁ. Tribunal De Justiça Do Paraná. Habeas Corpus. EMENTA [...] 4. "A despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da "quantia considerável" de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas

de crack (fls. 36/37). Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública". 5. "Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas" [...] HABEAS CORPUS Nº 1.358.323-2/PR. IMPETRANTE : MARIANA MARTINS NUNES (DEFENSOR PÚBLICO) PACIENTES : DAIANY GONÇALVES NUNES E TALGIA LEME INÁCIO (RÉS PRESAS) RELATOR : DES. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO. Curitiba, 23 de abril de 2015. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf> Acesso em: 24 jul. 2018.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em:<http:www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jrcaio-paiva-evolução-processo-penal>.Acesso em: 01 fev.2018.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito.2015. p. 31.

PAULA, Rodrigo Cardoso de. *Audiência de Custódia*: Audiência de Custódia e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: https://rodrigodepaula9.jusbrasil.com.br/artigos/434851257/audiencia-de-custodia. Acesso em: 19 ago. 2018.

PIRES, Álvaro. *A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos*. mar. 2004. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/335501547/A-Racionalidade-Penal-Moderna-Alvaro-Pires-2> Acesso em: 12 mar. 2019.

PRADO, Daniel Nircory do. *Audiência de custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implantação*. Boletim do IBCCrim, ano 23, n. 276, novembro de 2015, p. 02-03.

RAMALHO, Renan. Alexandre de Moraes defende prazo máximo para prisões preventivas. PORTAL G1. Brasília, 21 fevereiro 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/alexandre-de-moraes-defende-prazo-maximo-para-prisoes-preventivas.ghtml> Acesso em: 30 mar. 2017.

RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. *Implementação de Políticas Públicas e Burocracia de Nível de Rua: Programa Audiência de Custódia*. 2017, 149 f. Dissertação apresentada ao Instituto de Ciência Política (IPOL) da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do Mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica: Geral e do Brasil – Para uma filosofia antropológica do Direito*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6401-6/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a refor ma prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (org.). Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. 2007, p. 78-79.

SALVIANO, Murilo. *Relatório do CNJ aponta que, a cada três presos no país, um é provisório.* PORTAL G1. Brasília, 23 fevereiro 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/a-cada-tres-presos-no-pais-um-e-provisorio-diz-relatorio-do-cnj.ghtml> .Acesso em: 24 fev. 2017.

SANTOS, Everton Silva dos. A efetividade das audiências de custódia no poder judiciário de Alagoas e sua real consolidação como direito fundamental. *Encontro de Pesquisas Judiciárias.* Maceió, v. 4, p. 441, jul. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento conjunto nº 3/2015. Disponível em:<http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062>.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 265.

SECRETARIA DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. *Governo do DF estima redução de 40% do número de presos provisórios com audiências de custódia*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/noticias/item/2812-governo-estima-redu%C3%A7%C3%A3o-de-40-do-n%C3%BAmero-de-presos-provis%C3%B3rios-com-audi%C3%AAncias-de-cust%C3%B3dia.html> Acesso em: 21 fev. 2018.

SILVA, Adelmar Aires Pimenta da. *A audiência de custódia é cara e inútil*, 28 de julho de 2015, 6h34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-28/adelmar-silva-audiencia-custodia-cara-inutil>. Acesso em: 05 mar. 2018.

SILVA, Felipe Gonçalves. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de sociologia jurídica*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219109/cfi/377!/4/2@100:0.00> Acesso em: 09 mar. 2018.

SILVA, Jessica Cristina Aparecida Castro da. ARAUJO, Itair de Olivera. Audiência de Custódia no Brasil: uma possibilidade para conter o uso excessivo da prisão preventiva. *Revista Científica FAGOC – Jurídica.* Ubá-Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 48-58, jul. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O processo penal e a engenharia de controle da
política criminal. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 7, n. 1, p. 289-290, 2017.

TJDFT. *Monitoração eletrônica será realidade em Brasília*. Brasília, 2017. Disponível em:
<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/dezembro/monitoracao-eletronica-de-presostjdft-e-gdf-assinam-acordo-de-cooperacao-para> Acesso em: 30 mar. 2017.

TJDFT. *Núcleo de Audiência de Custódia (NAC)*. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia> Acesso em: 12 mar. 2019.

TVCIDADEVERDE. *Juiz e advogado debatem sobre audiência de custódia.* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=joPiNFETdlQ Acesso em: 11 out. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950. Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, [...] Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na

Declaração Universal, 6 7 Convencionaram o seguinte. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 24 ago. 2018.

VANDERLEI, Priscila Rufino. *Da (In)efetividade plena da audiência de custódia no Direito Brasileiro.* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2018.

VARELLA, Marcelo. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 82.

ZERBINI, Marcelo. Da Audiência de Custódia: história e crítica. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Brasília, v. 8, n. 15, p. 229-252, jul./dez. 2016.

ANEXO I

REGIÃO SUL

RIO GRANDE DO SUL - 30/07/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
15.17% (1.027)	84.83% (5.742)	6% (401)
Total de 6.769 audiências de custódia realizadas		

SANTA CATARINA - Período: 24/02/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
50.38% (2.343)	49.62% (2.308)	7% (315)
Total de 4.651 audiências de custódia realizadas		

PARANÁ - Período: 31/07/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
42.25% (9.954)	57.75% (13.604)	1% (352)
Total de 23.558 audiências de custódia realizadas		

REGIÃO SUDESTE

SÃO PAULO - Período: 24/02/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
(46,06%) 26.106	(53,94%) 30.576	(6%) 3.352
Total de 56.682 audiências de custódia realizadas		

RIO DE JANEIRO - Período: 18/09/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
42.56% (3.643)	57.44% (4.916)	1% (111)
Total de 8.559 audiências de custódia realizadas		

MINAS GERAIS - Período: 17/07/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
47.76% (9.090)	52.24% (9.941)	1% (114)
Total de 19.031 audiências de custódia realizadas		

ESPÍRITO SANTO - Período: 22/05/2015 a 17/07/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
46.21% (6.913)	53.79% (8.046)	4% (653)
Total de 14.959 audiências de custódia realizadas		

REGIÃO CENTRO-OESTE

GOIÁS - Período: 10/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
44.05% (4.646)	55.95% (5.901)	10% (1.054)
Total de 10.547 audiências de custódia realizadas		

MATO GROSSO - Período: 24/07/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
56.28% (3.336)	43.72% (2.591)	14% (831)
Total de 5.927 audiências de custódia realizadas		

MATO GROSSO DO SUL - Período: 05/10/2015 a 05/07/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
35.31% (4.182)	64.69% (7.660)	0% (0)
Total de 11.842 audiências de custódia realizadas		

REGIÃO NORDESTE

BAHIA - Período: 28/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
61.25% (3.877)	38.75% (2.453)	4% (256)
Total de 6.330 audiências de custódia realizadas		

SERGIPE - Período: agosto de 2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
41.29% (2.117)	58.71% (3.010)	1% (57)
Total de 5.127 audiências de custódia realizadas		

PIAUÍ - Período: 21/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
44.56% (1.286)	55.44% (1.600)	4% (101)
Total de 2.886 audiências de custódia realizadas		

ALAGOAS - Período: 02/10/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
47.55% (865)	52.45% (954)	22% (407)
Total de 1.819 audiências de custódia realizadas		

PERNAMBUCO - Período: 14/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
39.65% (3.421)	60.35% (5.207)	1% (85)

Total de 8.628 audiências de custódia realizadas

PARAÍBA - Período: 14/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
44.32% (2.671)	55.68% (3.356)	2% (102)
Total de 6.027 audiências de custódia realizadas		

RIO GRANDE DO NORTE - Período: 09/10/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
47.74% (1.561)	52.26% (1.709)	2% (77)
Total de 3.270 audiências de custódia realizadas		

CEARÁ - Período: 21/08/2015 a 28/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
40.57% (4.548)	59.43% (6.662)	7% (810)
Total de 11.210 audiências de custódia realizadas		

MARANHÃO - Período: Outubro de 2014 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
45.67% (1.976)	54.33% (2.351)	2% (81)
Total de 4.327 audiências de custódia realizadas		

REGIÃO NORTE

TOCANTINS - Período: 10/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
39.52% (481)	60.48% (736)	4% (51)
Total de 1.217 audiências de custódia realizadas		

PARÁ - Período: 25/09/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
44.02% (4.702)	55.98% (5.979)	5% (518)
Total de 10.681 audiências de custódia realizadas		

AMAPÁ - Período: 25/09/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
57.86% (1.697)	42.14% (1.236)	1% (25)
Total de 2.933 audiências de custódia realizadas		

AMAZONAS - Período: 07/08/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
48.83% (2.512)	51.17% (2.632)	38% (1.958)
Total de 5.144 audiências de custódia realizadas		

ACRE - Período: 14/09/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
49.12% (1.530)	50.88% (1.585)	5% (148)
Total de 3.115 audiências de custódia realizadas		

RORAIMA - Período: 04/09/2015 a 30/06/2016		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
48.02% (1.106)	51.98% (1.197)	3% (64)
Total de 2.303 audiências de custódia realizadas		

RONDÔNIA - Período: 14/09/2015 a 30/06/2017		
LIBERDADE PROVISÓRIA	PRISÃO PREVENTIVA	Alegação de violência no ato da prisão
37.5% (2.384)	62.5% (3.974)	5% (316)
Total de 6.358 audiências de custódia realizadas		

ANEXO II

MÊS	AUDÊNCIAS REALIZADAS	PRISÕES PREVENTIVAS	LIBERDADES PROVISÓRIAS	RELAXAMENTOS	DENÚNCIAS
OUTUBRO 2015	550	233 (42,3%)	317 (57,6%)	0	*
NOVEMBRO 2015	882	389 (44,1%)	493 (55,8%)	0	*
DEZEMBRO 2015	890	366 (41,1%)	524 (58,8%)	0	*
JANEIRO 2016	949	419 (44,1%)	526 (55,4%)	4 (0,4%)	9
FEVEREIRO	912	398 (43,6%)	511 (56,0%)	3 (0,3%)	1

2016					8
MARÇO 2016	1056	526 (49,8%)	524 (49,6%)	6 (0,5%)	45
ABRIL 2016	1074	511 (47,5%)	558 (51,9%)	5 (0,4%)	68
MAIO 2016	1070	556 (51,9%)	500 (43,7%)	14 (1,3%)	42
JUNHO 2016	1062	529 (49,8%)	553 (52,0%)	16 (1,5%)	75
JULHO 2016	1042	536 (51,4%)	506 (48,5%)	3 (0,2%)	45
AGOSTO 2016	718	392 (54,5%)	326 (45,4%)	5 (0,6%)	53
SETEMBRO 2016	745	407 (54,6%)	322 (43,2%)	6 (0,8%)	46
OUTUBRO 2016	839	417 (49,7%)	422 (50,2%)	0	27
NOVEMBRO 2016	858	446 (51,9%)	408 (47,5%)	4 (0,4%)	43
DEZEMBRO 2016	882	474 (53,7%)	403 (45,6%)	5 (0,5%)	50
JANEIRO 2017	866	437 (50,4%)	422 (48,7%)	7 (0,8%)	50
FEVEREIRO 2017	927	512 (55,2%)	412 (44,4%)	3 (0,3%)	13
MARÇO 2017	998	519 (52,0%)	476 (47,6%)	3 (0,3%)	41
ABRIL 2017	959	487 (50,7%)	468 (48,8%)	4 (0,4%)	58
MAIO 2017	913	477 (52,2%)	431 (47,2%)	5 (0,5%)	66
JUNHO 2017	979	520 (53,1%)	458 (46,7%)	1 (0,1%)	66

JULHO 2017	891	458 (51,4%)	421 (47,2%)	12 (1,3%)	5 5
AGOSTO 2017	965	532 (55,1%)	428 (44,3%)	5 (0,5%)	5 4
SETEMBRO 2017	874	466 (53,3%)	404 (46,2%)	4 (0,4%)	3 7
OUTUBRO 2017	948	493 (52,0%)	452 (47,6%)	3 (0,3%)	6 5
NOVEMBRO 2017	896	450 (50,2%)	441 (49,2%)	5 (0,5%)	4 7
DEZEMBRO 2017	987	516 (52,2%)	467 (47,3%)	4 (0,4%)	4 8
JANEIRO 2018	863	437 (50,6%)	423 (49,0%)	3 (0,3%)	5 5
FEVEREIRO 2018	899	487 (54,1%)	411 (45,7%)	1 (0,1%)	4 9
MARÇO 2018	1040	535 (51,4%)	497 (47,7%)	8 (0,7%)	7 2
ABRIL 2018	915	457 (49,9%)	447 (48,8%)	11 (1,2%)	8 2
MAIO 2018	993	440 (44,3%)	547 (55,0%)	6 (0,6%)	6 4
JUNHO 2018	949	525 (55,3%)	423 (44,5%)	1 (0,1%)	5 4
JULHO 2018	887	451 (50,8%)	429 (48,3%)	6 (0,6%)	5 3
AGOSTO 2018	1005	524 (52,1%)	471 (46,8%)	6 (0,5%)	7 1
SETEMBRO 2018	989	425 (42,9%)	540 (54,6%)	22 (2,2%)	4 5

OUTUBRO 2018	927	431 (46,4%)	486 (52,4%)	8(0,8%)	45
NOVEMBRO 2018	924	482 (52,1%)	438 (47,4%)	4 (0,4%)	60
DEZEMBRO 2018	907	431 (47,5%)	472 (52,0%)	0 (0,0%)	41

**Entre outubro e dezembro de 2015 foram feitas 15 denúncias de abuso policial no momento da prisão em flagrante.*

Ciências
Criminais

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA EM APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Raíssa de Almeida Lopes

RESUMO

Ao se ter em vista que o avanço tecnológico trouxe inúmeras facilidades para o cotidiano da sociedade, mas, na mesma senda, o advento de novos crimes digitais, a pornografia não consentida, um crime de violência de gênero, aumentou significativamente, principalmente com o advento de aplicativos de mensagens instantâneas. Pesquisa-se, assim, sobre qual é a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça aos artigos 15 e 21 do Marco Civil da Internet, a fim de descobrir se lei e a jurisprudência contribuem com a retirada da pornografia de vingança pelas empresas de provisão de aplicação. Realiza-se, então, uma pesquisa adotando o procedimento metodológico de pesquisa jurisprudencial com revisão bibliográfica. Diante disso, verifica-se que a pornografia não consentida viola intimamente os direitos de personalidade e é tratada como violência de gênero de acordo com seu histórico patriarcal imposto às mulheres, que apesar dos entendimentos dúbios, o Marco Civil da Internet traz meios de se penalizar e obrigar a guarda, disponibilização e retirada do conteúdo incluso por seus usuários e que apesar do Superior Tribunal de Justiça defender a aplicação do artigo 21, defende a não obrigatoriedade dos provedores de aplicação em manter e entregar a justiça os conteúdos de mensagens privadas, o que impõe a constatação de que as decisões são aparentemente consoantes, mas na aplicação do presente tema se tornam antagônicas.

Palavras-chave: Pornografia de Vingança. Violência de Gênero. Marco Civil da Internet. Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Apesar das facilidades e da serventia das ferramentas de mensagens instantâneas, que permitem uma troca de informação numa velocidade praticamente subitânea, se tornou bastante comum o seu uso para práticas de crimes, uma vez que independe de presença física do agente, as informações inseridas são facilmente difundas e raramente retiradas. Dentre estes crimes, pode-se destacar a pornografia de vingança como uma das maiores modalidades de violências do gênero da atualidade[1].

Segundo o site Safernet Helpline[2], uma entidade de enfrentamento as violações de Direitos Humanos na Internet, apenas em 2018, foram recebidas 669 denúncias de exposição de imagens íntimas na internet, um crescimento de 337 atendimentos, isto é, cerca de 49%, desde o ano de 2015. O Brasil, em 2018, ocupou o posto de terceiro país que mais hospeda este tipo de conteúdo, de acordo com números de IP's, perdendo apenas para a Holanda (#2) e os Estados Unidos (#1)[3]. As consequências geradas às vítimas nestes casos vão de mudança de nome e cidade, até ao suicídio.

Diante dessa nova realidade, o direito positivado brasileiro, que já traz em seu corpo constitucional direitos fundamentais de personalidade garantidos, sentiu a necessidade de criar novas ferramentas para sua garantia e aplicação, a impossibilitar

[1] EXCESSO de confiança dos usuários contribui para aumento de cibercrimes. Security Report, [s.l.] 07 de fevereiro de 2018. Atualizado em 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.securityreport.com.br/destaques/excesso-de-confianca-dos-usuarios-contribui-para-aumento-de-cibercrimes/#.XK_LvehKjIU. Acesso em abril de 2019.

[2] INDICADORES Helpline. Datasafer. [s. l.] Disponível em https://helpline.org.br/indicadores/. Acesso em março de 2019.

[3] INDICADORES da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Datasafer. [s. l.]. Disponível em: http://indicadores.safernet.org.br/index.html. Acesso em março de 2019.

a difusão desse tipo de prática. Dentre elas nasceu a Lei 12.965/2014[4], denominada como Marco Civil da Internet[5], que em seu artigo 15[6] trata sobre a guarda dos registros de acesso, e no artigo 21[7], responsabiliza subsidiariamente provedores de aplicações quando não retira conteúdo de nudez ou atos sexuais da sua plataforma quando solicitados pela vítima[8].

Neste sentido, e para o que interessa ao presente estudo, se faz indispensável uma análise jurisprudencial atual para observar se os artigos supracitados da referida

---

[4] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[5] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[6] Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

[7] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

[8] FILHO, Guilherme Augusto Reis. SOUKI, Hassan Magid de Castro. O uso da internet e os crimes cibernéticos. Migalhas, [s.l.], 05 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246765,81042-O+uso+da+internet+e+os+crimes+ciberneticos. Acesso em abril de 2019.

lei bem como os direitos à imagem e a intimidade, estão sendo efetivamente adotadas em casos concretos, ou se, por outros motivos, estão sendo afastados e consequentemente atenuado a violência de gênero nesta seção.

Desta forma, cabe a indagação: qual é a interpretação dada pelo STJ aos art. 15 e 21 do Marco Civil da Internet[9]? A lei e a jurisprudência contribuem com a retirada da pornografia de vingança pelas empresas de mensagens instantâneas?

Na primeira parte será explorada a construção da violência de gênero feminino no país, o surgimento da divulgação não consentida de material íntimo na internet, suas causas e consequências, bem como as normatizações realizadas até os dias atuais sobre o tema.

Posteriormente, na segunda parte, será tratado sobre o Marco Civil da Internet[10], em qual ambiente político foi criado e suas motivações, e, nesta senda, será dado enfoque a dois principais pontos da lei, a guarda de dados pelos provedores de aplicação e a responsabilidade dos mesmos pelos atos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Na terceira e última parte será detectada a importância do poder judiciário para a validade do ordenamento jurídico, realizando uma análise jurisprudencial nas atuais decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema de responsabilidade civil dos provedores de mensagens instantâneas no tocante a pornografia de vingança.

[9] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[10] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Para alcançar os objetivos do presente trabalho será adotado o procedimento metodológico de pesquisa jurisprudencial com revisão bibliográfica.

Observou-se que na realidade jurisdicional brasileira, o tratamento sobre a retirada de conteúdos gerados por terceiros que versem sobre material sexual ou nudez não consentida é dicotômico, por um lado expressa-se garantir os direitos de personalidade e a necessidade de aplicação do art. 21 da Lei nº 12.965/2014, e de outro, que as empresas de mensagens instantâneas não são obrigadas a guardar, e consequentemente, disponibilizar os conteúdos das mensagens trocadas entre seus usuários, inviabilizando completamente a sua retirada, sob barreira argumentativa da não capacidade técnica, resultando na não extinção dos vídeos e imagens vazadas, atenuando, assim, a violência de gênero.

1 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Com o advento da internet e a criação do chamado ciberespaço, o mundo iniciou uma nova tendência e utilização de recursos de interação de rede, ampliando o campo de comunicação e trocas de informações. Esta plataforma possibilitou um novo cotidiano com o grande avanço tecnológico ao longo dos anos, principalmente com a entrada dos smartphones, que proporcionou o desenvolvimento das redes sociais e, consequentemente, dos aplicativos de mensagens instantâneas[11].

Este meio digital nos facilita em atividades usuais, tais como acessar notícias e blogs, narrar vida cotidiana, compartilhar fotos, já que a disseminação de informação se dá de maneira mais rápida do que nunca antes. Entretanto, é a mesma que difunde

[11] MELO, Carolyna Kyze Silva Bezerra de. **"Caiu na rede": Reflexões sobre casos de pornografia de** revanche no Brasil. Natal, 2016. Disponível em https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1858/1/Caiu%20na%20rede%20-%20reflexoes%20sobre%20pornografia%20de%20revanche%20no%20Brasil.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

a violência, o machismo e a pornografia, por se tornar um terreno fértil para crimes virtuais, visto que os ofensores acreditam estar protegidos pela camada de anonimato e não punibilidade[12].

A chamada pornografia não consensual não surgiu com o advento da internet, mas se intensificou alarmantemente com ela. A prática recebe tal terminologia, uma vez que comumente dá-se após o descontentamento com término de uma relação íntima, onde o agressor – normalmente do sexo masculino – o faz com a intenção de causar constrangimento e humilhação à vítima.

O *revenge porn*, termo traduzido para pornografia de vingança no Brasil, pode ser delineado como o ato de divulgar, em especial na internet, em aplicativos, redes sociais e sites de conteúdo pornográfico, fotos e/ou vídeos, gravados com ou sem anuência da vítima, não obstante sem autorização desta[13].

Hoje são utilizadas diversas expressões, tais como "pornografia de vingança", "cyber revenge", "pornografia de revanche", "vingança pornô" e "pornografia não consensual" para caracterizar a propagação de conteúdos audiovisuais de pessoas em situação de sexo ou nudez sem o consentimento de uma delas. Contudo, é importante salientar, que não é necessário o desconhecimento sobre a gravação ou retrato, uma vez que o material pode ser consentido, o que não é autorizado é sua

[12] MOTA, Bruna G.N. Pornografia de vingança em redes sociais. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11358/1/2015_dis_bgnmota.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

[13] LOPES, Amanda Taynara Laurentino. Revenge porn: a pornografia de vingança à luz do Marco Civil da Internet. Porto Velho, 2017. Disponível em http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2372/Amanda%20Taynara%20Laurentino%20Lopes%2C%20Revenge%20porn%20a%20pornografia%20da%20vingan%C3%A7a%20%C3%A0%20luz%20do%20marco%20civil%20da%20internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

divulgação[14]. Em análise a conceituação, o crime pode ter como vítimas homens ou mulheres, entretanto, a sua volumosa maioria são do gênero feminino, chegando a 90% dos casos, caracterizando um tipo de violência de gênero[15].

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, violência é "o uso intencional de força física ou poder, real ou como ameaça contra si próprio, outra pessoa, um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tem grande probabilidade de resultar em ferimentos, morte, danos psicológicos, desenvolvimento prejudicado ou privação[16]". Violência de gênero pode ser entendida como "as ações violentas centralizadas sobre a mulher, sejam estas violências sexuais, psicológicas, físicas, moral ou patrimonial, nos âmbitos privado, familiar, de trabalho ou público" Isto é, está sempre atrelada a ideia de violência pela simples manifestação do feminino, derivado da condição única de ser mulher[17].

Para se discutir o assunto é necessário compreender que essa tipificação é feita a partir de um processo histórico de manifestação de poder de homens sobre mulheres, sobre a perspectiva de que o pensamento social justifica tal cultura de menosprezo do papel feminino na sociedade[18].

---

[14] CAVALCANTE, Vivianne A. P.; LELIS, Acácia G.S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. Interfaces científica, Aracajú, v. 4, n.3, 2016. Disponível em https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849. Acesso em março e abril de 2019.

[15] Ibidem.

[16] SAÚDE, Organização Mundial da. Relatório mundial sobre a prevenção da violência 2014. [s. l.] Disponível em: apps.who.int/iris/bitstream/10665/145086/5/9789241564793_por.pdf. Acesso em: março de 2019.

[17] SANTOS, Mariana Evelyn Freire. A pornografia de vingança e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha: análise sob a perspectiva da violência de gênero. Caicó, 2018. Disponível em https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/7016. Acesso em março de 2019.

[18] Ibidem.

Acerca deste tema, Bourdieu[19] pontua que as imposições históricas são inscritas como "universo público, masculino e os mundos privados, femininos", entre os lugares que são destinados às mulheres constam cores claras e suaves, rendas, fitas, transmitem fragilidade e frivolidade, enquanto, os lugares masculinos tendem a ser bares e clubes, com couro e móveis pesados, para caracterizar imagens de virilidade e dureza.

No crescimento das crianças se vê a disparidade de tratamento, entre meninos e meninas. Para o primeiro, é estimulado a ter orgulho da virilidade, seu órgão sexual se mostra como um privilégio, um *alter ego* que assume o papel de símbolo de autonomia e poder. Por sua vez, meninas devem cumprir o papel de bonecas, inocentes, princesas, onde não podem tratar seu órgão genital como algo com o mesmo prestígio, pelo contrário, é ensinado como algo a não ser falado ou tocado. A elas a busca do ideal perfeito, sob o olhar do outro, renunciar a sua própria autonomia para se tornar consagrado aos olhares masculinos, a agradar aqueles para se tornarem mulheres desejáveis, felizes, "para casar" [20].

Assim como a reputação, a inclinação sexual também é diferente. Homens devem demonstrar incessante apetite sexual, mas as moças tendem a comprovar virgindade e recato para ter posições sociais aceitáveis. Uma vez sexualmente ativa, é depreciada pelos próprios homens que a buscam.

[19] BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis, julho de 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841.s Acesso em março e abril de 2019.

[20] BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis, julho de 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841.s Acesso em março e abril de 2019.

Giddens[21] simplifica quando explica que as mulheres se dividem em duas, as "virtuosas" e as "perdidas". As segundas só existem à margem da sociedade, enquanto a primeira é que está para proteções institucionais masculinas, colocando como o divisor de águas uma "virtude" da recusa da mulher em sucumbir à tentação sexual.

Portanto, percebe-se desta forma, que o papel do homem cabe a uma relação de dominação construída como um desejo masculino, um sujeito ativo, quanto à mulher deve se fazer passiva, uma subordinação da erotização, manter-se parada, inerte, representar o papel que lhe foi imposto[22]. Em resumo, há "implícitas convenções de gênero e sexualidade que associam o desejo e comportamento sexual masculino à predação, ao passo que às mulheres caberiam freios, precaução e controle" [23].

É sob essa ótica que se passa a compreender melhor o porquê da pornografia de vingança ser tratada como uma violência de gênero. Não raramente o homem também aparece nas imagens e vídeos divulgados sem consentimento, no entanto, a reputação dele apenas demonstra virilidade, quanto à mulher, vítima, fica exposta como sendo vulgar, destituída de pureza, santidade e castidade das quais ela deveria ter honrado. Os materiais disponibilizados na internet realizam verdadeiros

[21] GIDDENS, Anthony apud BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis, julho de 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841.s Acesso em março e abril de 2019.

[22] BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis, julho de 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841.s Acesso em março e abril de 2019.

[23] LINS, Beatriz apud NOGUEIRA, Karolyne Maria Celestino. RODRIGUES, Paulo Gustavo. A pornografia de vingança e as dificuldades de tipificação no ordenamento jurídico-penal atual. Revista da ESMAL, Alagoas, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/101. Acesso em março e abril de 2019.

tribunais de exceção, dado que os usuários em que têm acesso ao conteúdo a humilham e repercutem negativamente, e aquelas críticas se tornam a verdade absoluta, condenando perpetuamente a vítima[24].

Outra maneira de se compreender a violência de gênero enraizada na pornografia de vingança está nos conselhos dados por debates políticos, jurídicos e morais, onde para que as mulheres não corram riscos, a sugestão é que "melhor não fazer" esse tipo de conteúdo. Trajando de conselho e de respeito ao exercício da sexualidade feminina, são enfatizadas as moralidades restritivas que são cultivadas ao longo de todas as décadas de machismo enraizado, e, deste modo, gerando ainda mais culpabilização e julgamento moral à vítima[25].

Um dos problemas enraizados ao estudo jurídico para tutelar estas vítimas, está na presença da maioria dos grandes doutrinadores que costuma-se estudar são homens, onde os seus manuais trazem as perspectivas de violência como a sua própria vivência e experiência. Não se trata deste modo, dizer que necessariamente são visões machistas ou misóginas, contudo, realizando o *apud* de Soraia da Rosa Mendes, quando "um homem e uma mulher estão perante o direito, não é que o direito falhe ao aplicar critérios objetivos quando decida um assunto feminino, mas que a aplicação da 'objetividade' jurídica é masculina"[26].

---

[24] LIMA, André (et al). Responsabilidade civil da internet. Cascavel, 2018. Disponível em https://www.academia.edu/15105464/RESPONSABILIDADE_CIVIL_INTERNET. Acesso em abril de 2019.

[25] LINS, Beatriz Accioly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". Cadernos de campo, São Paulo, v. 25, n. 25, 2016. Disponível em https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851. Acesso em março e abril de 2019.

[26] NOGUEIRA, Karolyne Maria Celestino. RODRIGUES, Paulo Gustavo. A pornografia de vingança e as dificuldades de tipificação no ordenamento jurídico-penal atual. Alagoas: ESMAL, 2018, p. 182, 183 e 184.

Arquétipo claro de tal argumento se demonstra no atual enquadramento da violência psicológica e moral apenas no rol da Lei Maria da Penha[27], não podendo ser emoldurado como, por exemplo, uma lesão corporal, uma vez que leva a efetivo dano à saúde moral da vítima, ou a tipificar em qualquer conduta que lesione excessivamente o psicológico e a integridade da mulher. Essa hierarquização e esse desprestígio à violência psicológica se relaciona, indiretamente, a própria noção de violência vivida pela dogmática masculina construída com o tempo[28].

Um exemplo é o caso de Francyelle dos Santos Pires, apelidada por Fran entre seus colegas, mãe de uma menina de dois anos, ficou nacionalmente conhecida em 2013, quando tinha apenas 19 anos, após o vazamento de um vídeo contendo imagens de uma relação sexual com seu agressor, seu ex-namorado Sérgio Henrique Almeida. Em pouquíssimo tempo, a gravação viralizou pelo aplicativo de mensagens WhatsApp, onde ela foi identificada e sua vida mudou da noite para o dia[29].

Milhares de pessoas, inclusive famosos, compartilharam fotos e vídeos realizando o mesmo gesto que aparecia na filmagem, se tornando motivo de piadas. Não bastante, ainda teve sua vida e de sua filha exposta com a divulgação de seu endereço e telefone, passando a receber diversas ligações e mensagens de cunho sexual e ofensivo, chegando a receber quatro mil mensagens. Devido à proporção tomada, Fran afastou-se do emprego, não tinha coragem de sair de casa, e, mesmo

[27] BRASIL Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006. Lex: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006.

[28] Ibidem.

[29] SILVA, Beatriz Santos. Pornografia de Vingança. Presidente Prudente, 2018. Disponível em http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/download/7456/67647868. Acesso em março de 2019.

após um ano, ela ainda não conseguia um novo trabalho devido à percussão negativa do *sextape*, teve que mudar de aparência e de cidade[30].

É comum que os efeitos para as vítimas estejam entre encerramento dos perfis nas redes sociais, mudança de cidade, mudança de emprego, troca de escola, procura por tratamentos psicológicos e alteração do próprio nome pela via judicial, em alguns casos até mesmo o suicídio. Os motivos de tais consequências se dão pela grave violação aos direitos de personalidade que este tipo de violência de gênero gera. Estes direitos são considerados fundamentais e são conceituados como "direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados[31]".

A ideia que orienta o valor do direito de personalidade, é que existem inúmeras prerrogativas de caráter individual, que nem o Estado e nem os indivíduos como sociedade deveriam violar, pois, cada pessoa tem o direito de buscar sua paz e tranquilidade, o direito de ser deixado só, de não ter sua vida exposta, nem íntima, nem familiar, de não ter suas informações pessoais divulgadas e nem a sua imagem ou nome expostos contra vontade própria[32]. Porém, o que ocorre nos casos de pornografia não consentida é justamente a violação destes preceitos, principalmente por ser notoriamente uma violência de gênero, onde o enfoque da mulher se torna

[30] LOPES, Amanda Taynara Laurentino. Revenge porn: a pornografia de vingança à luz do Marco Civil da Internet. Porto Velho, 2017. Disponível em http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2372/Amanda%20Taynara%20Laurentino%20Lopes%2C%20Revenge%20porn%20a%20pornografia%20da%20vingan%C3%A7a%20%C3%A0%20luz%20do%20marco%20civil%20da%20internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

[31] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade: 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, P. 5., 2001.

[32] MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 7ª edição. [Minha Biblioteca]. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597015188/.

ainda mais motivo de escárnio. Além do mais, a utilização do meio de rede de internet, principalmente os aplicativos de mensagens instantâneas, alcançam meios de comunicação em massa.

Desta maneira, é importante ressaltar os apontamentos necessários para que os operadores de direito, de maneira ampliada, mas, com ainda maior grau de relevância aos magistrados e tribunais, a necessidade efetiva de um Poder Judiciário atuar sob uma perspectiva garantidora de direitos constitucionais às mulheres. Para a diminuição da violência de gênero é necessário novas reflexões e construções de discursos, aplicação das normas, tais como o Marco Civil da Internet[33], que será analisado na parte seguinte.

2 O MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/2014)

O caráter global da internet e as suas imensas dimensões impactam e criam efeitos para além do cenário virtual, contudo, no Brasil, a criação do chamado Marco Civil da Internet[34] foi impulsionado, principalmente, por dois acontecimentos: o projeto da Lei Azeredo (o qual detinha o nome de seu idealizador, o deputado Eduardo Azeredo), que estabelecia uma legislação criminal específica para a internet, com um rol extenso de condutas proibitivas, como, por exemplo, "a destruição de dados eletrônicos de terceiros, o acesso e obtenção de informações em sistemas restritos sem autorização e a transferência não autorizada de dados ou informações

[33] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[34] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

particulares[35]"; e, o escândalo trazido pela espionagem americana, onde diversos governos, incluindo o brasileiro, eram alvos de investigação secreta[36].

O seu processo legislativo iniciou-se em 2009 por meios de consulta pública, que recebera mais de 2.000 (duas mil) contribuições e 18.500 (dezoito mil e quinhentas) visitas, dividida em duas fases, inicialmente com um texto do Ministério da Justiça, que estabelecia como enfoque as principais questões envolvendo o uso da internet e seus possíveis problemas, em seguida, com a minuta do anteprojeto. Depois da discussão popular, a minuta foi submetida à apreciação do Congresso Nacional, iniciando seu trâmite pela Câmara dos Deputados, se transformando no Projeto de Lei nº 2.126/2011[37].

A Lei nº 12.964/2014, aprovada na Câmara dos Deputados no dia 25 de março de 2014 e no Senado em 22 de abril de 2014, sancionada pela então presidenta Dilma Rousseff em 23 de abril de 2014 e publicada no Diário Oficial no subsequente dia, se tornou a primeira lei criada de forma colaborativa entre governo e sociedade, utilizando a própria plataforma digital como meio de debate[38].

---

[35] LANDIM, Wikerson. Conheça a Lei Azeredo, o SOPA brasileiro. Tecmundo. [s.l.], 24 de janeiro de 2012. Disponível em https://www.tecmundo.com.br/ciencia/18357-conheca-a-lei-azeredo-o-sopa-brasileiro.htm. Acesso em abril de 2019.

[36] SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede. Florianópolis, 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

[37] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, 2015. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/12/A-responsabilidade-civil-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet.pdf. Acesso em abril de 2019.

[38] SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede.

Em virtude deste cenário econômico, e, principalmente, político da época da sanção do Marco Civil da Internet[39], a lei trouxe uma visão muito mais assecuratória de direitos e garantias aos usuários do que punitiva, a quem quer que seja. A abordagem da regulação do ciberespaço foi levada à perspectiva de direitos aos participantes e não obrigações aos servidores e provedores. Desta forma, os primeiros artigos disciplinam que todos os deveres e direitos ali contidos devem observar o princípio da liberdade de expressão, bem como outros garantidos pela Constituição Federal[40], dentre eles, o direito de personalidade[41].

Antes de se adentrar ao estudo dos artigos de guarda e responsabilidade gerada por conteúdos inseridos por terceiros, é importante a elucidação do significado da expressão "provedores de aplicação", comumente utilizada pela referida lei. O termo corresponde a todos os websites de busca, aos aplicativos de mensagens instantâneas[42], aos blogs, redes sociais, jornais eletrônicos, aplicativos de *smartphones* e *tablets* e todos aqueles provedores que prestam seus serviços de modo on-line, ou seja, que oferecem serviços dentro da estrutura de rede. Diferente dos chamados "provedores de conexão", pelos quais têm como propósito disponibilizar a

Florianópolis, 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

[39] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[40] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

[41] BECKER, Ana Maria Higuti. Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço: limites à intervenção judicial brasileira no WhatsApp. Curitiba, 2016. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46339/107.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em março e abril de 2019.

[42] Troca de mensagens por meio de texto, voz, imagem e vídeos, com instalação de aplicativo no smartphone, com acesso por meio da internet. São exemplos: WhatsApp, Telegram e Facebook Messenger.

própria estrutura da rede, a internet em si, como, por exemplo, a empresa Embratel[43].

2.1 DA GUARDA DO CONTEÚDO DE CONVERSAS PRIVADAS

Um dos maiores problemas que surgiram com a influência irreversível da internet na vida humana é a constante violação aos direitos de personalidade, com maior enfoque aos direitos de imagem e privacidade. Essas violações decorrem da dinamicidade, construção e alimentação que é realizada por todos os usuários da rede. Com este tipo de infração aumentando, o interesse das pessoas em utilizar-se de equipamentos que os oferecessem alguma segurança sobre suas informações cresceu, e desta forma, além dos motivos econômicos, tais como publicidade e venda de dados, o investimento em tecnologia que garantia criptografia, em especial, aplicativos de mensagens instantâneas, aumentou rapidamente[44]. Portanto, a criptografia pode ser definida como "o desenvolvimento de técnicas para garantir sigilo e/ou autenticidade de informações[45]", e este método está, inclusive previsto no artigo 13, inciso IV[46] e §2º[47] do Decreto nº 9.771/2016[48], que regulamenta o Marco Civil da Internet[49].

[43] Ibidem.

[44] LAZARI, Rafael José Nadim. RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do WhatsApp. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 22, n. 35, 2018. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2599. Acesso em abril de 2019.

[45] STALLINGS, William in SABO, Isabela Cristina. SABO, Paulo Henrique. TEIXEIRA, Tarciso. WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1882/1784. Acesso em abril de 2019.

[46] IV - O uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes

Ocorre que, a encriptação ou as medidas de proteção equivalentes não podem, e, nem devem ser universais, porque têm de encontrar limitações em face do interesse público ou/e quando esse sigilo causa danos aos direitos de ordem fundamental de outrem – como nos casos de pornografia não consentida. Desta forma, o artigo 15[50] do mesmo decreto anterior[51], determina que os dados cadastrais deverão ser guardados de forma a ser facilitado o acesso às decisões judiciais ou determinações legais[52]. Nesta perspectiva, a Lei nº 12.965/2014, trouxe, em Capítulo III, Subseção III determinações sobre a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações, iniciando-se pelo artigo 15[53] que rege que o

[47] §2º - Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos:

[48] BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Lex: Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 2016.

[49] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[50] Art. 15. Os dados de que trata o art. 11 da Lei nº 12.965, de 2014, deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal, respeitadas as diretrizes elencadas no art. 13 deste Decreto.

[51] BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Lex: Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 2016.

[52] SABO, Isabela Cristina. SABO, Paulo Henrique. TEIXEIRA, Tarciso. WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1882/1784. Acesso em abril de 2019.

[53] Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

provedor de aplicações constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento, conforme nota-se:

No artigo seguinte[54], a lei ainda explica o que é vedada a esta guarda: registros sem anuência do titular e dados excessivos a finalidade que o usuário tenha consentido previamente.

Desta forma, perdura a indagação: quais são exatamente os materiais que podem/devem ou não ser guardados pelos provedores de aplicação? A Lei do Marco Civil, em seu artigo 5º, inciso VIII[55] define os registros de acesso a aplicações de internet como sendo o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. Desta forma, é correto dizer que as empresas de mensagens instantâneas, tais como o WhatsApp ou o Facebook Messenger, não têm a obrigação legal de guardar os

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

[54] Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

[55] Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

conteúdos das conversas de seus usuários? E consequentemente não serão submetidos judicialmente ou a requerimento do ofendido oferecer para retirara do conteúdo? A lei não esclarece tais pontos e a doutrina diverge.

Para parte da doutrina, tal como Lazari[56] e Ribeiro[57], que entendem ser obrigatória a guarda e a possível retirada ou exposição judicial do conteúdo das conversas privadas realizadas no âmbito da plataforma das empresas de mensagens instantâneas o argumento está no artigo 10[58] do Marco Civil da Internet[59], que dispõe expressamente sobre este material. Da leitura do artigo compreende-se que o conteúdo das comunicações privadas está sob o mesmo patamar dos registros de acesso a aplicação, inclusive, reafirmando a possibilidade de sua disponibilização em âmbito judicial. Da mesma forma regula o decreto[60] em seu artigo 13[61], que traz

[56] Ibidem.

[57] LAZARI, Rafael José Nadim. RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do WhatsApp. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 22, n. 35, 2018. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2599. Acesso em abril de 2019.

[58] Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

[59] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[60] BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Lex: Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de

diretrizes sobre a guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, inclusive prevendo a sua solução quanto a técnicas de inviolabilidade de dados[62].

Por outro lado, entende outro quinhão da doutrina, como Sabo[63], Stallings[64] e Becker[65], de forma literal a leitura dos artigos 5º, inciso VIII e 15 do Marco Civil da

---

degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 2016.

[61] Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I - O estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II - A previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III - A criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014; e

IV - O uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

§ 1º Cabe ao CGIbr promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais para o disposto nesse artigo, de acordo com as especificidades e o porte dos provedores de conexão e de aplicação.

§ 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos:

I - Tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou

II - Se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

[62] LAZARI, Rafael José Nadim. RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do WhatsApp. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 22, n. 35, 2018. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2599. Acesso em abril de 2019.

[63] STALLINGS, William in SABO, Isabela Cristina. SABO, Paulo Henrique. TEIXEIRA, Tarciso. WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1882/1784. Acesso em abril de 2019.

[64] Ibidem.

[65] BECKER, Ana Maria Higuti. Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço: limites à intervenção judicial brasileira no WhatsApp. Curitiba, 2016. Disponível em

Internet[66], sendo que não há nenhuma obrigatoriedade em disponibilizar quaisquer conteúdos de mensagens privadas, tendo em vista que sequer a sua guarda é tida como obrigatória[67]. Como se não suficiente, os defensores de tal tese argumentam ainda que as criptografias e medidas protetivas de inviolabilidade de dados fazem com que as próprias empresas não tenham acesso aos conteúdos, mesmo se quisessem, uma vez que apenas o remetente e o destinatário possuem as "chaves" para descodificar e realizar a leitura do material[68].

Destarte, o modelo adotado será aplicado pelo Poder Judiciário, análise que será feita em parte terceira, de acordo com as decisões realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Antes disto, será realizada, em subparte seguinte, como o Marco Civil[69] delimitou a responsabilidade sobre o conteúdo gerado por usuários de plataforma de aplicação.

2.2 DA RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46339/107.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em março e abril de 2019.

[66] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[67] STALLINGS, William in SABO, Isabela Cristina. SABO, Paulo Henrique. TEIXEIRA, Tarciso. WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1882/1784. Acesso em abril de 2019.

[68] BECKER, Ana Maria Higuti. Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço: limites à intervenção judicial brasileira no WhatsApp. Curitiba, 2016. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46339/107.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em março e abril de 2019.

[69] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Antes do advento da Lei 12.965/14[70], não se obtinha nenhuma norma específica sobre a retirada de material ofensivo ou danoso inserido por usuário de um provedor de aplicação, a decisão restou ao Superior Tribunal de Justiça, com decisão de repercussão geral no ano de 2012[71], com entendimento por uma corrente intermediária, de que a responsabilidade era subjetiva, ou seja, ele apenas era responsabilizado caso fosse notificado extrajudicialmente, e após o prazo de 24 horas após o recebimento da notificação, ficasse inerte[72].

Ocorre que, com o a entrada em vigor do Marco Civil da Internet[73] a discursão foi legalizada, quando ela dispõe acerca do tema no Capítulo III, Seção III, iniciando-se com o artigo 18[74], que trata sobre a não responsabilidade, sob nenhuma hipótese, quanto aos provedores de conexão quando o dano for decorrente de conteúdo gerado por terceiro. Esta norma é facilmente compreendida se rememorar que os provedores de conexão apenas fornecem a estrutura da rede de internet (tal como a Embratel), não influenciando ou participando de nenhuma informação que é inserida on-line.

[70] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[71] Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.861.

[72] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, 2015. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/12/A-responsabilidade-civil-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet.pdf. Acesso em abril de 2019.

[73] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[74] Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Por sua vez, no artigo 19[75], a lei traz a norma geral aos provedores de aplicação de internet. O legislador inicia a regra com a citação ao princípio da liberdade de expressão e a inibição da censura, e estabelece que a responsabilidade não é dada automaticamente, ou seja, é condicionada ao descumprimento judicial.

As escolhas dos termos do artigo não são em vão, uma vez que deste modo, se mostra favorável a livre manifestação de ideias do usuário, resguardando o provedor de não responsabilização imediata, fazendo com que ele não seja obrigado a fazer um prévio controle da sua plataforma para filtrar o que poderia ser passível de ilícito, abusivo ou violador de direitos e, da mesma forma, garantir que o conteúdo só seja retirado quando não restar qualquer dúvida da ilicitude da conduta, sendo ela apreciada pelo judiciário[76].

[75] Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

[76] SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede. Florianópolis, 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

O artigo, entretanto, recebe duras críticas. Teffé[77] explica que o termo "no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço" apresenta uma excludente legal da responsabilidade, na medida em que, caso o provedor apresente que não era possível retirar o conteúdo por indisponibilidade técnica, ele será isento da responsabilidade, entregando às empresas um instrumento bastante importante de defesa, tendo em vista a dificuldade em definir quais os limites poderiam se determinar como razoáveis de serviços técnicos a serem empregados pelos provedores de aplicação.

Portanto, retrai-se do texto normativo que para os provedores de aplicação, a regra geral para a retirada de conteúdo gerada por terceiros nasce apenas da omissão. Ele não responderá, em princípio, pelos danos causados, a não ser que, judicialmente notificado, se abstenha de removê-lo.

No artigo 21[78], entretanto, a lei traz uma exceção e contempla especificamente a violação decorrente de divulgação sem consentimento de material contendo nudez ou atos sexuais. A razão da ressalva pode ser dada pela inequívoca ilicitude do material.

[77] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, 2015. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/12/A-responsabilidade-civil-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet.pdf. Acesso em abril de 2019.

[78] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Diferentemente da regra geral, o dispositivo implementa o chamado *notice and takedown*[79], isto é, basta que a vítima requeira, diretamente à empresa portadora da plataforma em que foi disponibilizado o conteúdo, que se retire, e após o conhecimento da mesma, se torna obrigatória a sua exclusão[80].

O modelo adotado, ao menos em efeitos teóricos, mostra-se promissor se avaliar como uma atuação proativa dos usuários das plataformas digitais, principalmente das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, uma vez que teriam a oportunidade solicitar retirada de conteúdo infringente, contribuindo para um ambiente virtual mais saudável, respeitando os direitos fundamentais, principalmente os de personalidade, que tanto são violados na prática de *reveng porn*.

Além deste ponto, a diferenciação traz a vítima uma celeridade maior quanto da retirada de conteúdo, devido à desnecessidade de socorrer-se ao judiciário, que além de mais oneroso, requer maior quantidade de tempo, que pode ser crucial para os efeitos de divulgação do material íntimo[81].

---

[79] Tradução livre: noticia e retirada.

[80] SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede. Florianópolis, 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

[81] SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. [s.l.], 2014. Disponível em https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo_Marco_Civil_da_Internet_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1555727361&Signature=n6k8W9afY9QE20%2BaJ1iv%2BSQ%2BD1Y%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco_Civil_da_Internet_Avanco_ou_Retroc.pdf. Acesso em abril de 2019.

Contudo, mais uma vez, o legislador trouxe termo que limita e traz defesa importante às empresas de mensagens instantâneas, desta vez pelos vocábulos "nos limites técnicos" [82], podendo ser considerado um meio de inimputabilidade da rede, nesta senda, ainda mais grave do que nos casos previstos no artigo 19, visto se tratarem de grave violação aos direitos de personalidade e um tipo específico de violência de gênero.

Por isso, é importante, novamente, a análise da jurisprudência adotada pelos tribunais, em especial ao Superior Tribunal de Justiça lembrando que neste estudo, será apontado como resolver e entender a aplicação dos dispositivos que vieram a garantir ajuda às vítimas da pornografia não consensual, à qual será realizada em seguida.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Poder Judiciário é o ramo do Estado responsável pela solução de conflitos da sociedade e garantia de direitos aos cidadãos. Inclui-se nesta estrutura, o Superior Tribunal de Justiça, que, conforme disposto na Constituição Federal[83], é responsável por uniformizar a interpretação de lei federal em todo território nacional. A

[82] Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

[83] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

relevância de tal órgão se dá pela segurança jurídica na previsibilidade da aplicação do direito, quando, por ele padronizado entendimento a respeito das referidas leis[84].

Para a perquisição de acórdãos do STJ, foi utilizado filtro de pesquisa do site oficial do mesmo, na seção pesquisa "jurisprudência do STJ" [85], no campo "pesquisa por campos específicos", foi inserido o Marco Civil da Internet[86] na área destinada como "legislação", pelo período posterior ao ano de 2014, data de publicação da Lei nº 12.965/14, resultando em 48 (quarenta e oito) acórdãos, quais são:

Número do acórdão	Tema do acórdão
REsp 1738628	Retirada de conteúdo ofensivo à honra do site Google. Necessidade de indicação de URL.
RHC 98250	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
RHC 100922	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
AgRg no REsp 1667283	Interceptação telefônica entre Brasil e Canadá. Quebra de sigilo de dados.

[84] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Gest%C3%A3o-estrat%C3%A9gica/Miss%C3%A3o,-vis%C3%A3o-e-valores. Acesso em março e abril de 2019.

[85] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em março e abril de 2019.

[86] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

AgInt no AREsp 1177619	Súmulas 211 e 283 do STJ.
RHC 101585	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1694405	Responsabilidade civil do provedor de pesquisas em filtragem prévia de buscas.
HC 433930	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
AgRg no RMS 56706	Configuração de conglomerado econômico entre as empresas WhatsApp e Facebook.
RHC 92003	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1622483	Responsabilidade civil do provedor em fornecer dados cadastrais do usuário.
REsp 1660168	Responsabilidade civil do provedor de pesquisa em desvincular um nome dos consequentes resultados encontrados.
REsp 1580395	Discurso de ódio e quebra de sigilo de dados

	de usuário da rede social Twitter.
AgRg no RMS 56496	Responsabilidade civil do provedor em armazenar mensagens instantâneas.
RHC 92009	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
AgRg no RHC 92801	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1679465	Responsabilidade civil do provedor em retirar conteúdo de pornografia de vingança.
REsp 1698647	Retirada de conteúdo ofensivo à honra do site Youtube. Necessidade de indicação de URL.
AgInt no AREsp 980165	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Facebook.
RMS 55019	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1501603	Retirada de conteúdo ofensivo à honra pelo Google. Necessidade de indicação de URL.
AgInt no AgInt no	Retirada de conteúdo ofensivo à honra

AREsp 956396	postado na rede social Facebook. Necessidade de indicação de URL.
REsp 1675501	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
AgRg no REsp 1665340	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
HC 372762	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
RHC 77232	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1642560	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Facebook. Necessidade de indicação de URL.
REsp 1642997	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Facebook. Necessidade de indicação de URL.
REsp 1629255	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Facebook. Necessidade

	de indicação de URL.
REsp 1641133	Retirada de conteúdo ofensivo à honra encontrado no Youtube e no Google. Necessidade de indicação de URL.
REsp 1531653	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Fotolog. Necessidade de indicação de URL.
REsp 1641155	Responsabilidade civil no monitoramento prévio de conteúdo gerado por terceiros na rede social Facebook.
RHC 78747	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1661378	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
RHC 81297	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp..
RHC 76510	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do

	aplicativo WhatsApp.
RHC 75055	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
AgInt no REsp 1593873	Responsabilidade civil do provedor de pesquisa de aplicar o direito ao esquecimento.
REsp 1444008	Responsabilidade civil do provedor de pesquisa sobre vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.
RHC 67379	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
RHC 75800	Operação Lava-Jato. Prova Ilícita. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1582981	Responsabilidade civil de provedor de pesquisa sobre a exibição de resultados.
RHC 51531	Nulidade de prova. Autorização judicial para perícia no celular e acesso as conversas do aplicativo WhatsApp.
REsp 1568935	Retirada de conteúdo ofensivo à honra

	postado na rede social Orkut. Necessidade de indicação de URL.
AgRg no AREsp 712456	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Facebook.
REsp 1512647	Retirada de conteúdo que viola direitos autorais na rede social Orkut. Necessidade de indicação de URL.
AgRg no AREsp 642400	Criação de perfil falso em rede social.
AgRg no REsp 1384340	Retirada de conteúdo ofensivo à honra postado na rede social Orkut. Fato pretérito à lei 12,965/14[87]

No total, foram selecionados 2 (dois) acórdãos para objeto de estudo, que são: Recurso Especial nº 1.679.465 – SP[88], que trata da responsabilidade civil do provedor em retirar conteúdo de pornografia de vingança, isto é, o único que tange sobre o artigo 21 da Lei do Marco Civil da Internet[89], dentre todos os encontrados; e Agravo

[87] Confecção própria.

[88] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.679.465 – SP. Civil E Processual Civil. Recurso Especial. Agravo De Instrumento. Antecipação Dos Efeitos Da Tutela. Ação De Obrigação De Fazer. Retirada De Conteúdo Ilegal. Prequestionamento. Ausência. Provedor De Pesquisa. Filtragem Prévia Das Buscas. Impossibilidade. Retirada De URLs Dos Resultados De Busca. Possibilidade. Exposição Pornográfica Não Consentida. Pornografia De Vingança. Direitos De Personalidade. Intimidade. Privacidade. Grave Lesão. Relatora Ministra Nancy Andrighi . Data de julgamento: 13/03/2018. Data de publicação: 14/03/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685789&num_registro=201602042165&data=20180319&formato=PDF>. Acesso em abril 2019.

[89] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Regimental no Recurso Em Mandado De Segurança nº 56.496 – RS[90], que tange sobre a responsabilidade civil do provedor em armazenar mensagens instantâneas, ou seja, o único que trata especificamente do artigo 15 da Lei 12.965/2014[91] no contexto de empresas que disponibilizam plataformas para usuários se corresponderem privativamente.

Na seção de busca "pesquisa livre", ainda foi explorado "marco civil da internet", localizando-se 8.802 (oito mil, oitocentos e dois) arquivos, número este demasiadamente elevado, importando na restrição de busca para eliminar acórdãos que não tratavam especificamente do tema, para isto, a nova busca utilizou-se das palavras "lei 12.965/2014", onde foram encontrados 22 (vinte e dois) documentos. Da pesquisa dos vocábulos "nudez atos sexuais", resultou em 1 (um) acórdão, e 47 (quarenta e sete) decisões monocráticas. Quando inserido "art. 21 lei 12.965/2014", não foi encontrado nenhum resultado. Com os termos "facebook 12.955/2014", resultou em 74 (setenta e quatro) arquivos. Entretanto, da leitura minuciosa de todos os resultados, apenas os dois acórdãos anteriormente assinalados constavam matérias relativas ao tema do presente trabalho.

Desta forma, será iniciada a análise dos julgados, pelo Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança de nº 56.496, que trata da guarda de registro de aplicações.

---

[90] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Em Mandado De Segurança nº 56.496 – RS. Agravo Regimental Em Recurso Em Mandado De Segurança. Facebook. Informações Requisitadas Pelo Juízo Penal Parcialmente Prestadas. Impossibilidade. Informações Inexistentes. Ausência De Obrigação De Armazenamento. Art. 15 Da Lei N. 12.965/2014. Multa. Impossibilidade. Agravo Regimental Provido. Relatora Maria Thereza De Assis Moura. Data de julgamento: 17/04/2018. Data de publicação: 18/04/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1690964&num_registro=201800202759&data=20180430&formato=PDF> Acesso em abril de 2019.

[91] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

3.1 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nª 56.496 – RS, DA GUARDA DO CONTEÚDO DAS CONVERSAS PRIVADAS

No Agravo Regimental no Recurso Em Mandado De Segurança nº 56.496 – RS[92], onde são partes o site e aplicativo Facebook e o Ministério Público Federal, discute-se sobre o armazenamento do conteúdo das mensagens trocadas por terceiros em seu dispositivo Messenger. O acórdão foi julgado em 17 de abril de 2018 e constou como Relatora a Ministra Maria Thereza De Assis Moura. A decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça foi: após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro, este por fundamento diverso, e o voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro acompanhando a Sra. Ministra Relatora, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que lavrará o acórdão. Vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

[92] AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FACEBOOK. INFORMAÇÕES REQUISITADAS PELO JUÍZO PENAL PARCIALMENTE PRESTADAS. IMPOSSIBILIDADE. INFORMAÇÕES INEXISTENTES. AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE ARMAZENAMENTO. ART. 15 DA LEI N. 12.965/2014. MULTA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Não pode ser imposta multa pela não apresentação, no prazo fixado pelo Juízo penal, de informações referentes ao conteúdo das mensagens trocadas em perfil do Facebook já deletado pelo próprio usuário. 2. O art. 15 da Lei n. 12.965/2014 determina que o provedor de aplicações de internet mantenha pelo prazo de 6 meses apenas os registros de acesso a aplicações de internet, que, nos termos do art. 5º, VIII, da mesma Lei, é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP. Inexiste obrigação legal para o armazenamento, por qualquer prazo, das informações ao conteúdo das mensagens trocadas em perfil do Facebook. 3. Inexistindo o descumprimento de ordem judicial não se justifica a multa aplicada. 4. Agravo regimental provido para conceder a segurança reclamada por não vislumbrar justa causa à multa aqui impugnada. Recurso provido apenas para limitar o valor da multa aos limites do art. 77, § 5º, do CPC (total), e para suspender o bloqueio já efetuado por meio do BACENJUD.

A Ministra Relatora Maria Thereza em seu voto entende que não merece prosperar a alegação do Facebook que não obtinha obrigação de guardar outros dados além dos registros de acesso a aplicações, e, consequentemente as astreintes derivadas no seu não cumprimento. Primeiramente, em torno da multa, relatou que a sua aplicação era completamente legal, inclusive baseando-se em jurisprudências pacíficas do próprio tribunal. Em conseguinte, a relatoria demonstra que a autoridade policial representou, e manifestou-se favorável o juízo à quebra de sigilo de dados telemáticos para que a empresa ré entregasse os registros de acesso (logs de IP) bem como o conteúdo das mensagens daquele usuário, sendo, contudo, não apresentado.

Após o arbitramento da multa, o Facebook argumenta que a conta teria sido deletada pelo próprio usuário antes do pedido de quebra de sigilo com as devidas requisições de informações. No entanto, conforme narra Maria Thereza, nos autos constam que os operadores da empresa revisaram a conta alvo e não identificaram conteúdo que demonstrasse relacionamento com o crime investigado, o que, corrobora o acesso livre ao conteúdo da conta, inclusive, posteriormente o seu suposto desfazimento.

Ademais, a Ministra relata que o prazo regulamentado no art. 15 da Lei Federal 12.965/2014, é de 6 (seis) meses para guarda e manutenção dos registros em ambiente controlado e de segurança, sendo que tal justificativa da empresa teria sido fornecida posteriormente a este período, o que depreende novamente o seu livre acesso, contudo o seu não interesse em cumprir o mandamento judicial.

O Ministro Sebastião Reis Júnior, após pedido de vista, se posicionou de maneira adversa. Sob o seu entendimento, a empresa Facebook entregou todas as informações pelas quais eram possíveis, uma vez que o conteúdo das mensagens,

bem como as conversas privadas e imagens dos perfis, além de não estarem disponíveis após a exclusão de perfil pelo próprio usuário, não adentram na obrigação de guarda do art. 15 do Marco Civil da Internet[93]. Para ele, mensagens privadas não se confundem com registros de acesso, conceituando o segundo termo como "o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço de IP", desta forma, a lei silenciaria quanto a penalização – ou não – do provedor que não fornecer informações trocadas particularmente pelos seus desfrutadores.

Quanto à argumentação da revisão da conta alvo e não identificação do conteúdo vinculado ao crime, o Ministro Sebastião, manifesta-se que nada mais é da relação entre a empresa e o National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC)[94], onde é comunicado pelo Facebook quando do exame de contas se percebe comportamento inadequado, indevido ou ofensivo. Desta forma, deu provimento ao agravo regimental, de modo a conceder a segurança por não vislumbrar justa a causa à multa, entendido que a obrigação principal que causaria o descumprimento, já estaria sanada.

Em aditamento ao voto, a Ministra Maria Thereza replica o voto de seu colega, sob a argumentação de que o envio dos conteúdos ao National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) é realizada quando a própria empresa identifica a ilegalidade e exclui a conta, ocorrendo o envio apenas para fins de

[93] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[94] Entidade que fornece assistência às vítimas, famílias, autoridades policiais, agências de serviço social, agências de saúde mental e outras pessoas quando elas precisam de ajuda com uma criança desaparecida ou explorada. Tradução livre. (Original: provides assistance to victims, families, law enforcement, social service agencies, mental health agencies and others when they need help with a missing, exploited, or recovered child.) Disponível em http://www.missingkids.com/ourwork.

apuração e informação, o que, portanto, seria apenas argumento de necessidade de cooperação jurídica internacional, tese esta já superada pelo mesmo tribunal.

Não obstante, ao apreciar o processo, foi vencida a Ministra Relatora Maria Thereza De Assis Moura, sendo lavrado o acórdão nos termos do Ministro Sebastião Reis Júnior.

Depreende deste julgamento que há uma controvérsia a respeito do entendimento do art. 15 do Marco Civil da internet[95], isto é, sobre quais informações os provedores de aplicativos de internet são obrigados a manter guardados pelo período de 6 (seis) meses, sendo o entendimento atual, que o conteúdo das mensagens trocadas entre os usuários, bem como as imagens e vídeos por eles compartilhadas não adentram no rol de obrigações legais, inviabilizando o judiciário – e a vítima – a impor às empresas a identificação de tais materiais e sua consequente retirada.

3.2 RECURSO ESPECIAL Nº 1.679.465 – SP, DA RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

O Recurso Especial nº 1.679.465 – SP[96] consta como recorrente o Google Brasil Internet LTDA e recorrido o Ministério Público do Estado de São Paulo. O

[95] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[96] CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. 1. Ação ajuizada em 20/11/2012. Recurso especial interposto em 08/05/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Na hipótese, o MP/SP ajuizou

acórdão foi julgado conhecido em parte, e, nesta parte, provido, por unanimidade pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, em 13 de março de 2018. O REsp trata da aplicação ou não dos artigos 19 e 21 do Marco Civil da Internet[97], em uma disseminação de conteúdo íntimo de caráter sexual, realizado depois de um furto de celular onde continha as imagens.

---

ação de obrigação de fazer, em defesa de adolescente, cujo cartão de memória do telefone celular foi furtado por colega de escola, o que ocasionou a divulgação de conteúdo íntimo de caráter sexual, um vídeo feito pela jovem que estava armazenado em seu telefone. 3. É cabível o recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento em hipóteses de antecipação de efeito da tutela, especificamente para a delimitação de seu alcance frente à legislação federal. 4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas. 7. A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. 8. A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a "vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado", conforme disposto em seu art. 21 ("O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo"). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando. 9. Na hipótese em julgamento, a adolescente foi vítima de "exposição pornográfica não consentida" e, assim, é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

[97] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Da decisão de Agravo, anterior ao presente Recurso Especial, já decidira o juízo que não há que se medir esforços diante da cessação de disseminação de conteúdo ilícito que cause danos, quando a retirada for solicitada. Uma impossibilidade técnica arguida era necessária uma análise na mesma profundidade dos argumentos, não podendo esbarrar apenas em uma questão de custo.

A relatoria, ao descrever seu voto, destacou três pontos importantes. Inicialmente, ela afirma que as discussões de responsabilidade civil dos provedores sobre conteúdos disponibilizados por terceiros apresentam uma complexidade elevada por não ser uma ofensa direta do próprio provedor e sim, advinda de uma funcionalidade disponibilizada por ele. Deste modo, ela afirma primeiramente que a remoção do conteúdo infringente do Marco Civil da Internet[98] é indispensável, uma vez que, no momento seguinte a disponibilização das imagens, a vítima passa a ter notáveis agravos em sua vida, e, desta forma, é uma medida de urgência a busca e a remoção do conteúdo íntimo para que possa estabelecer a devida proteção de personalidade.

Ela salienta que não se cuida de direito ao esquecimento e sim ao encargo paliativo necessário, narrando: "não se trata, assim, de um informação disponível on-line cuja lembrança possa causar graves embaraços, mas de conteúdo que, a partir do momento seguinte a sua disponibilização na rede do conteúdo íntimo, passou a causar sérios prejuízos à recorrida", portanto, sendo inegável a exclusão do aludido material como uma medida emergencial em todos os casos que constarem os seguintes requisitos: a) a remoção do conteúdo possa precisar de mais tempo que o

[98] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

necessário para estabelecer a devida proteção da personalidade; e, b) a disseminação causar prejuízos graves.

Posteriormente, a relatora se utiliza de 8 (oito) páginas para tratar especificamente sobre a pornografia de vingança. Desta forma ela inicia relatando que a peculiaridade do caso, e, que distingue sua aplicação do art. 19 ao 21 do Marco Civil da Internet[99], já que o conteúdo divulgado por terceiro cuida-se de vídeo com cenas de nudez e conotação sexual de caráter totalmente privado e sem nenhuma autorização dado por parte da vítima, conceituando, em seguida a chamada exposição pornográfica não consentida ou pornografia de vingança.

A Ministra correlaciona o crime com a violência de gênero, afirmando que apesar de não ser uma prática exclusivamente suportada por mulheres, é sofrida especialmente por elas, denotando assim essa questão de gênero, até porque não se é raro ver ocorrências de suicídio ou de depressão severa em mulheres que sofrem de tal prática. A cultura de violência contra a mulher é explicada pelo seu voto, quando trata de superioridade masculina histórica enfrentada durante todas as décadas passadas, onde a mulher é vista como mais fraca, frágil, com menor capacidade e submissa.

Em ato contínuo, Andrighi narra a origem e histórico da pornografia de vingança, e sobressai que apesar do crime ter nascido antes da popularização da internet, depois dela que ele foi "assustadoramente difundido", e que este tipo de publicação traz contornos ainda mais catastrófico quando da dificuldade de se excluir totalmente. Desta forma, ela subdivide o compartilhamento não consensual em duas partes: a) ausência de consentimento na captação; ou b) a ausência de

[99] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

consentimento na divulgação, definindo como "disseminação não autorizada de imagem em nudez total, parcial ou mídias que retratam ato sexual".

Finalizando o segundo ponto, a Ministra alega que a pornografia de vingança representa uma grave violação aos direitos de personalidade, e cita que, diante disto, a legislação brasileira tomou medidas como a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann)[100] e o Projeto de Lei Rose Leonel, hoje já sancionado[101], além do próprio Marco Civil da Internet[102] para coibir tais atos insidiosos.

Por último, o voto observa que a única exceção à reserva de jurisdição para retirada de conteúdo infringente da internet é a de vídeos e outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, passando, o provedor a ser subsidiariamente responsável a partir de notificação particular, conforme o art. 21 da Lei nº 12.965/2014 e é desta forma em que o dispositivo deve ser aplicado, diferentemente da norma geral, onde se necessita de ordem judicial.

Depreende-se da análise deste julgado a importância sobre o estudo e entendimento quanto à pornografia de vingança, uma vez que ela surge a partir de uma historicidade de violência de gênero no país, sendo hoje uma das mais violentas formas de submeter mulheres ao crivo de submissão masculina, gerando as vítimas do crime, brutais consequências. Desta forma, torna-se imprescindível a imediata retirada do conteúdo quando notificado, a partir da aplicação do art. 21 do Marco

[100] BRASIL, Lei nº 12.737/12, de 30 de novembro de 2012. Lex: Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, 2012.

[101] BRASIL, Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Lex: Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Brasília, 2018.

[102] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Civil da internet[103], porquanto a sua rápida disseminação causa graves violações à saúde e aos direitos de personalidade da mulher.

Desta forma, pode-se concluir que, apesar do Superior Tribunal de Justiça ainda não ter enfrentado diretamente o tema da retirada de pornografia não consentida por meio de mensagens instantâneas, observa-se que as decisões entram em conflito, uma vez que, apesar de se garantir por unanimidade a aplicação do artigo 21 do Marco Civil da Internet[104], pontuando todos os suas prerrogativas e descriminando a importância de sua implementação na diminuição da violência de gênero, ao mesmo tempo, se obtém a confirmação da teoria que as empresas não são obrigadas a disponibilizar as conversas privadas dos aplicativos, uma vez que eles não estariam coagidos nem mesmo a realizar a sua guarda, de acordo com leitura literal da lei.

Verifica-se que os dois entendimentos, aparentemente consoantes, podem se tornar opostos, quanto da aplicabilidade do presente tema do trabalho. Não há como se defender a retirada de um conteúdo que viole os direitos constitucionalmente garantidos à personalidade de uma mulher das plataformas (que são as grandes responsáveis pela disseminação de tais materiais nos dias atuais), e, ao mesmo tempo, se impedir que as empresas donas de tais instrumentos se abstenham do encargo e ônus de guardar, proteger, demonstrar e retirar tais arquivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[103] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[104] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que havia uma dificuldade em retirar dos aplicativos de mensagens instantâneas os conteúdos de pornografia não consentida disponibilizados por seus usuários, principalmente pela elevada demanda de pessoas utilizando-se do ciberespaço como meio de difundir rapidamente as informações. A relevância e importância deste estudo nascem desta assertiva acima, sobre qual a responsabilidade dos provedores de aplicação nesta remoção e o porquê ela não acontece na maioria dos casos apresentam-se como as maiores questões no cerne deste tema.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral verificar como o Superior Tribunal de Justiça aplica os artigos 15 e 21 do Marco Civil da internet[105], que tratam, respectivamente, da guarda e da retirada de dados e informações relativas às conversas pessoais.

O primeiro objetivo especifico estava em estabelecer se a pornografia não consentida se tratava de violência de gênero e em que medida ela violava direitos constitucionais, e foi confirmada a hipótese, demonstrado a construção de anos de machismo social e que as vítimas sofrem às consequências mediante essa concepção histórica, tendo principalmente seus direitos de personalidade intimamente violados.

O segundo objetivo específico tratava de observar se a Lei nº 12.965/2014[106] evidenciava ou trazia alguma normatização para ajudar a diminuição da pornografia de vingança e foi constatado que ele traz vários artigos, dentre eles os 15 e o 21 que tratam, respectivamente, da guarda de registros de acesso, que contém interpretação dúbia na doutrina, e da retirada de conteúdos gerados por terceiros.

[105] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

[106] BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

O terceiro, e último objetivo específico, era sobre a análise jurisprudencial dos acórdãos relativos ao tema, para entender se o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando as normas constitucionais e infraconstitucionais de modo a preservar e minimizar os danos à vítima de pornografia não consentida.

Constatou-se que o referido tribunal ainda não julgou o tema de em todos os seus aspectos, isto é, com uma empresa de mensagens instantâneas se negando a retirar o conteúdo de pornografia não consentida de sua plataforma, mas que em duas oportunidades distintas, obteve a conjuntura de decidir sobre os artigos supramencionados. Ocorre que, apesar de aparentemente consoantes, os entendimentos podem impedir a retirada dos conteúdos infringentes quando não impõe às empresas a obrigatoriedade da guarda e da disponibilização à justiça dos registros solicitados.

Não significa dizer que o Superior Tribunal de Justiça contribui para a atenuação da violência de gênero, por meio da pornografia de vingança não retirada dos aplicativos de mensagens instantâneas, uma vez que o tema não foi como anteriormente dito, julgado como um todo. Entretanto, a inviabilidade atual se demonstra extremamente característico, pelo entendimento da não necessidade de guarda do material violador.

O presente artigo encontrou dificuldades em obter materiais de estudos específicos sobre os temas de pornografia não consensual interligados com a guarda e a retirada de conteúdo por aplicativos de mensagens instantâneas. Da mesma forma, apesar de ser um crime bastante comum na atualidade, e sabido que a grande maioria da difusão de material infrator advém de aplicativos de mensagens instantâneas, existe uma complexidade em se encontrar decisões baseadas na

punição ou absolvição de empresas e não do próprio ofensor que difundiu o conteúdo.

Para pesquisas futuras sobre o assunto é recomendado que aumente o âmbito de estudo, para que possa ser averiguado a quantidade no Brasil de decisões que atenuam ou acentuam a violência de gênero de pornografia de vingança. Do mesmo modo, é importante que se compile, para formação do embasamento teórico, artigos de variadas áreas de atuação, a estudar todos os efeitos psicológicos e a construção social do crime de pornografia não consentida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Daniela Ferro Affonso Rodrigues. Direito à Privacidade e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

BECKER, Ana Maria Higuti. Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço: limites à intervenção judicial brasileira no WhatsApp. Curitiba, 2016. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46339/107.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em março e abril de 2019.

BERTONCELLO, Franciellen. Direitos da personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada. Maringá, 2016. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

BLASCHKE, Rafaela. LUCHESE, Rafaela Fragoso. Pornografia da vingança e o ferimento aos direitos personalíssimos: a responsabilização na esfera cível e penal. Revista Jurídica da FADISMA, Santa Maria, v.13, 2018. Disponível em http://revista.fadisma.com.br/index.php/revista-juridica/article/view/35. Acesso em março de 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Lex: Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 2016.

BRASIL Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006. Lex: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL, Lei nº 12.737/12, de 30 de novembro de 2012. Lex: Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, 2012.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Lex: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

BRASIL, Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Lex: Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Brasília, 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em março e abril de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Gest%C3%A3o-estrat%C3%A9gica/Miss%C3%A3o,-vis%C3%A3o-e-valores. Acesso em março e abril de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Em Mandado De Segurança nº 56.496 – RS. Agravo Regimental Em Recurso Em Mandado De Segurança. Facebook. Informações Requisitadas Pelo Juízo Penal Parcialmente Prestadas. Impossibilidade. Informações Inexistentes. Ausência De Obrigação De Armazenamento. Art. 15 Da Lei N. 12.965/2014. Multa. Impossibilidade. Agravo Regimental Provido. Relatora Maria Thereza De Assis Moura. Data de julgamento: 17/04/2018. Data de publicação: 18/04/2018. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1690964&num_registro=201800202759&data=20180430&formato=PDF. Acesso em março e abril de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.679.465 – SP. Civil E Processual Civil. Recurso Especial. Agravo De Instrumento. Antecipação Dos Efeitos Da Tutela. Ação De Obrigação De Fazer. Retirada De Conteúdo Ilegal. Prequestionamento. Ausência. Provedor De Pesquisa. Filtragem Prévia Das Buscas. Impossibilidade. Retirada De Urls Dos Resultados De Busca. Possibilidade. Exposição Pornográfica Não Consentida. Pornografia De Vingança. Direitos De Personalidade. Intimidade. Privacidade. Grave Lesão. Relatora Ministra Nancy Andrighi . Data de julgamento: 13/03/2018. Data de publicação: 14/03/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685789&num_registro=201602042165&data=20180319&formato=PDF. Acesso em março e abril de 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis, julho de 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133841.s Acesso em março e abril de 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de. FREITAS, Riva Sobrado de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Revista Sequência, Florianópolis, v. 66, 2013. Disponível em

http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p327. Acesso em março e abril de 2019.

CAVALCANTE, Vivianne A. P.; LELIS, Acácia G.S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. Interfaces científica, Aracajú, v. 4, n.3, 2016. Disponível em https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849. Acesso em março e abril de 2019.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. LEITE, Beatriz Salles Ferreira. JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. Revista Eletrônica do Curso de Direito, Santa Maria, v.13, n.2, 2018. Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622/pdf. Acesso em março e abril de 2019.

EXCESSO de confiança dos usuários contribui para aumento de cibercrimes. Security Report, [s.l.] 07 de fevereiro de 2018. Atualizado em 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.securityreport.com.br/destaques/excesso-de-confianca-dos-usuarios-contribui-para-aumento-de-cibercrimes/#.XK_LvehKjIU. Acesso em abril de 2019.

FILHO, Guilherme Augusto Reis. SOUKI, Hassan Magid de Castro. O uso da internet e os crimes cibernéticos. Migalhas, [s.l.], 05 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246765,81042-O+uso+da+internet+e+os+crimes+ciberneticos. Acesso em abril de 2019.

GOMES, Marilise Mortágua. **"As genis do século XXI": análise de casos de** pornografia de vingança através das redes sociais. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_genis_do_seculo_xxi.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

HERKENHOFF, João Baptista. Gênese dos direitos humanos. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

INDICADORES da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. Datasafer. [s. l.]. Disponível em: http://indicadores.safernet.org.br/index.html. Acesso em março de 2019.

INDICADORES Helpline. Datasafer. [s. l.] Disponível em https://helpline.org.br/indicadores/. Acesso em março de 2019.

LANDIM, Wikerson. Conheça a Lei Azeredo, o SOPA brasileiro. Tecmundo. [s.l.], 24 de janeiro de 2012. Disponível em https://www.tecmundo.com.br/ciencia/18357-conheca-a-lei-azeredo-o-sopa-brasileiro.htm. Acesso em abril de 2019.

LAZARI, Rafael José Nadim. RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do WhatsApp. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 22, n. 35, 2018. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2599. Acesso em abril de 2019.

LIMA, André (et al). Responsabilidade civil da internet. Cascavel, 2018. Disponível em https://www.academia.edu/15105464/RESPONSABILIDADE_CIVIL_INTERNET. Acesso em abril de 2019.

LINS, Beatriz Accioly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". Cadernos de campo, São Paulo, v. 25, n. 25, 2016. Disponível em https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851. Acesso em março e abril de 2019.

LOPES, Amanda Taynara Laurentino. Revenge porn: a pornografia de vingança à luz do Marco Civil da Internet. Porto Velho, 2017. Disponível em http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2372/Amanda%20Taynara%20Laurentino%20Lopes%2C%20Revenge%20porn%20a%20pornografia%20da%20vingan%C3%A7a%20%C3%A0%20luz%20do%20marco%20civil%20da%20internet.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

MELO, Carolyna Kyze Silva Bezerra de. **"Caiu na rede": Reflexões sobre casos de** pornografia de revanche no Brasil. Natal, 2016. Disponível em https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1858/1/Caiu%20na%20rede%20-%20reflexoes%20sobre%20pornografia%20de%20revanche%20no%20Brasil.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

MOTA, Bruna G.N. Pornografia de vingança em redes sociais. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11358/1/2015_dis_bgnmota.pdf. Acesso em março e abril de 2019.

NERIS, Natália. RUIZ, Juliana Pacetta. VALENTE, Mariana Giorgetti. Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4940. Acesso em março e abril de 2019.

NOGUEIRA, Karolyne Maria Celestino. RODRIGUES, Paulo Gustavo. A pornografia de vingança e as dificuldades de tipificação no ordenamento jurídico-penal atual. Revista da ESMAL, Alagoas, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/101. Acesso em março e abril de 2019.

SABO, Isabela Cristina. SABO, Paulo Henrique. TEIXEIRA, Tarciso. WhatsApp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017. Disponível em https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1882/1784. Acesso em abril de 2019.

SANGOI, Mariana May. Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede. Florianópolis, 2016. Disponível em https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em abril de 2019.

SANTOS, Aline dos. A (in) adequação da conduta da pornografia de vingança à luz do direito penal no Brasil. Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2160/1/Aline%20dos%20Santos.pdf. Acesso em março de 2019.

SANTOS, Mariana Evelyn Freire. A pornografia de vingança e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha: análise sob a perspectiva da violência de gênero. Caicó, 2018. Disponível em https://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789/7016. Acesso em março de 2019.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coordenadores). Responsabilidade Civil da Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAÚDE, Organização Mundial da. Relatório mundial sobre a prevenção da violência 2014. [s. l.] Disponível em: apps.who.int/iris/bitstream/10665/145086/5/9789241564793_por.pdf. Acesso em: março de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. [s.l.], 2014. Disponível em https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/49113729/Artigo_Marco_Civil_da_Internet_Schreiber.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1555727361&Signature=n6k8W9afY9QE20%2BaJ1iv%2BSQ%2BD1Y%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DMarco_Civil_da_Internet_Avanco_ou_Retroc.pdf. Acesso em abril de 2019.

SILVA, Beatriz Santos. Pornografia de Vingança. Presidente Prudente, 2018. Disponível em http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/download/7456/67647868. Acesso em março de 2019.

SILVA, Hugo Gregório Hg Mussi. A origem e a evolução dos direitos da personalidade e a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro. ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica, Toledo Prudente, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5571. Acesso em março e abril de 2019.

SILVA José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Marina Nogueira Resende. A violação da intimidade pela divulgação não consentida de conteúdo segundo o princípio da integridade. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, v. 20, n.32, 2018. Disponível em: https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2221. Acesso em março e abril de 2019.

TAVARES, André. Curso de direito constitucional. 10ª edição, São Paulo, 2012.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, 2015. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/12/A-responsabilidade-civil-do-provedor-de-aplicacoes-de-internet.pdf. Acesso em abril de 2019.

Ciências
Criminais

DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/13)

Reinaldo Pereira Passos Júnior

RESUMO

É notório a problemática que a corrupção e improbidade administrativa vêm causando à sociedade, principalmente na área da política e da economia. Discute-se se a postura voltada para corrupção advém da cultura da sociedade individualista ou das relações políticas. Observados os impactos da corrupção, se estabelece mecanismos de prevenção e de investigação para combater a corrupção. Sendo assim, o presente projeto analisa o instituto do acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Este acordo é celebrado pela Controladoria Geral da União - CGU com pessoas jurídicas para apurar prática de ilícitos que afetem a Administração Pública nacional e estrangeira. Ocorre que, o objeto jurídico tutelado por esta lei é de extrema importância para o Estado e para a sociedade. Desta forma, seria imprescindível a participação do Ministério Público durante a celebração, como ocorre na leniência do CADE e da colaboração premiada. Por fim, este trabalho tem o intuito de apresentar fundamentos para a inclusão do Ministério Público na participação do acordo, exercendo sua função de fiscal da lei e assistindo o procedimento da celebração do acordo, intervindo quando necessário e solicitado, para garantir um acordo eficaz, de bons resultados e dar segurança jurídica ao colaborador.

Palavras-chave: Corrupção. Improbidade. Cultura. Política. Combate. Acordo de leniência. Colaboração premiada. Ministério Público. Controladoria Geral da União – CGU. Participação. Inclusão. Mecanismos.

INTRODUÇÃO

A corrupção consiste em uma série de práticas ilícitas difíceis de serem apuradas, principalmente por se revestirem com a aparência de legalidade e pela série de atos ilícitos que ela desencadeia.

Este fenômeno reflete no âmbito político e econômico, ocasionando sanções administrativas, cíveis e criminais a depender da legislação aplicada ao caso concreto. Devido ao contexto da corrupção e o momento a qual se vive, muito se confunde as práticas ilícitas realizadas pelos agentes de colarinho branco, como a improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 e a corrupção (ativa e passiva) *stricto sensu*, crimes tipificado no Código Penal Brasileiro (Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Apesar de esses atos ilícitos serem distintos, ambas promovem dano ao patrimônio público, refletindo no bem estar da população e no funcionamento da máquina estatal. Assim, pode-se dizer que esses crimes de colarinho branco são prejudicais a sociedade tanto como um crime de homicídio e roubo.

Questiona-se se essas práticas corruptas sucedem de posturas culturais repassadas pelas gerações da sociedade ou das suas relações políticas. Outro fator é de que essas práticas precisam ser corrigidas atrás de sanções administrativas e criminais, não se excluindo a hipótese de uma sanção cível. Para isso, o Ministério Público procurou desenvolver 10 medidas de combate à corrupção, na forma de evitar a continuidade dessas transgressões que afetam a sociedade e o desenvolvimento do Estado.

Além da leniência prevista na Lei Antitruste (Lei n° 12.529/11) e da colaboração premiada da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei n° 12.850/2013), o legislador, partindo dessas previsões legais, acrescentou o acordo de

leniência da Lei Anticorrupção, agregando mais uma ferramenta para combater a corrupção no Brasil.

A Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, se tornou um dos dispositivos legais mais importantes à disposição das autoridades públicas para promover o combate às práticas corruptivas. Acontece que, há algumas incongruências nesta legislação, principalmente no artigo 14 e 25 da lei em comento, que trata da ação de ressarcimento de dano ao erário e a possiblidade da desconsideração da personalidade jurídica.

Sua principal ferramenta se concentrou na celebração do acordo de leniência, celebrado entre a Controladoria Geral da União (CGU) e a pessoa jurídica envolvida nos atos antijurídicos. Esse acordo permite que a empresa procure o órgão competente e formule um "acordo de colaboração". Cumprido os requisitos e admitido o acordo, a pessoa jurídica terá benefícios concedidos a seu favor (§2º do artigo 16 da Lei Anticorrupção).

Vale destacar que, o acordo pode não ser admitido ou o seu processamento pode ser vazado e prejudicar a empresa, afinal, esse mecanismo ainda oferece risco como qualquer outro acordo nesse contexto. Como prevenção, a Lei Anticorrupção adota o sigilo durante todo o seu processamento, podendo haver exceções à regra, quando justificado pelo interesse do poder público nas investigações ou do processo administrativo.

Todavia, ao contrário dos demais mecanismos de repressão, optou por não incluir o Ministério Público na celebração do acordo com o infrator. Motivo este que ocasionou a presente temática: "A participação do Ministério Público no Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013".

Desta forma, o presente trabalho tem o condão de apontar a omissão e opção legislativa e apresentar soluções para a inclusão do parquet, respaldado nas competências a ele atribuídas pela própria Constituição Federal (CF) de 1988 e assim demonstrar os resultados que esta participação ministerial pode provocar nas investigações e no alcance do interesse público.

O método de pesquisa adotado foi o dedutivo e referência bibliográfica, as fontes de pesquisa foram livros de direito, artigos científicos, revistas jurídicas, sites, fóruns e blogs oficiais de direito que fossem de acordo com a temática.

1 A CORRUPÇÃO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tanto a corrupção como também a improbidade administrativa estão presentes diariamente no cenário político de um país, o que é lamentável para a sociedade. São duas modalidades de ilícitos, uma delas na esfera penal e a outra na esfera administrativa. Ocorre que, em muitas situações, o infrator pode se enquadrar nas duas modalidades. Portanto, apesar de poderem estar presentes em uma mesma conduta, é necessário separar suas terminologias, uma vez que cada uma advém de uma legislação diferente. Vale ressaltar que, a responsabilização de uma não exclui a possiblidade da outra.

Na expressão popular, a palavra corrupção muitas vezes é utilizada para se referir a qualquer ato que traga prejuízos à Administração Pública. Contudo, os conceitos de corrupção e improbidade administrativa são diferentes e, se não aplicados adequadamente, podem levar a conclusões equivocadas (CNJ, 2015). O maior motivo da confusão se dá pelo fato de que um mesmo sujeito possa ser punido nos termos da lei penal, respondendo também às sanções disciplinares e perante a justiça cível, conforme a situação hipotética a seguir:

> em uma condenação de um servidor público por fraude em licitação, ele provavelmente responderá administrativamente, em um processo interno do órgão a que pertence; na esfera criminal, por crime contra a administração pública; e também por improbidade administrativa, na esfera cível.[1] (CNJ, 2015).

Para entender melhor, a corrupção é um fenômeno que se encontra desde o início da história da humanidade, na época do antigo Império. É um termo de conceito amplo, podendo existir corrupção de menores, ativa, passiva, desportiva, tributária, eleitoral entre outros tipos. A modalidade que é objeto deste capítulo é a corrupção ativa, que se volta para a oferta ou promessa de vantagem indevida a um funcionário público com o objetivo de tirar proveito do seu cargo ou função.

Atualmente, há notícias diárias quanto à ocorrência desses ilícitos, sendo abusos indevidos de poderes (funções públicas) com o fim de alcançar vantagens pessoais e indevidas, gerando um enriquecimento ilícito[2]. Atividades estas, que estão prevista no artigo 283 e 333 do Código Penal Brasileiro.

> Corrupção passiva
>
> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o prática infringindo dever funcional.

[1] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa- crimes-contra-a-administracao-publica-e-corrupcao. Acesso em: 4 ago. 2018.

[2] Enriquecimento ilícito "é tratado pelo Código Civil, em seu artigo 884, que determina que quem, sem justo motivo, enriquecer gerando danos ou perdas a outra pessoa, será obrigado a restituir o que foi indevidamente obtido." Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/edicao-semanal/locupletamento-ou-enriquecimento-sem-causa. Acesso em 20 mai. 2018

> § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
>
> Corrupção ativa
>
> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o ,prática infringindo dever funcional. (BRASIL, 1940).

A classificação do crime de corrupção passiva exige que um agente público solicite ou receba dinheiro ou outra vantagem para ser omisso ou comissivo, quando não deveria. **"Já** a corrupção ativa se dá quando um sujeito oferece uma vantagem financeira ou de outra natureza a um agente público, visando a um benefício: seria o caso de um motorista que oferece dinheiro a um fiscal do trânsito para não ser **multado."** (LUZ, 2017).

Já a improbidade administrativa, devido à ocorrência continua da quebra da probidade das condutas dos agentes administrativos, insurgiu determinadas sanções no artigo 37, §4º da Carta Magma[3] e na Lei n° 8.429/92, conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa.

A improbidade "se dará com toda conduta ilegal, dolosa ou culposa do agente público no exercício de função, cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação de terceiro, que ofenda os princípios constitucionais da Administração

[3] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (art. 37, §4º, CF)

Pública." (BARBOSA, 2010). Desta forma, violará o dever que o agente público tem de atuar com probidade na administração da coisa pública e da observação dos princípios específicos administrativos. Nessa concepção, Barbosa (2010) se amparou no caput do artigo 9º da Lei n° 8.429/92:

> Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente: [...]. (BRASIL, 1992).

Conceituados de forma simples e sintética esses dois institutos que estão presentes dentro do campo político brasileiro, passa-se a analisar os pontos que correlacionam e distinguem essas duas modalidades de tipicidade criminosa.

Para ajudar a esclarecer essa mescla equivocada dos conceitos, Humberto Pimentel Costa (2005) distingue essas duas modalidades e acrescenta, ainda, como resultado dessa mistura, a "corrupção administrativa".

Como dito anteriormente, é normal que os leigos confundam os termos, porém é necessário realizar essa diferenciação entre os conceitos de cada instituto, afinal, suas tipificações e sanções advêm de legislações diferentes, apesar de ambas causarem dano ao Estado.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015) elaborou um artigo identificando a principal confusão entre essas terminologias, destaca-se o trecho a seguir:

> O principal motivo da confusão se dá porque um mesmo cidadão pode ser punido nos termos da lei penal, incidindo também sanções disciplinares e perante a justiça cível. Por exemplo, em uma condenação de um servidor público por fraude em licitação, ele provavelmente responderá

> administrativamente, em um processo interno do órgão a que pertence; na esfera criminal, por crime contra a administração pública; e também por improbidade administrativa, na esfera cível.[4] (CNJ, 2015).

Um dos maiores equívocos da população é quanto ao entendimento de que uma única conduta leva a responsabilização em uma única esfera, quando na verdade a hipótese em tela poderá levar a responsabilização em mais de uma esfera. O próprio artigo 37, §4º da CF de 1988 prevê a ressalva da possibilidade de responsabilização em mais de uma legislação.

> § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.[5] . (BRASIL.1988)

No mesmo sentido, Adriano Soares da Costa (1998, p. 85) acrescenta: "Improbidade administrativa é o termo técnico para designar atos de corrupção na esfera pública, os quais podem ou não ter consequências patrimoniais".

Assim, feitos os devidos apontamentos, é fornecida a capacidade básica de distinção da corrupção e das improbidades administrativas. O enfoque principal é trabalhar a prevenção dessas duas modalidades de ilícitos. Como mencionado, existem mecanismos de prevenção como o acordo de leniência e a colaboração premiada para ajudar a identificar os autores dessas transgressões e obter grandes resultados nas investigações.

Contudo, não basta ir direto ao ponto, deve-se analisar o fato gerador dessas condutas e da sua repercussão perante a sociedade. Só assim, poderá se entender

---

[4] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a-administracao-publica-e-corrupcao, acesso em 18 mai. 2018.

[5] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 15 out. 2018.

como funcionam, podendo combatê-las, a fim de garantir a eficácia da aplicação das sanções previstas nas legislações e identificar todos os reais infratores, mantendo o corpo organizacional e político do Estado.

1.1 A corrupção e a improbidade no âmbito político e cultural

Obter vantagens por meios ilícitos passou a ser mais recorrente no Brasil, em meio a uma sociedade que luta pelo seu desenvolvimento econômico e político para satisfazer as necessidades de uma coletividade. Ocorre que, essa atividade está impregnada principalmente dentro dos órgãos públicos. Questiona-se se essa conduta derivou de uma política mal gerida e contaminada por interesses próprios ou se desenvolveu através de uma herança cultural de um certo individualismo.

Para falar de corrupção e improbidade no Brasil é imprescindível fazer um paralelo com o famoso "jeitinho brasileiro" de resolver as coisas.

Ainda sobre esse "jeitinho", apesar da sua larga interpretação, mais se escuta o seu lado negativo, ou seja, o lado em que as pessoas costumam improvisar soluções para resolver situações problemáticas. Em outras palavras, esse "jeitinho" nada mais é quando o cidadão opta por burlar uma série de burocracias e normas a fim de encurtar os caminhos para o objetivo final. Este raciocínio este que envolve muitas trocas de favores e que contribuem para a prática de corrupção. Falamos aqui a razão de tempo e dinheiro. Aquilo que pode ser feito mais rápido, de forma errada, pode gerar, de imediato, a vantagem. No entanto, pode como consequência, gerar maiores prejuízos. Motivo que explica o rombo nos cofres públicos, resultante das ações dos autores desses ilícitos.

Um exemplo possível de acontecer é um professor de escola pública (servidor público) que recebe uma oferta monetária ou de outra natureza dos pais de um aluno

para analisar de uma forma especial e individual um exame disciplinar aplicado pelo docente. O estudante, que na linha da realidade não alcançaria a nota requerida para aprovação, agora, com a "ajuda" do professor é aprovado.

Infere-se que, se tornou comum a presença de tais condutas de corrupção nas mais diversas situações do dia a dia do cidadão.

Por serem consideradas ações de "pequeno impacto imediato" e pelo baixo conhecimento social, são nessas situações em que se pode perder o rumo da licitude e da segurança jurídica e, infelizmente, o ilícito passa a se tornar comum.

Todo este cenário torna propícia a quebra de obediência aos princípios que devem reger as condutas do agente quando prestado o serviço em nome do Estado. Essa constância provoca o desacreditar do povo em uma reforma política em que seja exterminada a corrupção. Desanimo este que é capaz de modificar o caráter das pessoas envolvidas. Humberto Pimentel utiliza os ensinamentos de Rui Barbosa para apresentar o caso em tela:

> De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. (BARBOSA, Rui, APUD 1914, p.86).

Ao que foi destacado, percebemos a influência que o crime de "corrupção administrativa", (lê-se corrupção no sentido amplo em conjunto com a improbidade administrativa) pode causar em uma população pelo descontentamento e prática reiterada do delito. É capaz de transformar o comportamento dos indivíduos, corrompendo a visão do coletivo para uma visão mais individual, egoísta e de pura ganância.

No Brasil, houve uma dificuldade de separar as esferas dos poderes estatais e privados. Motivo esse que refletiu na aplicação do princípio da impessoalidade[6] nos atos do serviço público, resultando um ambiente favorável para que o câncer da "corrupção administrativa" pudesse se instalar e aumentar cada vez mais.

Depois de instalada, houve ocasiões de combate contra a corrupção, as quais chegaram até a mídia e propiciaram o desenvolvimento de uma maior desconfiança na figura política e no administrador.

Celso Barroso Leite para afirmar que: "nunca será demais repetir que a impunidade é fator por excelência da corrupção" (LEITE, 1987, p.17).

Além da imunidade, outros fatores contribuem para a ocorrência da corrupção administrativa, tais como a dificuldade de obtenção de provas acusatórias e a complacência das decisões judiciais.

Não são apenas esses fatores que prejudicam o bom andamento da administração e da política brasileira. Por trás dessa corrupção envolvendo improbidades administrativas, existe a presunção de que, atrás dessa primeira "barreira" há centenas de outras improbidades ocultadas, bem como a criminalidade oculta dos sujeitos dos delitos. Essa massa obscura fica fora do alcance dos mecanismos estatais de repressão, o que possibilita ainda mais a propagação da corrupção e improbidade sem a devida sanção.

[6] O princípio da impessoalidade estabelece o dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa. Além do mais, possui outro aspecto importante, a atuação dos agentes públicos é imputada ao Estado, portanto, as realizações não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas à pessoa jurídica estatal a que estiver ligado.

Quanto aso efeitos da "corrupção administrativa", o principal é o desrespeito ao princípio da moralidade estabelecido para a Administração Pública, previsto na Carta Magna, no caput do artigo 37[7].

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *[...]*. (BRASIL. 1988). *(grifo nosso).*

A corrupção afeta despesas políticas, administrativas e socioeconômicas, o que, de fato, é verdade.

Na mesma linha, José Arthur Rios, diz:

> "o custo social da corrupção é imensamente maior do que seu custo financeiro, pois não se contabiliza em moeda, mas em tempo-trabalho, o que ensejaria a necessidade de trabalho produtivo e reparador de gerações, sendo ainda impossível aquilatar o desgaste institucional." (RIOS, 1987 apud PIMENTEL, 2005).

A compreensão de José Arthur é a mais pura verdade, afinal, o efeito da corrupção vai além de simples cifrões, ela alcança a qualidade de vida de uma população. Infelizmente, para essa percepção, a maioria das pessoas precisa visualizar essa tragédia para acreditar. (RIOS, 1987 apud PIMENTEL, 2005).

Os milhões de reais que são desviados por meio dos atos de improbidade e pela própria corrupção, aparentam ser apenas dígitos bancários, quando, na verdade, é o dinheiro que poderia ser investido na educação, na segurança e na saúde de toda uma coletividade.

[7] Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (sem grifos no original). – caput.

Um dos pontos importantes do tema está ligado à legitimidade da função, o cargo exercido pelo sujeito. Ao reparar os últimos casos de corrupção e improbidade administrativa ocorridos no Brasil, percebemos que na maioria dos casos, os sujeitos ativos possuem um elevado cargo social dentro do poder público ou um status de respeito e poder na esfera privada.

Renova-se a noção de que, o abuso de poder para obter vantagem inapropriada, gera totalmente um sentimento de desprezo, uma vez que os representantes eleitos democraticamente para lutar pelos anseios de uma sociedade, na verdade lutam pelos próprios interesses.

Humberto Pimentel explana a conscientização à respeito da forma de combater a corrupção administrativa. Para isso, apresenta a percepção de Pedro Cavalcanti que "a luta contra a corrupção não é apenas o programa inicial de todos os nossos governos, mas a promessa de todos os nossos candidatos, a divisa de todas as nossas revoluções e a justificativa de todos os nossos golpes" (CAVALCANTI, 1991 apud PIMENTEL, 2005).

Em poucas palavras, foram ditas muitas verdades. O combate à corrupção não passa, muitas vezes, de meras promessas, que funcionam apenas como propagandas políticas.

"É tarefa difícil vencer um inimigo que não se vê, que não se sabe onde está e cujo desaparecimento, a princípio, equivale à sua não-descoberta". (PIMENTEL, 2005). A presente afirmação de Humberto define como é o combate a corrupção, é uma tentativa de erradicar algo que não se vê em meio a um escuro e imensidão de ilícitos que por sua vez, encobertam um ao outro.

Assim, a principal ideia a se propagar é a de que, é possível a confusão entre os termos de corrupção e improbidade administrativa, porém são institutos distintos, que resultam em penalidades e legislações diferentes. Contudo, ambas afetam o povo e têm como sujeito passivo o Estado, que tem milhões de reais desviados dos cofres públicos, afetando assim as prestações de serviços e a toda uma coletividade.

Clovis de Barros Filho e Sergio Praça (2015) indagam a respeito da seguinte pergunta: "cultura causa corrupção?". O que pode gerar a seguinte reflexão: se aceitarmos pequenas práticas de corrupção, logo ela poderá perder o adjetivo negativo presente em sua conduta. Desta forma, sua propagação pode se tornar uma tragédia de um sistema político e do desenvolvimento de um país.

Na mesma temática, em uma pesquisa realizada no final do ano de 2012 pela GVLaw, parceira da Fundação Getúlio Vargas, Clovis de Barros e Sergio Praça apresentam a seguinte afirmativa: "82% dos brasileiros, acreditam que é fácil desobedecer às leis". (BARROS FILHO; PRAÇA, 2015, p. 76).

Assim, Clovis Filho e Sergio Praça apresentam a pesquisa de Luciana Gross Cunha[8], contendo os seguintes comentários a respeito dos resultados:

> "**As pessoas não tem a sensação de que é importante, para a** coletividade, obedecer à lei. Mais de 50% das pessoas dizem que não têm razão para obedecer à lei e mais de 70% dizem que o brasileiro sempre opta pelo jeitinho. As pessoas acham

[8] Luciana Gross Cunha, "é professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). É mestre e doutora em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo FFLCH/USP. Desenvolve pesquisas sobre a performance das instituições do sistema de justiça e sua conexão com o ambiente político, administração da justiça e acesso à justiça. É membro do Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisa Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça - CNJ." (https://www.escavador.com/sobre/9640536/luciana-gross-cunha)

> que cumprir a lei não vale a pena, não percebem que é importante obedecer às leis, independentemente de seu ganho individual e imediato. Elas não encontram razões e acham que em geral os outros não obedecem." (CUNHA, apud, BARROS FILHO; MPRAÇA, 2015, p.70). (grifo nosso).

Não cumprindo a lei, o individuo sofre consequências, uma sanção para que corrija a conduta e siga as leis impostas. A punição tem a chance de ser formalmente (judicialmente) ou *reputacionalmente* (socialmente). O que se questiona é que, a prática de atos que compõem a corrupção se dá pela cultura já vivenciada por aquele grupo de pessoas ou se é simplesmente pela falta de impunidade no âmbito judicial?

Nesse segmento, dois economistas, Fisman e Miguel (2007), fizeram um estudo a respeito de multas de trânsito aplicadas aos diplomatas. Chegaram à conclusão de que, quando tinham dispensa das multas, ou seja, cometiam as infrações, mas não eram penalizados, estes obtinham em média, cera de 30 multas cada. Após uma reforma, quando passaram a ser responsabilizados pelas infrações, a média caiu para 0,23 multas por diplomata. (BARROS FILHO; PRAÇA, 2015, p. 78).

Infere-se desse estudo de que, a prática de condutas não permitidas pelo ordenamento jurídico se dá, em sua maioria, pela impunidade dos agentes, afinal, se fossem em virtude da cultura, a correção e reeducação poderia ocorrer, de modo a sanar essa negativa o que geralmente não é visto.

Acontece que a impunidade proporciona a constância da corrupção, cada vez mais se alastra pelas regiões. Influencia a cultura, de uma forma que as pessoas passam a "concordar" e diminuir a imagem da reprovabilidade dessa conduta.

Clovis Filho e Sergio Praça (2015) apresentam três dimensões que compõem o entendimento de que a influência da cultura pode interferir no crescimento da corrupção.

A primeira é a de "enraizamento/autonomia" que atrela a relação entre a sociedade ou os grupos sociais com o indivíduo. Esse paralelo demonstra que, se o indivíduo apresentar uma autonomia elevada, por conseguinte ele não preserva a ordem social como deveria.

A segunda dimensão é a de "hierarquia/igualitarismo", que trata de atividades coletivas e cooperativas na sociedade, mas se priorizado a hierarquia, aclara o dever individual de poucos em um sistema desproporcional de poder e recursos.

A última e não menos importante, a terceira dimensão de "controle/harmonia", quando o homem deveria atuar em conjunto com o mundo natural e social, atendendo aos anseios gerais. Acontece que, quando negada essa harmonia, ele buscará um mundo que preferencialmente o agrade.

O desfecho dessas dimensões recaiu sobre a seguinte hipótese apresentada por Clovis Filhos e Sérgio Praça:

> "A hipótese explorada no estudo é a de que países com notas altas nos quesitos autonomia, hierarquia e controle são mais corruptos. Isso ocorreria porque a hierarquia e o controle são compatíveis com o uso ilegítimo do poder e a exploração dos outros membros da sociedade." (BARROS FILHO; PRAÇA, 2015, p. 80)

Em virtude dos fatos apresentados, percebe-se que o alastramento da corrupção, se dá, majoritariamente, pela "impunidade" do agente ao invés pela cultura. De certa forma, não é pela total impunidade, mas sim pela fraca aplicabilidade das sanções ou até mesmo pelos acordos desproporcionais que, mais beneficiam o agente do que ajudam na repressão e no combate. Não se pode ignorar o fato de que a cultura pode, sim, contribuir com a corrupção, possibilitando um ambiente favorável e menos opressivo. No entanto, isso só se tem quando a

responsabilização é fraca e não é questionada por uma sociedade, sendo, portanto, aceita.

1.2 Da difícil aplicação da lei penal aos infratores

É notório saber que, a condição de status e de poder de um sujeito é fator determinante de como se dará a aplicação da sanção, sendo até o caso de "impunidade", o que deveria ser totalmente repudiado, pois é uma afronta ao sistema penal brasileiro.

Os chamados de "sujeitos de colarinho branco", são as pessoas possuidoras de cargos de alto poder hierárquico, seja ele na esfera administrativa ou privada, mas que de alguma forma possuem uma certa influência econômica e política. Não obstante, chegam a possuir um considerável nível de riqueza, sendo, portanto, peças fundamentais em um mercado global. No campo privado, esses sujeitos de colarinho branco constituem grande empresas dotadas de personalidade jurídica e atuantes no mercado, de maneira que reforçam o seu peso econômico e político, facilitando suas condutas ilícitas que na maioria das vezes perfazem os atos de improbidade administrativa contra a Administração Pública e também a prática de corrupção ativa.

Detidos de persuasão e influência conseguem obter "favores" no sistema político e econômico, utilizando até mesmo do *lobby* político.[9]

O intuito deste tópico é analisar a aplicabilidade da legislação brasileira ao crime de corrupção ativa praticada pelos sujeitos de colarinho branco atuantes na esfera

[9] *Lobby* é uma expressão usada para se referir a um grupo de pessoas que se reúne para influenciar em decisões e defender interesses em comum. Geralmente o *lobby* acontece no setor público como uma forma de fazer pressão e de tentar influenciar nas decisões do governo que podem afetar os interesses dos cidadãos ou de empresários.

privada, em especial os donos, sócios, representantes e funcionários de grandes empresas. Resta que, devido a classe social e alguns amparos legislativos, "os colarinhos brancos"[10] são, de certa forma, beneficiados com a amenização da aplicação da pena. Discute-se também, neste momento, qual seria a natureza jurídica dessas penas e qual seria a sua melhor intenção.

Desde a Grécia antiga, Aristóteles e Plantão já discutiam sobre a eficácia da finalidade da pena. Debate-se qual seria a real natureza jurídica da pena aplicada a um sujeito infrator: se seria com caráter mais preventivo ou corretivo.

Ambas têm o mesmo intuito: aplicar uma sanção a quem prática algo de errado repudiado pela sociedade e previsto no ordenamento jurídico. O que diferencia são as circunstâncias da situação. Na primeira (prevenção), tem-se a intenção maior de prevenir uma série de possíveis ações, a fim de evitar problemas futuros. Enquanto na segunda (correção), tem-se tais problemas e se age de maneira a punir severamente aquele que se destina a praticar a infração penal. É uma atitude simples, porém muito efetiva no que concerne a fazer a diferença em um momento de reconstrução de um sistema político e de reeducação comportamental.

Em sequência, Aristóteles acreditava que: "pune-se alguém porque cometeu um crime (quia pecatum est)", já para Platão:

> "a pena só faz sentido quando tem caráter preventivo, servindo não só para o autor do crime (prevenção especial), mas também para todos os cidadãos (prevenção geral), como instrumento de persuasão para que não tenham condutas consideradas delituosas (ut ne peccetur)." (PLATÃO, 1992 apud WILHELM, 2000, p. 283).

[10] "os colarinhos brancos" referência ao grupo de pessoas da alta sociedade, que trajam ternos e roupas sociais elegantes e que atuam em crimes contra o sistema financeiro.

A visão de Aristóteles não está errada, afinal, quem comete um ato ilícito deve sofrer uma sanção penal. Contudo, não é a melhor idealização a se seguir, resta por incompleta. De tal maneira que a reeducação dos agentes das infrações pode diminuir a possibilidade da sua reincidência nos estabelecimentos carcerários e na prática dessas transgressões. De forma grosseira, trata-se de uma oportunidade ilícita e indevida que, quando surge uma boa recompensa que compense o crime, o sujeito infrator dificilmente pensaria duas vezes entre ficar preso por algum tempo e ter uma boa quantia à sua espera ou manter sua conduta ilibada[11].

Em contraposição da idealização exposta, a sociedade apresenta uma visão contrária. Uma pequena parcela da população brasileira entende o verdadeiro impacto da corrupção no corpo social e por isso defende que para esse tipo de delito é necessário uma extrema sanção penal, um tempo maior de pena privativa de liberdade. Neste sentindo, o autor Bruno Wilhelm diz o seguinte:

> "Quando se trata de crimes considerados como corrupção, em sentido lato, exacerba-se o sentimento popular de que a sanção penal há de ser a privativa de liberdade, de longa duração, principalmente porque se leva em conta que os autores desses crimes não necessitam de recuperação, pois, em geral, são pessoas bem posicionadas socialmente, de bom nível cultural e usam "colarinho branco" (White-collar crime)." (WILHELM, 2002, p. 284).

Em contraposição à visão de Bruno Wilhelm, tal elucidação é de um total equívoco, por simplesmente dizer que esses sujeitos que usam "colarinho branco" e administram empresas de elevado porte não precisem de uma determinada

[11] Uma conduta limpa, correta, íntegra, com honra. Uma pessoa com idoneidade moral, honesta, que age sempre de acordo com a moral e os bons costumes. A conduta ilibada pode ser Pública ou Privada e é critério eliminatório para muitos concursos públicos.

"recuperação"[12]. Apesar de existir variação quanto à reação de pessoas de condições econômicas diferentes, estamos analisando o caráter da ressocialização do individuo e da preservação da empresa, de uma maneira que estes não voltem a incidir nas mesmas condutas ilegais e possam continuar suas atribuições sem os ilícitos e cooperando com o Estado. Todo esse trabalho de reforma comportamental e cooperação têm o intuito de alcançar uma sociedade ideal e um Estado com menor índices de atos ilegais. Uma dessas tentativas é aplicação do programa de "*compliance*" muito utilizado em empresas para combater a corrupção institucional.

O livro, A Elite do Crime, de James William Coleman, aborda os crimes de colarinho branco, praticados por agentes que possuem poder social e econômico. Em meio a essas infrações, faz-se presente a corrupção, também um crime, que desencadeia uma série de outros atos ilícitos.

De maneira simplista, a corrupção seria uma "troca de favores com interesse", apesar de que a definição correta de corrupção é mais ampla. Esses favores e vantagens não surgiram em tempos recentes, a sua prática advém desde a organização da estrutura política governamental; mesmo Montesquieu[13] já observava essas atitudes. Montesquieu, no seu livro O Espírito das Leis, escreveu, por volta do século 18 que:

> *observou no mundo moderno a supremacia do interesse, porque não é possível mais a manutenção das virtudes num mundo que busca, incessantemente, a acumulação do capital. Os atores políticos se fazem representar na esfera pública por seus*

[12] A palavra recuperação é no sentido de uma nova chance, uma nova oportunidade.

13 "Montesquieu (1689-1755) foi um filósofo social e escritor francês. Foi o autor de "Espírito das Leis". Foi o grande teórico da doutrina que veio a ser mais tarde a separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. É considerado o autêntico precursor da Sociologia Francesa. Foi um dos grandes nomes do pensamento iluminista, junto com Voltaire, Locke e Rousseau." (Disponível em: <https://www.ebiografia.com/montesquieu/>. Acesso em: 16 abr. 2019).

> *interesses e não mais do bem comum, no sentido clássico*. (MONTESQUIEU, 1748, p. 70)

Essa prática ilícita garante a obtenção de vantagens indevidas e está presente diariamente na política e economia do País, principalmente dentro dos órgãos de controle, o que se configura como problema para o estado e, principalmente, para a sociedade.

A deficiência da tentativa de responsabilização dos sujeitos gera a seguinte pergunta: porque a justiça fracassa? Inicialmente, Wiliam (2005) discorre sobre dois argumentos que podem desviar a aplicabilidade da norma pela justiça. O primeiro ponto é de que os crimes de colarinho branco, como a corrupção, não oferecem danos à população, o que é um absurdo se entender assim. Esses crimes afetam tanto de forma direta como indireta a todos os indivíduos de um Estado, provocando danos reais em suas vidas.

O segundo argumento é que essa falsa percepção da realidade faz com que a população não dê a devida importância a esses crimes e, consequentemente, não exercem o direito de reivindicar a aplicação de sanções aos agentes que incorrem nesses delitos.

Em contrapartida dos argumentos de fracasso da justiça, quando a sociedade tem o reconhecimento do potencial do dano que determinado crime ocasionou, clamam por penas mais severas e mais duradouras do que aquelas já determinadas pelo Poder Judiciário.

Nota-se que o conhecimento dos reflexos dos crimes de colarinho branco é essencial para as inciativas de combater a essas sessões de ilicitude.

O crime de corrupção é um dos piores. Prejudica a todos e causa revolta grande da sociedade, uma vez que, são tirados direitos e garantias de uma coletividade para satisfazer interesses de um particular ou um grupo da Elite.

Atualmente no Brasil, vive-se um bombardeio de corrupção. É uma luta para sobreviver em meio a um "câncer" que se instalou no Estado. Nos últimos anos, houve o escândalo de dois grandes casos, o Mensalão[14] e a Lava Jato[15]. Podemos citar outros vários casos em que se tenha a presença da corrupção, casos estes que envolveram e envolvem pessoas e empresas de elevados níveis no Brasil.

Para fundamentação do presente trabalho é preciso compreender de maneira breve e sucinta o que foi a lava jato e qual sua ligação com a Lei Anticorrupção. Segundo os dados do Ministério Público Federal e da Polícia Federal a operação Lava Jato foi a maior investigação do Brasil envolvendo corrupção e lavagem de dinheiro.

Este escândalo envolveu criminosos de colarinho branco que detinham empresas de grande porte e, no caso, foi uma de posto de gasolina, a qual originou o nome da operação. Esses infratores praticavam atos corruptos envolvendo uma estatal, a Petrobrás e seus funcionários. Conforme os dados da Polícia Federal, o valor movimentado pela Lava Jato é de aproximadamente R$ 2,4 bilhões de reais, existem cerca de 1.397 processos eletrônicos abertos. (POLÍCIA, FEDERAL, 2017).

[14] Mensalão é o "nome dado ao escândalo de corrupção política mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional do Brasil, que ocorreu entre 2005 e 2006. O caso teve como protagonistas alguns integrantes do governo." (disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o. Acesso em 10 nov. 2018).

[15] "A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia." (Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso em 10 nov. 2018).

Conforme fatos obtidos em 2016 pela Justiça Federal, exclusivamente da 13ª Vara Criminal da Justiça Federal do Estado do Paraná já possibilitava dimensionar a proporção da operação. Naquele ano (2016), já haviam sido oferecidos 71 acordos de colaboração com pessoas naturais. O Supremo Tribunal Federal já havia homologado cerca de 40 outros acordos o que resultou em 307 pessoas denunciadas na esfera criminal em uma única operação. (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 156).

A relação da Lava-Jato com o acordo de leniência é que a constância de delações que envolvem grandes empresários e suas empresas resulta em sanções administrativas, cíveis e criminais. Nestas condições os infratores têm dois caminhos: celebrar acordo de leniência pela Lei Anticorrupção para diminuir as sanções da empresa e outra de celebrar o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público para obter benefícios criminais para o empresário.

Desse modo entende-se que, uma atuação conjunta entre a CGU, órgão responsável pela celebração dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção, e o Ministério Público poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos. Essa sugestão de parceria já acontece com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Ministério Público nas demandas que envolvem tanto a pessoa física como também a pessoa jurídica.

Retomando a pensamento dos criminosos e empresas de grande porte, a presença desses agentes como autores de ilícitos, dificulta muito a aplicabilidade da pena pelos órgãos responsáveis, o que não deveria acontecer sobre a luz do principio da igualdade[16] e do devido processo legal[17].

[16] Art. 5º - "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]" (art.5º, CF/88) (Disponível em:

Por se tratar muitas vezes de pessoas que compõem a elite do Estado ou de empresas reconhecidas no campo internacional, estes costumam se encontrarem em posições, cargos e transações comerciais de níveis altíssimos e desta forma conseguem exercer uma grande influência na elaboração das normas ou até obter mecanismos para burlá-las. Da mesma forma entende James William, quando diz que: "[...] as evidências examinadas mostram que o processo de elaboração da legislação reguladora tem sido inteiramente corrompido pela influência política de poderosos transgressores [...]" (WILLIAM, 2005, p. 283).

Mesmo com influência, alguns "sujeitos poderosos" chegam a passar por todo o processo da aplicabilidade da pena. A problemática se instala no fato de que na maioria das vezes os mesmos não recebem a pena mais rídiga e sim uma pequena fração da pena imposta ao delito. Posto isso, presenciamos normas que estão sendo desvalorizadas por pessoas corrompidas.

No mesmo diasapão, outro fator que dificulda a aplicabilidade das normas é a falta de recursos para manter um sistema de qualidade e efetivo. Deste fator, pode-se tirar algumas conclusões como: se não tem dinheiro, não tem a quantidade necessária de profissionais para realizar o trabalho e muito menos recursos, propriamente ditos, para realizar diligências ou meios de apurar as ocorrências de corrupção.

A verdade é que a "situação já é ruim em tempos normais, mas quando um escândalo de grandes proporções domina o sistema, tudo afunda ainda mais."

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 nov. 2018).)

[17] "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (art. 5, LIV, CF/88) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 nov. 2018).

(WILLIAM, 2005, p. 285). Em poucas palavras ele discorre a realidade de um sitema. E para ressaltar o estado desses órgãos reguladores, segue o relato de um funcionário norte-americano frustado que vive a realidade da falta de recursos e da imensidão que é a corrupção nos tempos atuais.

> eu me sinto como se estivesse no Alasca durante um vazamento de óleo com um rolo de toalhas de papel [...] o trabalho é monstruoso e tudo que eu consigo pensar é onde vou arranjar mais toalhas. Fico ali de pé com meu rolo e olho para o mar de óleo que se aproxima esse mar colossal. Ao mesmo tempo, as pessoas gritam: 'Os passáros e os peixes estão morrendo! Trabalhe mais depressa! ' Estou trabalhando o mais depressa que posso. (TILLMAN, CALAVITA; PONTEAL apud WILLIAM, 2005, p. 285).

É triste presenciar a referida situação do sistema brasileiro. Pior ainda é saber que mesmo nessas condições, quando conseguem, de fato, incriminar um "poderoso transgressor", este possui meios para manobrar a legislação e conseguir se livrar das sanções e, quando condenados, obter uma pena mais branda. Essa elite e as grandes empresas possuem dinheiro o suficiente para contratar advogados de primeira linha para atuarem em suas defesas e deste modo conseguir amenizar suas situações.

Muitos desses agentes se encontram em liberdade, mesmo depois de cometer anos de corrupção e provocar prejuízos aos cofres públicos, à sociedade e ao desenvolvimento do País. Esse privilégio é destacado por James Wiliam em sua obra "A Elite do Crime – crimes de colarinho branco", quando reforça sua concepção com uma fala arrogante de um transgressor:

> a lei é como uma teia de aranha; é feita para mosquistos e outros tipos de insetos pequenos, podemos dizer assim, mas permite um abelhão rompê-la[...] Sempre que as tecnicalidades da lei colocaram-se no meu caminho, fui capaz de eliminá-las com muita facilidade". (PEARCE, apud WILLIAM, 2005, p. 287).

Essas conceituações de impunidade supramencionadas além de se apoiar na possibilidade de contratar uma defesa técnica de qualidade esses agentes também se beneficiam pela camuflagem que esses crimes de colarinho branco possuem. Associa-se a dificuldade de percepção da procedência da transgressão, toda a fase da preparação até a sua consumação.

Além desses fatores, o próprio autor enfatiza que a pessoa que sofre com esses delitos geralmente não tem consciência de que é, de fato, a vítima[18] real e final desse crime. Além mais, esses crimes contam com o apoio dos meios de comunicação. Parece absurdo falar que o jornal, a rádio e outros meios ajudam de certa forma, mesmo que indiretamente, a ocultar a ocorrência desses crimes, mas infelizmente é o que acontece.

Devido ao poder econômico e social desses agentes criminosos, tanto o indivíduos em si e a empresa pelo seus sócios ou administradores conseguem oferecer contrapartidas a esses meios de comunicação para que não declarem ou publiquem constantemente notícias a seu respeito, ou quando for impossível sua ocultação, que seja algo breve e moderado, minimizando suas responsabilidades.

Ao contrário dessa abordagem da impunidade, quando os "poderosos transgressores" são alcançados pelos órgãos reguladores, costumam abusar de técnicas de obstrução da justiça. William (2005) indica a protelação como um elemento eficaz. Exemplo de protelação seria a "demora" pelas empresas de entregarem documentos comprobatórios requisitados por juiz para serem analisados, e nesse momento, eles abarrotam os departamentos de fiscalização com

[18] Referência à própria vítima em pessoa, individualizada e também o Estado, mediante representação de toda uma sociedade.

milhões de papéis desnecessários, a fim de que os profissionais tenham seus trabalhos estendidos e dificultados.

Essa atitude provoca um grande atraso no andamento do processo judicial contra esses "poderosos", principalmente pela ausência de pessoal no quadro efetivo dos órgãos estatais para a demanda do trabalho.

Além dessa técnica de obstrução, outras são também utilizadas, porém menos sútis, como as ameaças e coerções exercidas para atrasar ou evitar a aplicabilidade da lei. Um grande exemplo dado da técnica por ameaça se dá quando uma empresa grande ameça transferir suas operações para outro país, fazendo com que todos os futuros atos do processo judicial sejam minunciosos para não afetar essa relação de dependência econômica.

Por fim, não menos importante, James Wiliam (2005) aborda a corrupção no processo de aplicação das leis. Como já mencionado, a corrupção é um dos piores crimes existentes para uma sociedade e para o Estado, em conjunto. Ela retarda o processo de evolução do País, prejudicando a vida de cada indivíduo, sem contar na imagem prejudicial que o Brasil fica frente aos demais países do mundo.

Além da dificudade organizacional e institucional que os órgãos reguladores responsáveis pela aplicação das sanções a esses infratores enfretam, acabam também tendo que lidar com a presença da corrupção:

> Além da crônica escassez de recursos e de todas as dificuldades para apresentar provas nas causa contra poderosos réus do colarinho branco, o processo de aplicação das leis sofre também com o problema da corrupção. Uma série de recompensas políticas e econômicas está à espera dos funcionários disposotos a negligenciar suas responsabilidades." (William, 2005, p. 292).

Essa série de recompensas é uma oferta toatalmente desproporcional com a vida real de que leva o funcionário e dessa forma o instiga a corromper a sua conduta, negligenciando suas responsabilidades frente a sua profissão e ao Estado.

Além do oferecimento dessas recompensas, os "poderosos transgressores" exercem uma forte pressão política contra aquelas que estão em escalas menores da sua hierarquia. Pressão a qual pode até chegar a corromper os responsáveis pelo processo de aplicação das leis.

O problema se dá quando essa pressão é feita a grandes autoridades, que o contato direto se torna perigoso e, para isso, surge a imagem dos lobistas, aqueles que se encarregam de direcionar as pessoas certas (pedidos) para as recompensas certas. Muita dessas recompensas a essas autoridades são oferecimentos de viagens, jantares luxuosos, cursos gratuitos, entre outras diversas formas de exercer a corrupção. Dentre essas outras formas, o oferecimento de empregos no setor privado ou de determinadas participações em lucros altissimos, possiblita que essas propostas sejam, na maioria das vezes, aceitas por aqueles que se permitem corromper, desvirtuando suas responsabilidades, configurando a incidência do crime de corrupção ativa.

Em última análise, a ineficiência da aplicação das leis aos crimes de colarinho branco, em especial ao crime de corrupção e atos de improbridade que afetam diretamente a Administração Pública nacional e estrangeira, possui diversos fatores contribuintes para tal defeito. O ordenamento brasileiro é farto de normas, porém algumas muito genéricas, o que possibilita, muitas vezes, os "poderosos transgressores" por meio de suas empresas realizarem manobras para não incorrerem nas penas a eles cominadas e desta forma ainda ficarem em liberdade, praticando crimes contra a adminisstração pública e a sociedade.

Esses agentes têm às suas disposições várias técnicas para obstruir a aplicação da lei. Posto isso, é necessário uma legislação mais severa e menos flexível, a fim de que a sanção imposta possa, de fato, corrigir a posturas desses agentes. Com o intuito de evitar que esses atos ílicitos se propaguem em nossa sociedade e, evitando também, menos prejuízos aos cofres públicos e menos danos a nossa sociedade.

Por fim, em meio a tanta dificuldade de se apurar a existência da corrupção e os atos de improbidade administrativa contra a Administração Pública e até mesmo a ordem econômica, o Congresso Nacional aprovou a Lei n° 12.846/2013 que pune as empresas infratoras aplicando a responsabilidade objetiva, no âmbito civil e administrativo. No artigo 16 da referida legislação é inserido o mecanismo do acordo de leniência para ajudar a prevenir a corrupção e os atos de improbidade que corrompem agentes públicos, fraudam licitações e contratos ou dificultem atividades de investigação ou fiscalização de órgãos públicos, entre outras irregularidade.

Este acordo conta com a colaboração da pessoa jurídica para identificar os demais envolvidos e a obtenção célere de informações que contribua com as investigações das autoridades competentes.

1.3 Das 10 (dez) medidas de combate à corrupção propostas pelo Ministério Público

Também para atuar no combate à essa deturpação econômica e política, o Ministério Público propôs uma campanha com as 10 medidas contra a corrupção. Assim, a campanha se tornou o Projeto de Lei n° 4850/2016, apresentado em 29 de março de 2016. O projeto modifica diversas leis do ordenamento e conforme a cartilha da campanha possuem os seguintes objetivos:

A primeira dela trata quanto a prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação. Nesta medida, simula situações para averiguar se o agente público ou o empregado possui uma conduta moral e predisposta para cometer crimes contra a Administração Pública. A Organização das Nações Unidas - ONU apoia essa realização que tem sido um sucesso em alguns países afora. Além disso, há a possibilidade de invenstir cerca de 10 a 20% dos recursos de publicidade dos entes administrativos para programas e ações de markenting voltados para visão de incomplacência com a corrupção e o seus efeitos na sociedade. Nessa conjectura, estimula-se a denúncia anônima para os casos de corrupção, como observação relembra-se que ninguém pode ser condenado apenas com base em denúncia anônima, mas esta poderá ensejar em uma investigação. Por fim, a idéia de transparências pelos órgãos do Poder Judiciário e o próprio parquet para que preste contas à respeito dos processos em suas dependências e de possíveis propostas quando o tâmite dos autos ultrapassar o princípio da duração razoável do processo.

A segunda medida é a busca da criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, pois é notório que a corrupção é algo dificil de se provar e que muitas vezes resulta na impunidade do trangressor. Desta forma, mesmo quando não for possível descobrir ou comprovar quais foram os atos especificos de corrupção praticados o fato do enriquecimento sem justa causa já bastaria para servir como tipificação criminal.

A terceira medida é o aumento das penas e classificação de crime hediondo para a corrupção de alto valor. Nesta ceara, o crime de corrupção muitas vezes não chega a condenação por diversos motivos, os dois principais dele é a ocorrência de nulidade processual e a prescrição. Assim, nota-se que é um delito de alto benefício e baixo risco, o que acaba por icentivar a sua prática. Então, para evitar essa

impunidade aumenta-se a pena aplicada a essa tipificação e por consequencia aumenta-se o seu tempo prescricional. A pena seria aumentada entre 12 a 25 anos quando o valor desviado foir maior que R$ 8 milhões, o que a pena ainda é inferior a outra tipificação muito conhecida, o homicídio que pode chegar a 30 anos.

Ressalta-se que, o crime de corrupção por se tratar de valores e moral, também produz efeito morte quando as quantias desviados são de origem da área da saúde, educação, segunraça e etc. A classificação para a hediondez se daria pelo fato do montante comrrompido, ultrapassar o valor de 100 salários mínimos e assim não sendo passível perceber beneficios como perdão da pena, indulto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou outra medida cautelar.

A quarta expõe o aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal. Esse desenvolvimento seria produto de 11 (onze) alterações no Código de Processo Penal (CPP) e uma emenda constitucional.

> Essas alterações incluem a possibilidade de execução imediata da condenação quando o tribunal reconhece abuso do direito de recorrer; a revogação dos embargos infringentes e de nulidade; a extinção da figura do revisor; a vedação dos embargos de declaração de embargos de declaração; a simultaneidade do julgamento dos recursos especiais e extraordinários; novas regras para habeas corpus; e a possibilidade de execução provisória da pena após julgamento de mérito do caso por tribunal de apelação, conforme acontece em inúmeros países.[19] (MPF, 2016).

O quinto marco seria a celeridade nas ações de improbidade administrativa. Essa medida, propões 5 (cinco) alteração na Lei n° 8.429/1992, que na fase inicial a defesa seria em uma única hipótese garantindo o direito de defesa, evitando uma

[19] Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

repetição; a criação de varas e turmas especializadas para julgar ações de improbidade e derivadas da Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013) e por último, a possibilidade do Ministério Público Federal oferecer acordo de leniência na esfera administrativa, como já ocorre no âmbito penal (delação premiada), para obter uma investigação mais minuciosa e efetiva.

O sexto indicador causa uma reforma no sistema de prescrição penal, promovendo alterações na legislação a fim de que amplie o prazo prescricional da pretensão executória do Estado e a extinção da prescrição retroativa. Destarte, propõem que o prazo prescricional da execução se dê após o trânsito em julgado para ambas as partes e não só de acusação e que o prazo de prescrição não continue sua contagem quando houver pendências de julgamento de recursos às instâncias superiores, evitando o caráter protelatório

A 7ª medida é quanto aos ajustes nas nulidades penais. Amplia a preclusão de alegações de nulidade, quando não requerida pela parte que deveria ter alegado em tempo hábil. Estabelece que o juiz deve aproveitar ao máximo os atos processuais e quando alegado as nulidades, que as partes demonstrem o real defeito e seu prejuízo ao processo. Também, prever o acréscimo de novos parágrafos para inserir outras modalidades de exclusão de ilicitude quando ocorrer anulação ou exclusão de provas obtidas ilicitamente ou que viole os direitos do réu, objetivando um comportamento adequado da Administração Pública.

A oitava propõe a responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2 (dois). Os partidos passarão a responder de forma objetiva quanto a prática de atos de corrupção; ocorrência da contabilidade paralela, o não registro de fluxo de caixa e a criminalização eleitoral da lavagem de dinheiro.

A penúltima medida sugere a prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado. Com isso, pretende-se que o réu não devolve o fruto da corrupção, muitas vezes o enriquecimento ilícito ou que o utilize para assegurar a sua fuga ou até mesmo a sua própria defesa em juízo com propina. Para isso, falar-se-ia em uma prisão extraordinária, tendo como base a prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal. Por fim, dificultada a dissipação do dinheiro, propõe mecanismos para rastrear o montante de uma forma mais célere e podendo até bloquear bens obtidos ilicitamente pelo réu.

A última medida, não menos importante, visa a recuperação do lucro do crime. essa ceara traz duas inovações: a primeira, é aplicação de um confisco mais abrangente o qual ocasionará o perdimento dos bens do réu em que ultrapassar ao patrimônio lícito declarado na receita; o segundo é a possibilidade do ajuizamento de uma ação civil pública em face do réu que tiver enriquecido ilicitamente, com o objetivo de possibilitar o perdimento dos bens independente da responsabilização do autor nos atos ilícitos, pois podem não ser punidos por não serem descobertos ou pela prescrição.

Em virtude dessa campanha e diversas outras atuações do Ministério Público no âmbito repressivo dos atos de corrupção ficando clara a necessidade da sua participação efetiva e constante nos processos e acordos que objetivam a redução de danos à Administração Pública, ao Estado e a toda a população.

2 DO ACORDO DE LENIÊNCIA

De forma econômica e direta, o acordo de leniência é um acordo administrativo de natureza jurídica de meio de obtenção de prova, formalizado em um documento escrito entre o estado (leniente) e a empresa (delator) que cometeu

ato ilícito (art. 5º da Lei n° 12.846/2013)[20] contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, cujo objeto do acordo se dá por uma transação de interesses. Acontece a entrega de informações e provas para se alcançar outros criminosos e combater a corrupção em troca da suavização ou isenção da sanção e outros benefícios. Diante deste acordo, terá a presença excepcional da Controladoria Geral da União, podendo ter participação do Tribunal de Contas da União - TCU e do Ministério Público (MP) na analise do ajuste do seu descumprimento.

[20] Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.*

Acordo este que só pode ser sugerido pelo infrator (PJ) interessado, o futuro delator, caso contrário, se ofertado pelo Estado, é interpretado como um privilégio. Só é possível a transação, se preenchido todos os requisitos presentes nos artigos 16 e 17 da Lei n° 12.846/2013. Quando descumprido o acordo sendo o caso de ineficácia das informações fornecidas, o presente instituto cancela todos os benefícios e invalida a leniência, tendo um caráter subjetivo quanto à sua eficácia, mas que quando produzida concretiza os benefícios estabelecidos em favor do transgressor.

2.1 Introdução e considerações preliminares

Entre um ilícito e uma condenação, existe um processo, cuja finalidade é encontrar o autor da infração e aplicar as devidas penalidades. O grande problema, como já tratado anteriormente, é o da obscuridade empregada pelos agentes à conduta tipificada na legislação. Esta dificuldade é estabelecida por meio de uma série de atos que infringem o sistema normativo jurídico, principalmente a Lei de anticorrupção (Lei n°12.846, de 01 de agosto de 2013), o código penal (Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) como também, a legislação administrativa (Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993) que regula licitações e contratos da Administração Pública.

O sistema de justiça brasileiro utiliza-se de um dos mecanismos de prevenção de corrupção, o acordo de leniência (artigo 16 da Lei n° 12.846/2006) para garantir uma maior eficácia do ordenamento jurídico e dos poderes de fiscalização, resultando, portanto, um melhor resultado nas investigações e no combate a corrupção.

Sobral (2001, p. 133) explica que leniência é sinônimo de leni- dade (do latim *"lenitate"),* termo que designa brandura, suavidade ou mansidão. Assim, essa

suavidade será aplicada na imposição da sanção e será objeto de um acordo com o infrator no intuito de obter maior êxito na investigação.

Antes de adentrar ao estudo do artigo 16 da Lei nº 12.846/2006 é imprescindível a análise de fatores legislativos e fáticos que levaram a necessidade da sua criação.

2.2 Histórico e contextualização

A resolução de um conflito nem sempre se dá por meio judicial, mas também por transações consensuais e de caráter bilateral. Não é uma novidade que a transação se consagrou como um método alternativo de resolução de conflitos, principalmente na esfera administrativa, no tocante aos contratos. Essa transação se equivale a um contrato administrativo que tem se desenvolvido para atingir o interesse público em face de um conflito com o setor privado (PJs) ou um cidadão (PF). No entanto, essa consensualidade não retira o poder impositivo da Administração Pública em realizar e efetivar seus atos de império, mas sim de complementar as formas de solução de embates jurídicos e administrativos.

Segundo Cristiane Schwanka (2009, p. 2): "A nova ordem constitucional democrática reclama e possibilita a conformação de uma Administração Pública consensual, mais dialógica e aberta ao cidadão ativo e colaborador das atividades estatais." Desta forma, permite-se alcançar respostas completas e céleres, que demandariam mais tempo e recursos para a Administração e a Justiça.

Essa forma de expressão consensual da Administração Pública pelos contratos administrativos, também vistos como acordos (lenientes), pode ser interpretada como:

> "o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública". (SCHWANKA, 2009, p. 314)

Essa consensualidade quando aplicada ao conteúdo do acordo, principalmente ao de leniência (art. 16 da Lei n°12.846/2013), firmado entre particular e o Estado, demanda uma série de requisitos que devem ser preenchidos para que em troca, o benefício seja concedido.

A consensualidade compactua com a suavização da sanção, seja ela na isenção ou na diminuição da pena, desde que, obtidas as confissões das ilicitudes, a cooperação com as investigações e a identificação dos demais coautores da ilicitude. Ressaltando assim, que o caráter impositivo ou ato de gestão da Administração pública não são ignorados e sim flexibilizados. Portanto, as provas e as informações obtidas através do acordo celebrado têm como compensação, a amenização da pena, caráter, este, que configura a denominação da transação em um "acordo substitutivo".

Nas hipóteses em que, a consensualidade é aplicada como um dispositivo de prevenção na resolução de conflitos, o autor Moreira Neto afirma que a aplicação desses contratos como acordos substitutivos podem ser entendidos como:

> "Instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de oficio ou por provocação do interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos". (MOREIRA, 2008, p.15).

No que tange ao âmbito regulatório, temos o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, que é formado, atualmente, apenas pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.[21]

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, criado pela Lei n° 4.137/62, atua na defesa da concorrência no Brasil, prevenindo danos ao erário e ao mercado. Competência esta que, também era da responsabilidade da Secretária de Direitos Econômicos (SDE).

A Secretaria de Direito Econômico - SDE fazia parte do ministério da justiça. Foi criada pelos artigos 13 e 14 da Lei n° 8.884/94, já revogada. A SDE tinha como competência, instruir e analisar de forma concorrencial os atos de fusões, aquisições e etc. do campo econômico; investigar e apurar as transgressões à ordem econômica, que seriam julgadas pelo CADE. Contudo, a Lei n° 12.529/2011 extinguiu a SDE e transferiu toda a sua competência para o CADE.

O CADE era um órgão do Ministério da Justiça que passou a ser uma autarquia vinculada ao mesmo Ministério, na época de 1994, pela Lei n° 8.884/94. Posteriormente, no desdobramento da Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011 em conjunto com o seu regulamento interno (RiCade) passou a ter novas funções. CADE agora é uma autarquia responsável "[...] por julgar e punir administrativamente em instância única pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica [...]". (CADE, 2016, p.19)[22]

[21]Disponível em: http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/subpaginas_auditoria/secretaria-de-direito-economico. Acessado em: 04 nov. 2018).

[22] Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf. Acesso em 24, out. 2018.

Conforme apresentado, o CADE apura as infrações contra a ordem econômica, dos mecanismos de prevenção e investigação, utiliza-se especialmente, do programa de leniência do artigo 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011[23]. O acordo da

[23] Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo. § 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos

referida legislação tem como principal objetivo, combater os cartéis formados pelas empresas, oferecendo a redução ou até mesmo a isenção das penalidades impostas ao agente que tenha integrado o cartel, desde que, este auxilie a autoridade administrativa responsável na investigação dos demais envolvidos e na apuração dos fatos. (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 257-259).

---

demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei. § 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. § 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal. § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Como constatado, a utilização de "acordos substitutivos" se tornou uma prática habitual no direito brasileiro, como o objetivo de "garantir a aderência dos agentes econômicos atrelados aos valores e finalidades agasalhados pela regulação, nos casos em que a mera aplicação de sanção parece menos eficiente ou mais gravosa para atingir tal fim". (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 9)

Contextualizada a evolução de um acordo administrativo, com caráter substitutivo, derivando um futuro acordo de leniência, passa-se a explorar a origem desse mecanismo e o seu desenvolvimento frente a novas alterações dos campos formais e materiais (legais).

O primeiro país a incluir e disciplinar o "acordo de leniência" no ordenamento jurídico, foi o norte-americano. A concretização dessa cooperação entre os infratores e o Estado no controle de prevenção só tomou dimensão anos após a elaboração da Lei concorrencial norte-americana[24] (Lei antitruste americana).

A investigação do embate travado entre a divisão antitruste do DOJ (Departamento de Justiça, norte-americano) com os cartéis, só era possível pelas informações constantes fornecidas pelos próprios agentes públicos ou terceiros com relação com os integrantes dos cartéis. Nessas circunstâncias, o programa oficial do acordo somente aconteceu em 4 de outubro de 1978 e recebeu o nome de "*Amnesty Program*". Em consequência, possibilitou que o infrator da transgressão passasse a

[24] "A primeira lei concorrencial americana, o Sherman Act, surgiu em 1890, consistindo o primeiro reconhecimento do Direito da Concorrência por via legislativa [...]" "Seu teor normativo de maior importância encontra-se na seção 1, que coíbe qualquer contrato, combinação, na forma de truste ou outros, ou conspiração em restrição ao comércio; e na seção 2, que condena a monopolização ou a tentativa de monopolizar. O acusado, em ambos os casos, será julgado por delito de ofensa, ficando sujeito à condenação em penas de multa ou de prisão." (A Legislação Concorrencial no direito americano: Análise de aspectos relevantes, Luciano Aragão Santos, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDP), p.5)

ter o benefício da extinção da punibilidade (exclusão da pena) ou o abrandamento da pena, quando confessado a prática do ilícito (participado do cartel) e cooperado com as investigações para alcançar os demais coautores. O benefício somente era acessível ao primeiro infrator que manifestasse o desejo de cooperar e que também não tivesse outras investigações em curso a seu desfavor.

Logo sem seguida, foi editado a *"Corporate Leniency Policy"* no ano de 1993. O novo programa procurou dar mais transparência ao acordo e assegurar os benefícios concedidos ao infrator. Marrara entende que:

> Segundo Hammond, duas importantes alterações foram realizadas para atingir esse objetivo: a imunização penal automática para a leniência pré-processual e a inserção da possibilidade de cooperação mesmo depois do início de investigações. (HAMMOND, 2010 apud MARRARA, 2015, p. 332).

Após a consolidação norte americana da leniência, foi a vez do sistema europeu adotar tal medida, o que só veio a ocorrer na década de 90, com a devida previsão formal expedida pela Comissão Européia que abordava a imunidade administrativa e a redução da multa. A colaboração dos envolvidos nos esquemas de cartéis só permitia a redução da multa administrativa a eles aplicadas se cooperassem com as investigações e confessassem a prática do cartel. Porém, independentemente dos sujeitos terem colaborado e cumpridos os requisitos, este benefício só era concedido após uma análise da Comissão, o qual detinha a discricionariedade administrativa para aprovar a concessão. No mesmo comunicado, versou a respeito da proporção da redução das multas, as quais variavam de acordo com o momento da investigação a qual a empresa colaboradora decidia cooperar e estabelecer o acordo.

Nos anos seguintes, houve melhora no mecanismo da leniência, no qual tiveram as seguintes mudanças: maior detalhamento nas informações cedidas pelo colaborador à Comissão; proporcionalidade da porcentagem da redução da pena para a primeira empresa colaboradora e as demais que vierem a contribuir com o acordo, observado o momento da investigação; segurança jurídica aos colaboradores quanto à proteção de uma possível ação de responsabilização na esfera cível.

Alcançado o ano de 2000, foi a vez de o Brasil inserir a leniência no seu ordenamento jurídico, inicialmente, por meio da Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, oriunda da Medida Provisória n. 2.055-4.

2.3 O acordo de leniência previsto na Legislação

Em regra, o acordo de leniência não se deu em primeira mão e, sim de aprimoramentos da legislação norte-americana, ao que diz respeito ao combate da corrupção e da responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

De inicio, é indispensável o conhecimento dos acordos e tratados internacionais, os quais o Brasil se comprometeu a adotar e tomou como base para a formação do presente mecanismo de prevenção.

O primeiro deles foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada em 17 de dezembro de 1997, e foi adicionado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 3.678/200[25]. Essa convenção estabelece a criminalização

25 Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Dispõem o preambulo: "Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais

das condutas de "oferecer", "prometer" ou "doar" qualquer vantagem indevida a um funcionário público, seja de forma direta ou indireta, mas que requeira uma ação ou missão do funcionário sobre a característica da sua função ou cargo público oficial, obtendo uma vantagem ilícita nas relações econômicas. Acrescenta também, medidas de responsabilização de empresas que se envolvessem em práticas delituosas que trouxessem danos à Administração Pública do Estado. Neste horizonte, surge a Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCDE) que adotou a supra convenção como objetivo de proteger o mercado e possibilitar solucionar problemas em comum dentre os países ratificados e aderentes do plano político-econômica internacional, ou seja, permitindo uma possível responsabilização das empresas corruptoras.

Neste cenário, a Lei Americana de Anticorrupção no exterior, foi promulgada no congresso americano em 1977, também é um forte elemento influenciador para a norma atual da leniência no Brasil. Esta lei tem como principal objetivo:

> "criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional. Esta lei se aplica a pessoas e empresas Americanas que, em atividade comercial no exterior, utilizam de corrupção no poder público estrangeiro para obter ou reter transações comerciais naquele país. Da mesma forma, esta lei cria uma estrutura administrativa para combater a prática de corrupção em transações comerciais internacionais." (TORREY, Daniel, 2012).

O Brasil já possuía uma legislação de controle de práticas antitrustes. Na intenção de seguir a tendência mundial no combate à corrupção, o instituto do acordo de leniência surge no ano de 2000 por intermédio da Medida provisória n°

Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acessado em 04 nov 2018).

2.055-4 e, posteriormente, convertida na Lei n° 10.149 de 2000[26], responsável por alterar a Lei Antitruste vigente à época, qual seja, a Lei n° 8.884 de 1994[27]. (PETRELLUZZI; JUNIOR RIZEK, 2014, p. 91).

Consolidada a hipótese de leniência no combate a prática de antitruste pela autoridade do CADE, viu-se a necessidade de criar uma legislação específica para a esfera administrativa, que responsabilizasse a conduta da Empresa e seus participantes que ofereciam vantagens aos servidores públicos em troca de benefícios indevidos advindos da posição do cargo ou função do servidor. Para isso, foi protocolado o projeto da Lei n° 12.846/2013 a atual Lei Anticorrupção (LAC), em 19 de junho de 2013. Foram 2 (dois) meses e meio de tramitação em regime de urgência, sendo aprovada e sancionada em 01 de agosto de 2013, sendo, portanto, transformada em norma jurídica e publicada no Diário Oficial da União - DOU em 02 de agosto de 2013. Passou a ter vigência em janeiro de 2014, quando passou, de fato, a aferir a reponsabilidade da PJ de modo mais amplo e nos casos de corrupção, estendendo o alcance a vários tipos normativos.

Importante destacar sobre a referida legislação é que esta manteve o limite da responsabilização da PJ e envolvidos apenas nas esferas cível e administrativa. Cabendo qualquer possível responsabilização judicial para o Ministério Público apurar, posteriormente.

26 Conforme o preambulo: "Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências." (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm. Acessado em: 04 nov. 2018)

27 Conforme o preambulo: "Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências." (Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/l8884.htm>. Acessado em 04 nov. 2018).

Posteriormente, houve alteração na Lei 12.846/2013 por conta da Medida Provisória n° 703/2015, alterando significativamente o seu conteúdo em alguns dispositivos. Dar-se-á destaque a três alterações, fortemente criticadas pela doutrina.

A primeira delas é destacada por Fernanda Gonsalves (2016), envolvendo:

> [...] o ente competente para celebração do Acordo de Leniência, na redação original da Lei Anticorrupção a competência era da "a autoridade máxima de cada órgão ou entidade", e passou a ser "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública". Ou seja, transferiu a competência para órgãos de controle interno, bem como considerou a participação do Ministério Público ou da Advocacia Pública na celebração.

O texto original provocava uma pequena insegurança jurídica para o delator, afinal, não se sabia ao certo quem participaria do acordo, principalmente quando o Ministério Público não se fazia presente.

Aponta-se que a presença do MP não é obrigatória e muito menos requisito de validade para a celebração do acordo, mas transmite certa confiabilidade e segurança aos envolvidos.

A segunda alteração foi o acréscimo da isenção quanto à restrição do direito de licitar e contratar sob a luz da Lei n° 8.666/1993. Antes, a pessoa jurídica ficava impedida de celebrar com a Administração Pública, fato que ficou vencido com a nova alteração da Medida Provisória, permitindo a licitação e contratação por conta da isenção quanto a essa vedação anterior.

A terceira reforma se deu no âmbito da Lei n° 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), incluindo o parágrafo 11º no artigo 16 da LAC, com a seguinte redação:

> o acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil". Sendo que o art. 17 da Lei da Improbidade previa expressamente a impossibilidade de celebrar acordos sobre o objeto punível por essa lei. (GONSALVES, 2016, p. 40).[28]

Observa-se que algumas legislações anteriores a Lei Anticorrupção proibia a consensualidade, a então suavização da pena, a real essência da leniência. Em contrapartida, essa amenização da sanção garantiu uma grande efetividade ao programa de leniência, sendo um canal efetivo de denúncias e de condução de investigações.

As alterações mencionadas foram objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n 5466) protocolada pelo Partido Popular Socialista - PPS, cujo pedido se concentrou na liminar para suspender a eficácia da Medida Provisória n° 703/2015[29]. A Procuradoria-Geral da República deu o parecer no sentido da concessão, sobre a seguinte justificativa:

> "A Medida Provisória 703/2015 subverte a lógica interna dos acordos de leniência, ao permitir que qualquer interessado, a qualquer tempo, celebre o acordo, ainda que sem oferecer elementos relevantes à descoberta de ilícitos sob investigação. Permite reparação apenas parcial do dano ao patrimônio

[28] Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46392/126.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 nov. 2018.

[29] Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp. Acesso em: 4 de nov. 2018.

> coletivo. Pulveriza a competência para celebrar tais acordos em milhares de órgãos de controle interno de todos os entes da federação, sem revisão interna, e deles alija, indevidamente, o Ministério Público. Afeta o princípio federativo e a competência dos órgãos federais, ao permitir acordos de leniência por órgãos estaduais e municipais referentes a verbas transferidas pela União". (CASTILHO, 2016, p. 2).

Todavia, uma Medida Provisória só tem eficácia por 60 dias conforme artigo 62 da CF/88[30], caso não venha a ser aprovada pelo Congresso Nacional para se tornar Lei, esta, perde sua eficácia e produz efeitos *ex tunc,* retroagindo a sua revogação até o data da sua edição, ressalvados as hipóteses de direito adquirido durante a sua vigência, permanecendo válido os acordos realizados durante esse período.

Como a referida Medida Provisório não foi recebida pelo Congresso Nacional, a ADI n° 5466 restou por prejudicada, "por perda superveniente do objeto, sendo extinta sem resolução de mérito em junho de 2016 pela Excelentíssima Relatora Ministra Rosa Weber". (GONSALVES, 2016, p. 42).[31]

[30] Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. [...] § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. [grifo nosso].

[31] Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46392/126.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 nov. 2018.

Assim, criada a Lei Anticorrupção e revogada a Medida Provisória que alterava seu texto legal, manteve a redação originária, entrando em vigor em janeiro de 2014. Após sua criação, houve a sua primeira incidência em acordo de leniência.

Com o funcionamento da nova Lei - LAC foi registrado o primeiro acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013) somente no ano de 2017, conforme notícia extraída do site do "Consultor Jurídico":

> A Advocacia-Geral da União e o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União firmaram com a UTC Engenharia, nesta segunda-feira (10/7), o primeiro acordo de leniência negociado pelo Poder Executivo federal. A empreiteira, investigada na operação "lava jato", comprometeu-se a ressarcir R$ 574 milhões aos cofres públicos, valor calculado através das revelações da própria empreiteira de desvios em 29 contratos.[32] (TEXIERA, 2017).

Após analisado a linhagem legislativa e histórica da Lei Anticorrupção, nos próximos capítulos será aprofundada algumas diferenças terminológicas e o detalhamento do seu processamento, desde os requisitos necessários para sua realização até a aplicação do acordo ou até mesmo o seu descumprimento.

2.4 O acordo de leniência, a colaboração premiada, delação premiada

O presente tópico tem como objetivo diferenciar três nomenclaturas (acordo de leniência, colaboração premiada e delação premiada) a fim de evitar confusões entre si. Reforça que, o principal objeto a ser analisado durante todo o trabalho é o acordo de leniência do artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 (LAC).

[32] (Disponível em:https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/utc-governo-federal-firma-primeiro-acordo-leniencia. Acesso em: 05 nov. 2018.

Primeiramente, a distinção inicial entre a leniência e a colaboração premiada persiste na diferença do dispositivo legal, onde a leniência está prevista no artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 e a colaboração na Lei n° 12.850/2013. Ainda assim, percebe-se a desproporção de ocorrências de acordos de leniência e colaborações premiadas.

Desde a vigência da Lei Anticorrupção "a CGU, em conjunto com a Advocacia-Geral da União - AGU, assinou 6 (seis) acordos de leniência com empresas investigadas pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e dos ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações (nº 8.666/1993)" (CGU,2018). As empresas envolvidas e o valor do ressarcimento são: Andrade Gutierrez (R$1,49 bilhões), SBM Offshore (R$1,22 bilhão), Odebrecht (R$2,72 bilhões), MullenLowe e FCB Brasil (R$53,1 milhões), Bilfinger (R$ 9,8 miilhões) e UTC Participações S/A (R$ 574 milhões). (CGU,2018).[33]

Não obstante, temos centenas de colaborações e delações na esfera criminal e cível. Para caráter informativo, apenas a operação lava jato entre o ano de 2015 e 2016 foram celebradas 52 delações premiadas (ONOFRE, Renato; CARVALHO, Cleide, 2016). Como já assinalado, a colaboração se perpetua na esfera criminal, conquanto a leniência ocorre, exclusivamente, na área administrativa. Não menos importante, é notório saber que o acordo de leniência aplica-se exclusivamente para pessoa jurídica enquanto a colaboração premiada é aplicada a pessoa física.

Em síntese, colaboração premiada, segundo Guilherme de Souza Nucci é o:

> "instituto processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor e partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no

[33] Disponível em: https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em 23 abr. 2019.

> tocante à materialidade e autoria." (NUCCI, Guilherme de Souza, 2014, pag. 690).

Enquanto, para Antônio Augusto e outros o acordo de leniência (art. 16 da Lei n° 12.846/2013) tem o caráter de:

> "[...] suavizar as sanções aplicáveis àquele que praticar o ato lesivo à Administração Pública — em troca de colaboração efetiva da pessoa jurídica, desde que dessa colaboração resulte a obtenção de elementos probantes para a identificação dos demais envolvidos na prática do ato ilícito e garanta maior celeridade na obtenção de provas que comprovem a materialidade do ato ilícito sob investigação [...]".[34](POZZO *et al.*, 2017).

Um dos últimos pontos é que o instituto da leniência é ato especial do poder executivo, confiado a CGU, enquanto a colaboração premiada é ato próprio do Poder Judiciário, particularmente homologado pelo Ministério Público e com a presença de um Juiz, podendo até fazer cooperações com o CADE em seu programa de leniência.

No tocante a delação premiada, o significado é similar da colaboração premiada, porém há diferenças apresentadas pela doutrina.

A delação, nas palavras do doutrinador Guilherme Nucci (2012, p. 456), significa:

> "Delatar significa: acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoal também te ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado.

[34]Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-06/armando-neto-descompasso-entre-leniencia-colaboracao-premiada. Acessado em: 05 nov. 2018)

> Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator." [35]

Delação faz parte da Justiça colaborativa, quando o delator confessa o crime e delata outras pessoas. É um sinônimo de traição, mas que com outros olhos se torna útil ao sistema.

Entretanto, a colaboração parte da simples idéia do agente cooperar com a investigação, ou seja, confessar o crime e cooperar com a investigação, sem a necessidade de delatar, entregar o restante dos envolvidos no ilícito.

Para a maior parte da doutrina, afirma-se que, colaboração premiada e delação premiada são coisas distintas. Conforme Marcelo Rodrigues da Silva (2015 p. 211) "a Lei n° 12.850/13 adotou a locução "colaboração premiada" como gênero, por ser mais amplo. Em razão dessa amplitude, trata-se de nomenclatura mais adequada que delação premiada".[36] Restando assim, a delação como uma espécie de colaboração.

Apesar das terminologias indicarem uma troca de informações e confissões em prol de benefícios, sejam eles a isenção ou redução da pena, é necessário distinguir suas terminologias, pois não soa coerente tratar figuras diferentes como se iguais fossem.

2.5 Dos sujeitos do Acordo de Leniência

No acordo de leniência, temos a presença de dois "sujeitos". O primeiro é a figura do Colaborador, também chamado de Delator, que é o infrator que procura o

[35] Disponível em:https://www.webartigos.com/artigos/delacao-premiada-e-colaboracao-premiada/146893. Acesso em 05 nov. 2018.

[36] Disponível em: https://filipemaiabroetonunes16.jusbrasil.com.br/artigos/258937847/colaboracao-premiada-ou-delacao-premiada-afinal-ha-diferenca. Acessado em 05 nov. 2018.

responsável por processar o acordo (no caso da leniência, a CGU), oferecendo as informações necessárias para o prosseguimento da investigação junto com a confissão de culpa, ou seja, a participação na infração. Em segundo lugar, o Leniente, que é a autoridade competente para celebrar o acordo e aplicar sanções ao infrator, como a reparação dos danos causados, e ao mesmo tempo conceder algumas isenções e atenuações da pena.

A figura do delator, também chamado de proponente, de quem propõe o acordo está prevista no caput do artigo 16 da Lei 12.846, sendo, portanto, a pessoa jurídica privada responsável pela prática dos atos ilícitos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, previstos na respectiva lei. Evidência que a legislação supracitada exclui totalmente qualquer hipótese da celebração do acordo de leniência com a pessoa física, cujo o suposto acordo se trataria de uma colaboração premiada prevista no artigo 4º e seguintes da Lei n° 12.850/2013 e prevista outras hipóteses em outras legislações.

A entidade formada por um ou mais indivíduos e reconhecido seus direitos e deveres pelo Estado responderá de forma objetiva frente aos atos ilícitos praticados.

Essa conceituação abarca também as sociedades empresárias, sociedades simples, sendo elas personificadas ou não, independentemente da sua forma de organização ou modelo societário adotado. Aplica-se também às quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (Artigo 1º, parágrafo único da Lei n° 12.846/2013).

Quanto à forma de responsabilidade, fale frisar que a Lei Anticorrupção adotou a modalidade objetiva, conforme o artigo 3º da Lei Anticorrupção. Assim, é válido destacar que:

> "[...] a Lei estabeleceu o critério da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Portanto, a empresa pode propor o acordo de leniência sempre que tiver conhecimento de que uma pessoa natural, agindo em seu benefício ou interesse, tenha praticado um ato ilícito, independentemente da verificação de dolo ou culpa do corpo gerencial da pessoa jurídica." (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 107).

Quanto à figura do leniente, autoridade máxima para celebrar o acordo está também antevisto no artigo 16 da Lei. Acontece que, o texto legal refere-se "A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública" estabelecendo uma ampla lista de autoridades competentes, nesta visão, lecionam os autores Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna:

> Vale lembrar que estamos diante de uma lei nacional, aplicável, portanto para todos os poderes públicos nas três esferas de governo. Logo, o legislador permitiu, num primeiro momento, que todo dirigente máximo de órgão, autarquia, fundação ou empresa estatal, seja no Poder Executivo de determinado Estado, seja na Câmara de Vereadores de um Município específico, poderia celebrar um acordo de leniência. (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 101-102).

Contudo, o §10 do artigo 16 da Lei Anticorrupção atribui a competência da celebração do acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e atos lesivos contra a Administração Pública estrangeira para a Controladoria Geral da União (AGU).

Assim também, no que diz respeito à celebração de acordo com a pessoa jurídica autora dos atos ilícitos previstos na Lei n° 8.666/1993 (Lei de Licitação) será de competência da CGU, conforme artigo 17 da Lei Anticorrupção.

A Controladoria Geral da União - CGU tem desenvolvido um papel importante nas ações preventivas contra a corrupção. Este órgão tem intensificado a sua atuação integrada com diversos órgãos de controle interno e externo, a exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, da Polícia Federal, do Ministério Público Federal, dos Ministérios Públicos Estaduais, dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios.

Desta forma, o legitimado para atuar como leniente, aquele responsável pela celebração do acordo com a empresa no que diz respeito à leniência da Lei Anticorrupção é a Controladoria Geral da União.

A CGU foi criada em 12 de maio de 2016 por meio da medida provisória n° 726/2016 que logo após foi convertida na Lei n° 12.341/2016. Assim, a CGU foi instituída como um órgão de controle interno do Governo Federal com a finalidade de fiscalizar e garantir a transparência da gestão do patrimônio público e garantir a integridade e responsabilidade corporativa. Para isso, este órgão utiliza-se de formulações de diretrizes, ações de auditoria pública, correições, supervisões técnicas, procedimentos investigativos e administrativos para apurar infrações, principalmente como corrupção, envolvendo o patrimônio público e outros recursos.

Para promover suas responsabilidades, este órgão se encontra estruturado em cinco unidades finalísticas, que atuam em conjunto, organizadas em: Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção - STPC, Secretaria Federal de Controle Interno - SFC, Corregedoria-Geral da União – CRG, Secretaria de Combate à Corrupção - SCC e Ouvidoria-Geral da União - OGU.

A STPC atua em conjunto com os órgãos, entidade e organismos nacionais e internacionais para coordenar programas voltados para a prevenção da corrupção contra a Administração Pública, sobretudo a relação pública e privada. A SFC exerce atividades de controle interno do Poder Executivo Federal e dá apoio às ações de controle externo. A CRG atua no combate à impunidade na Administração Pública Federal. A CRG inicia e acompanha a execução das ações que apuram reponsabilidades administrativas de servidores públicos.

A OGU orienta as ouvidorias dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, examina a prestação do serviço público e propõe medidas de correção e prevenção das falhas da prestação do serviço público. A SCC é uma das ramificações da CGU responsável pode desenvolver e executar plano estratégicos para combater a corrupção. No mesmo sentido, a SCC é responsável pelas negociações do acordo de leniência previsto na Lei n° 12.846/2013 e pelas atividades integradas com outros órgãos.

Retomando ao texto legal dos artigos 16 e 17, em momento algum as redações fazem vedação ou apontam o caráter privativo ou exclusivo da CGU em realizar o acordo o que pode-se inferir que a competência ali expressa poderá ser "compartilhada" caso haja uma alteração na legislação acrescentando a participação do Ministério Público ou até mesmo a titularidade legitimidade para conduzir o acordo de leniência.

Não obstante, o artigo 100 da Lei n °8.666/1993 prevê que qualquer conduta do colaborador que preencha a tipicidade dos crimes definidos na Lei de Licitações e contratos (Lei n° 8.666/93), ficará o Ministério Público incumbido de promover a ação penal pública incondicionada.

Portanto, tendo em vista a ausência de vedação da expansão de legitimados para acordar a leniência ou meramente participar e também levando em conta a previsão de que os crimes da Lei n° 8.666/1993 competem ao Ministério Público apurá-los e promover a ação penal, suscita-se a possibilidade da participação desse órgão ministerial em todo o processamento do acordo. Além das observações já expostas, enfatiza-se a larga competência do Ministério Público para proteger a ordem econômica do país e agir como fiscal da lei, como preceitua a Carta Magna e o regimento interno do órgão.

2.6 Os requisitos para a celebração do Acordo de Leniência

Para celebrar o acordo e que este seja admissível é necessário que o colaborador, delator ou proponente preencha, de forma cumulativa, os seguintes requisitos taxados no artigo 16, §1 da LAC:

> § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
>
> II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
>
> III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. (BRASIL, 2013).

Pode-se inferir dos três incisos acima, que: a empresa deve cooperar com as investigações para apurar ato ilícito e lesivo específico praticado; deve se comprometer a cessar a prática da irregularidade investigada; deve identificar os

demais envolvidos, observado a sua responsabilidade objetiva; deve fornecer provas e informações que comprovem a transgressão; se comprometer a melhorar seu mecanismo de "*compliance*"[37].

O intuito de que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, foi uma característica importada do direito concorrencial quanto à prática de cartel, tendo como objetivo: desestabilizar o sistema de cartel da organização criminosa no que se trata de concorrência econômica e por envolver agentes públicos, pois quanto mais cedo descobertos, menores os prejuízos. Contudo, além da noção de cartel, a Lei Anticorrupção também prevê a possibilidade do ilícito ser praticado de forma unilateral pela empresa, sem a necessidade de conluio com outras empresas. Assim, os objetivos apresentados são essenciais à LAC, mas não seguem com exatidão a cadeia lógica do direito concorrencial, conforme o motivo do ato unilateral apresentado. O primeiro requisito é muito mais complexo do que aparenta ser, para isso será realçadas suas particularidades, porém de forma sucinta.

Em oposição aos objetivos, a doutrina critica a característica de se celebrar com o primeiro interessado, pelas simples alegação do conceito da novidade da informação, pois novas provas poderiam ser obtidas pelos outros colaboradores interessados, o que incrementaria a capacidade persecutória do Estado. Afinal, a proposta da primeira empresa interessada, impede que outras celebrem a leniência.

[37] "um programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à LDC e, em segundo lugar, oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas em um primeiro momento". (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia – Programas de compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Janeiro/2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019).

A crítica se perpétua quando explanada a idéia de que a corrida entre ser o primeiro a colaborar, seria entre as empresas, não versando sobre a hipótese de um agente público subornado pela empresa infratora comunicar o fato à Administração Pública, situação a qual faz a pessoa jurídica ainda ser a primeira interessada, mas não causa a disputa entre os coautores do ilícito.

Outro ponto é quanto à proporcionalidade entre o beneficio e a sanção. A doutrina faz uma breve análise quanto o acordo de leniência e a colaboração premiada, pois a colaboração na esfera penal prevê como regra a redução da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direito, tendo apenas como exceção a possibilidade de imunidade penal. Já o acordo de leniência, não há uma previsão de isenção total da multa e ainda força o implemento do programa de integridade, o "*compliance*".

Sobre esta comparação, os autores Valdir Moysés e Marcelo Pontes destacam que:

> "[...] ao mesmo tempo em que se busca incentivar a colaboração, não se quer que ela se torne mecanismo de salvaguarda do criminoso, a ponto que sempre compense cometer o ilícito e depois se socorrer da leniência como válvula de escape. Em outras palavras, o programa de colaboração deve ser ajustado de tal sorte que não se torne incentivo à prática do ilícito, mas tampouco seja desestimulante à cessação da conduta criminosa e à prestação de colaboração ao Estado." (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 121).

É extremamente ignorante presumir que as informações e arquivos fornecidos pelo primeiro interessado tenham por si só, a completude de toda a corrupção ali investigada. Agir dessa forma é estar inteiramente equivocado, resultando prejuízo ao aprofundamento de investigações, principalmente em casos mais complexos.

Por fim, os mesmo autores, criticam a vedação da participação de outras empresas, pelo caráter de primariedade, sendo omissa a legislação para este problema:

> Aqui também se percebe que o legislador adotou o critério do primeiro colaborador, não estendendo os efeitos de leniência àqueles que se proponham a colaborar posteriormente à primeira denúncia. Não há previsão na lei de procedimento de ordenação dos pedidos de participação no programa de leniência (a exemplo do sistema de senhas do Cade) ou a possibilidade de obtenção de benefícios do programa caso sejam apresentados indícios relacionados a outro caso de corrupção, na linha de programas de Armnesty Plus norte americano e europeu, analisados acima, o que nos parece que seria uma ferramenta útil de investigação de outros casos de corrupção (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 271, apud, SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes, 2017, p. 124,).

Os mesmo autores propõem que a solução dessa vedação, seja uma alteração, o qual seria implementado três instrumentos presentes na legislação antitruste: acordo de leniência, o termo de compromisso de cessação e por último, o leniência *plus.* Deixando observado que, a participação dos demais coautores demandaria uma razão de proporção entre os benefícios concedidos aos colaboradores em suas sequências.

O segundo requisito do acordo (artigo 16, §1º, inciso II), requer que a pessoa jurídica interrompa as atividades ilícitas, cujo quais são objeto de investigação. O fim dessa ilicitude deve se dar desde a data da propositura do acordo pelo preponente (colaborador).

Valdir Moysés e Marcelo Pontes (2017), representando a doutrina, critica esse segundo requisito quanto ao seu momento no tempo, vez que cessar a conduta ilícita reflete a ideia de que o ato ainda sim existe, está em andamento. Contudo, existe a possibilidade do ato já estar exaurido, motivo o qual desconsideraria o termo

"cessar", pois para cessar algo, é necessário que este algo esteja acontecendo. Neste aspecto, os autores mencionam Carvalhosa: "Fora do cartel, impossível configurar a cessação da conduta corruptiva, pois ela pode ter sido pontual ou continuada e ter se dado no passado recente (prescrição) e/ou no presente" (CARVALHOSA, 2015, p. 384).

Por último e não menos importante, o terceiro requisito exige que a pessoa jurídica confesse a participação no ilícito e colabore com as investigações, ficando à disposição dos órgãos responsáveis para sanar qualquer dúvida.

A ressalva quanto a este requisito é que a empresa fica proibida de tentar mascarar a pessoa física que tenha cometido um crime penal, assumindo responsabilidade deste de forma objetiva, de forma a isentar o real responsável. Para isso, Valdir Moysés e Marcelo Pontes pontuam:

> "que a pessoa jurídica deve assumir sua reponsabilidade objetiva em face do ato cometido por uma pessoa natural. Nesta toada, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pode decorrer de uma falha nos mecanismos de *compliance*, da conivência do corpo diretivo da empresa ou mesmo da participação ativa os sócios majoritários no ato ilícito. O que não se admite é a pessoa jurídica assumir em seu nome a conduta praticada por uma pessoa natural, sob o pretexto de ocultar a identidade dela e, assim, frustar a completa elucidação dos fatos." (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 126).

Como última consideração, a Lei Anticorrupção permitiu no seu artigo 16, §4º que, a autoridade máxima do órgão poderá estipular condições necessárias no acordo de leniência para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. Para isso, deverá se valer dos princípios de razoabilidade e proporção e também de finalidade, evitando qualquer cláusula demasiada, astronômica.

Como exemplo, cita-se a condição do artigo 37, inciso IV do Decreto 8.420/2015, o qual impõe que a pessoa jurídica celebrante do acordo prometa intensificar e desenvolver os mecanismos internos de prevenção de corrupção, garantindo a integridade da empresa com o *compliance.*

Preenchidos os requisitos e estipulado as condições, dar-se-á o andamento da celebração do acordo de leniência.

2.7 Dos benefícios e dos riscos do Acordo de Leniência

Na ocasião em tela, a colaboração de uma pessoa jurídica ao fornecer provas e informações para o melhor andamento das investigações, deve, portanto, receber uma contrapartida em seu "beneficio" para a empresa. Nestas condições, o artigo 16, §2º da Lei Anticorrupção deixa nítido o benefício concedido ao colaborador, isentando-o das sanções prevista no inciso II do artigo 6º e no inciso IV do artigo 19 da referida lei e por último permitindo a redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Proveitos estes que garantem: a não publicação extraordinária da decisão condenatória; a permissão para receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do poder público, e a redução da multa, respectivamente. Observa-se que as demais sanções previstas na legislação ainda ficam na eminência de insurgir contra o colaborador, não havendo suas isenções ou reduções.

Ao comparar a Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013) com a colaboração premiada da Lei n° 12.850/2013, verifica-se o menor número de benefícios à favor do colaborador oferecidos pela legislação em apreço, o que pode ser um perigo para o incentivo de celebrar o acordo de leniência da Lei n° 12.846/2016.

É certo que todo tipo de acordo pressupõe riscos, e no caso da leniência poderá ocorrer: a) exposição da imagem do colaborador; b) Vazamento das

informações antes da celebração do acordo e c) Insucesso na negociação. Riscos estes, que podem afetar a empresa celebrante, afinal, uma empresa bem sucedida tem sua imagem formada e avaliada no mercado, qualquer incidente que a macule ou a insira em uma posição malvista, duvidosa ou até criminosa pode prejudicar diretamente o seu negócio e refletir no mercado.

A Lei Anticorrupção, no intuito de evitar estes apontamentos, estabeleceu no artigo 16, §6º que a celebração do acordo e os seus termos só poderão ser publicado, após sua conclusão, salvo quando envolver o interesse da investigação ou do processo administrativo. Nesta visão, o Decreto nº 8.420/2015 que regula algumas disposições da Lei Anticorrupção redige no artigo 31 a mesma idéia de sigilo. Não o suficiente, o artigo 27,§2º da portaria n° 910/2015 da CGU versa sobre o mesmo tratamento sigiloso quando ao conteúdo do acordo. Entretanto, apesar da promessa de sigilo o artigo 22, §3º da LAC, discorre da necessidade de anotação dos dados do acordo no Cadastro Nacional de Empresas Punida (CNEP), salvo quando essa inserção comprometer as investigações e ao processo administrativo.

Na possibilidade do acordo resultar infrutífero, o artigo 16, §7º da Lei Anticorrupção entreviu uma medida protetiva para o proponente do acordo, a empresa. Nesta condição, todas as provas, informações e confissões dos atos ilícitos da empresa não ficam a mercê da CGU para possíveis responsabilizações seja ela, administrativa ou judicial. Assim, esse portfólio de conteúdo incriminador será devolvido à pessoa jurídica, sem que o órgão celebrante retenha qualquer informação ou material físico em suas dependências. Com redação similar protetiva quanto ao insucesso do acordo e do aproveitamento das provas, reforçam os artigos 35 do Decreto n° 8.420/2015 e 32 da Portaria n° 910/2015 da CGU.

A crítica que a doutrina constrói quanto a esta situação do fracasso do acordo é a possibilidade dessas informações já analisadas pela autoridade máxima do órgão, influenciarem a autoridade julgadora do processo administrativo, vez que, este já teria, de certo modo, a sua concepção quanto à imagem e culpabilidade da empresa. Quanto a esta problemática, a Lei Anticorrupção não se resguardou tanto, deixando uma lacuna quanto a essa contaminação da avaliação do julgador. (SIMÃO; VIANNA, 2017, P. 114).

Posto isso vê-se mais uma fator relevante a se considerar a participação do Ministério Público, a fim de que se diminua a incidência de pré-julgamentos nos processos administrativos.

2.8 Da participação do Parquet no Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2016)

Quando se discute a participação do Ministério Público no acordo de leniência, é quase inexistente qualquer conteúdo que permita essa interação. No artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, todas as providências são direcionadas à "autoridade máxima do órgão", no caso, a CGU como competente no âmbito do Poder Executivo federal, tratando-se da esfera administrativa.

A única hipótese a qual é possível a participação do *parquet* será no caso em que a empresa colaboradora do acordo descumprir as medidas estabelecidas na negociação. Circunstância essa que, os benefícios concedidos à proponente serão cessados, as provas e informações concedidas serão utilizadas no processo administrativo e encaminhadas ao Ministério Público para tomar as devidas providências, ocorrendo, portanto, as possíveis sanções administrativas e judiciais cabíveis conforme o texto legal da LAC.

Ressalta-se que, o *parquet* é um órgão importantíssimo não só para o Poder Judiciário, mas como para todos os poderes, afinal, ele exerce também uma função de fiscal da lei. Assim, é indispensável a sua presença em acordos que envolvam prejuízos à ordem econômica. Não se quer atribuir competências exclusivas ao Ministério Público, mas a permitir a contribuição da sua participação no processo de celebração do acordo de leniência.

Não há que se falar em supressão de poderes e, sim, apoiar a interação e comunicação entre eles, afinal, todos têm o dever de proteger o Estado e de punir aqueles que cometem atos ilícitos previstos em lei.

Portanto, observado que a Lei Anticorrupção foi extremamente omissa quanto à participação do Ministério Público no acordo de leniência e ressalvado seu papel essencial ao combate da corrupção, projetos de leis, medidas provisórias, críticas doutrinárias foram apresentadas quando a legislação em comento.

2.9 Da interpretação constitucional do artigo 25 da Lei 12.846/2013

O texto legal do artigo 25 da Lei n° 12.846/2013 pode-se inferir a previsibilidade da prescrição dos atos ilícitos elencados no artigo 5º e 19 da referida lei e, também aos artigos 86 a 88 da Lei n° 8.666/1993 que são objetos do acordo de leniência. Assim prescreve o artigo:

> Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
>
> Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração. (BRASIL, 2013).

Tal previsão encontra barreiras constitucionais para sua aplicação no que incidir sobre a reparação integral dos danos causados à administração pública nacional ou estrangeira, vez que o artigo 37, §5º da Constituição Federal de 1988 torna imprescritível as ações que possuem como objeto o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário provenientes de atos ilícitos praticados por agentes, sendo este servidor ou não. Nestas condições, assim se perfaz o texto legal constitucional:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (BRASIL, 1988). (grifo nosso).

A interpretação constitucional da imprescritibilidade ação de ressarcimento de danos ao erário à luz do artigo 37, §5º da Constituição Federal foi também reconhecida, pela maioria dos votos, como repercussão geral do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 852475. O caso que originou o RE se baseou no inconformismo da extinção por prescrição de uma ação civil pública movida contra funcionários da Prefeitura de Palmares Paulista (SP) acusados de conduzirem processo de licitação de forma irregular. (STF, 2018).

Por fim, restou firmada a proposta do ministro Edson Fachin, para fins de repercussão geral: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa". (STF, 2018).

Com a mesma inteligência, o ministro Celso de Mello proferiu as seguintes palavras:

> houve, por escolha do poder constituinte originário, a compreensão da coisa pública como um compromisso fundamental a ser protegido por todos. O comando estabelece, como um verdadeiro ideal republicano, que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo. (MELLO FILHO, 2018).

A expressão "qualquer agente" da norma constitucional aglomera à interpretação normativa as pessoas jurídicas que provoquem qualquer lesão ao erário, cabendo assim a aplicação do artigo 37, §5º da Carta Magna ao artigo 25 da Lei 12.846/2013.

Esta aplicação resultaria no impedimento da aplicação do instituto da prescrição no que tange à reparação integral dos danos causados à Administração Pública nacional ou estrangeira, podendo, tão só a prescrição para as demais sanções prevista na Lei 12.846/2013.

Posto esta discussão quanto a aplicabilidade da prescrição às ações de ressarcimento de danos ao erário, reforça-se o foco deste presente trabalho, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei no acordo de leniência. Por mais que o presente debate não atinja diretamente no acordo, reflete indiretamente, pois se prescrita a ação, aquele ato não poderia mais ser objeto de investigação para fins de celebração de acordo de leniência, o que só dificulta a responsabilização das empresas infratores e prejudica a atribuição do Ministério Público em zelar pela ordem econômica e o estado democrático de direito.

2.10 A análise da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

A Lei n° 12.846/2013 foi criada para responsabilizar exclusivamente a pessoa jurídica infratora que cometa ato ilícito contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Essa é uma das peculiaridades dessa legislação que supriu o que antes era uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, o artigo 1º da Lei em comento dispôs:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
>
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (BRASIL, 2013).

Essa classificação foi até objeto de discussão doutrinária, a qual uma das correntes entendia que a expressão "pessoa jurídica" também englobava partido políticos, organizações religiosas, entre outras.

Por sua vez, o artigo 14 da Lei n° 12.846/2013 dispõem que:

> Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa. (BRASIL, 2013).

Desta forma, o artigo 14 da lei em comento permite o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual permite alcançar o patrimônio dos administradores, sócios e aqueles que detêm o poder de administração quando verificado a confusão patrimonial, qualquer abuso de direito que tenha como intuito de ocultar um ato ilícito previsto no artigo 5º ou 19 da Lei Anticorrupção e qualquer prática que tenha como objetivo atrasar as investigações.

Ocorre que, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica vai de contra o caráter da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica aplicada pela legislação em apreço. Medida esta que constitui uma das peculiaridades dessa legislação. Assim também, distorce a redação do artigo 3º, §2º da Lei n° 12.846/2013: "§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade". (BRASIL, 2013).

Assim, alcançando o patrimônio dos sócios ou administradores nas hipóteses acima mencionadas, estaria sendo "incompatível estender as sanções da pessoa jurídica, fixadas sem aferição de culpa, às pessoas físicas, pois estas estariam sendo responsabilizadas, por vias transversas, também objetivamente por atos de corrupção". (RIBEIRO COSTA, 2017, p. 27).

Levando em conta as observações apresentadas, percebe-se algumas incongruências na Lei n° 12.846/2013. Para que a aplicação da responsabilidade da pessoa jurídica não reste com irregularidades ou até mesmo anulações de possíveis futuros acordos de leniência, seria imprescindível a participação do Ministério Público em toda aplicação das suas normas, em particular o processamento do processo administrativo e a celebração do acordo de leniência. De claro, não seria uma atuação em conjunto, mas, sim, uma cooperação, de modo que o Ministério

Público venha à assistir os atos da CGU para que resguarde a aplicação da norma e alcance o seu objetivo, resguardar a Administração Pública nacional e estrangeira.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/2013

O ponto a ser debatido neste capítulo tem o intuito de demonstrar a necessidade e possibilidade da participação do Ministério Público no acordo de leniência da LAC, com base em outros acordos de colaboração os quais também serviram de modelo para o acordo de leniência da Lei Anticorrupção e estes possuem a participação do órgão ministerial. Como fundamento para essa inserção, utilizar-se-á previsões normativas constitucionais e o próprio regimento interno do *parquet*. Se este órgão ministerial for inserido no processamento do acordo, assistindo ao órgão da CGU, será possível obter melhores resultados e uma melhor segurança jurídica.

3.1 Paralelo entre o acordo de leniência da Lei Anticorrupção e do CADE e a delação premiada

O acordo de Leniência contido no artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 possui fortes semelhanças à delação premiada do âmbito penal. A essência desse acordo, de contribuir com o colaborador que forneça informações valiosas de uma investigação, está inserida em outras legislações brasileiras também, como: Código Penal, Leis n° 8.072/90 – Crimes hediondos e equiparados, 12.850/2013 – Organizações criminosas, 7.492/86 – Crimes contra o sistema financeiro nacional, 8.137/90 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, 9.613/98 – Lavagem de dinheiro, 9.807/99 – Proteção a testemunhas, 12.529/2011 –

Infrações contra a ordem econômica e 11.343/06 – Drogas e afins. (SANGUINETTI, 2015).

Ambos trabalham com o Direito Premial, um instrumento de prevenção dos crimes e, ao mesmo tempo, de manifestação do Estado. Um direito que envolve recompensa e pena, um caminho o qual o Estado utiliza como opção alternativa e parcial, à pena. (BENEVIDES, 1999, p. 65). Ou seja, nos acordos celebrados pelas legislações comentadas, as provas fornecidas pelo colaborador resultarão em incentivos pela participação, seja em isenção de sanções ou redução de pena. Importante salientar que, a aplicação desse direito premial não tem o intuito de incentivar os atos ilícitos e muito menos propiciar impunidades, mas sim, aplicar um mecanismo novo de investigação e obtenção de prova para apurar infrações e combater, especialmente, práticas anticoncorrenciais, atos de corrupção e crimes.

Ao relacionar a leniência contida na Lei n°12.846/2013 (Lei Anticorrupção) com a da Lei n° 12.529/2011 (Lei Antitruste) e a colaboração premiada da Lei n° 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), temos as seguintes considerações:

A leniência realizada pelo CADE ocorre por intermédio do órgão da Superintendência-Geral que o constitui. Ambos estão inseridos na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), trabalhando na "repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico." (BRASIL, 2011). Já a leniência da Lei Anticorrupção ocorre por meio da CGU, autoridade máxima competente para celebrar o acordo no âmbito do Poder Executivo Federal, principalmente quando as infrações atingirem a Administração Pública nacional ou

estrangeira. Por fim, a colaboração premiada ocorre mediante o Poder Judiciário com a participação do Ministério Público e a Policia Federal para coibir praticas ilícitas de direito material penal. Apesar de terem as transgressões um pouco diferentes, todas costumam se comunicar na ocorrência de um ato de corrupção e são punidas pelas referidas legislações em diferentes sanções. Vale salientar que a hipótese de aplicação da pena em esferas diferentes de atos semelhantes não infere em uma hipótese de *bis in idem.*

Os três acordos exigem que: o colaborador cesse a prática ilícita; preste informações úteis às investigações e continue a colaborar nas buscas; identifique outros participantes dos ilícitos e que dessas contribuições o resultado seja efetivo e produtivo, caso contrário, a contrapartida, o benefício, não será mais concedido. Dentre as semelhanças, passa-se a analisar conjuntamente a leniência do CADE, da Lei Anticorrupção e o acordo de colaboração premiada quanto à participação do Ministério Público.

O programa de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE previsto no artigo 86 da Lei n° 12.529/2011 e a principal delação premiada das legislações, contida no artigo 4º da Lei n° 12.850/2013 são os principais instrumentos de combate a cartéis e a atos de corrupção no Brasil. Suas previsões legais para a celebração dos acordos serviram de base para a leniência da Lei Anticorrupção, que agora integra esse grupo significativo de depurar ilícitos.

A principal e destacada diferença entre o acordo da Lei Anticorrupção e o programa de leniência do CADE é que a leniência do CADE pode ser celebrada tanto para pessoa física como pessoa jurídica e a natureza do objeto do acordo é a defesa da livre concorrência, podendo produzir efeitos na esfera administrativa e criminal. Já a leniência da Lei Anticorrupção é exclusivamente para pessoas jurídicas e na

esfera administrativa. É importante mencionar que o CADE possui uma extrema interação com o Ministério Público, apesar da lei não ter dispositivo que preveja essa comunicação, o que não acontece na Lei Anticorrupção. Já a delação premiada é uma leniência do Estado de cunho criminal, exclusivamente para pessoa física e que a participação do Ministério Público é extremamente necessária, afinal ele é responsável pela celebração.

Vale salientar que, apesar da omissão legislativa da participação do Ministério Público no programa de leniência do CADE, estes firmaram entendimento sobre o acordo de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica por meio do memorando de entendimento n° 1/2016[38]. Neste documento, os dois órgãos se comprometeram com o objetivo de:

> "promover e fortalecer a coordenação institucional entre as Partes, de modo a possibilitar a implementação harmônica e consistente entre os institutos administrativos e processuais penais de colaboração nas investigações de infrações contra a ordem econômica [...]." (BRASIL, 2014).

No mesmo sentido, o mesmo memorando reforça:

> "O Acordo de Leniência não altera, por si só, a autonomia das instâncias criminal e administrativa, tendo o Ministério Público competência constitucional para a perseguição dos delitos de ação penal pública, como o cartel, e haverá, pois, a partir de um Acordo de Leniência, a duplicidade de atuações em duas esferas independentes, sendo que a autonomia das instâncias não significa a inexistência de efeitos práticos mútuos ou a segregação absoluta das competências em matéria criminal e administrativa." (BRASIL, Memorando de Entendimento n° 1/2016, 2014).

[38]Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf. Acessado em 20/03/2019.

Neste contexto, a colaboração premiada não precisou de nenhuma resolução ou pacto para incluir o MP, afinal o parquet tem titularidade plena para celebrar o acordo de colaboração e garantir sua apreciação judicial, que é a base do sistema acusatório fundamentado no artigo 129, inciso I da Constituição Federal (DODGE, Raquel, 2018).

Assim, no julgamento de uma ADI n° 5508/DF em 19 de junho de 2018, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge teceu o seguinte comentário quanto à participação do parquet:

> "O MP funciona como filtro contra o desvio do sistema punitivo e seu uso como instrumento de justiça privada, assim como na colaboração premiada deve funcionar como filtro contra a ânsia vingativa, na medida em que pondera a racionalidade do apresentado pelo colaborador com o potencial da resposta penal. É isso o que possibilita o controle adequado do poder, minimiza erros de aplicação e permite a ampla defesa do réu." (DODGE, Raquel, 2018).[39]

Assim, verifica-se que o Ministério Público não apresenta nenhum prejuízo ou supressão de poder diverso, apenas contribui para uma justiça equitativa e uma investigação efetiva para obter grandes resultados.

Por fim, a leniência da Lei Anticorrupção não pactua com a participação do Ministério Público, o que é uma perda de uma garantia de um acordo mais bem elaborado e seguro nos seus termos e na aplicação das suas benesses ao colaborador. Posto isso, discute-se a inserção do parquet no acordo de leniência da Lei Anticorrupção, vez que a legislação referida foi extremamente omissa e optou pela exclusividade da CGU.

[39] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/memorial-colaboracao-premiada. Acessado em: 20/03/2019.

Portanto, o que se pretende demonstrar é a necessidade de aplicar e preservar a interação entre os órgãos dos entes federativos e seus mecanismos de repressão da corrupção, pois ambas as colaborações têm como o objeto, defender a Administração Pública dos atos ilícitos, sejam eles a própria corrupção ou seus reflexos na área econômica.

3.2 Da importância da Homologação do acordo de leniência

Observado as discussões tratadas em capítulos anteriores, nota-se o risco da celebração do acordo, principalmente seus efeitos nas relações criminosas e os reflexos causados nas investigações e no setor econômico. Para isso, percebe-se uma medida de prevenção adotada pelas legislações que regem as colaborações. Prevenção essa que, se baseia no caráter sigiloso das negociações, a fim de garantir a efetividade do acordo. Acontece que, se esse sigilo for quebrado seja pela hipótese prevista na norma em caso de interesse da investigação ou do processo administrativo, pode também haver um descuido por parte dos órgãos o qual as informações possam circular e prejudicar a empresa e também o processo investigativo.

Essa cautela tem um caráter prévio e durante o acordo, restando estabelecer uma garantia posterior, a qual a Lei n° 12.846 não trata. Assim, seguindo os moldes do acordo de leniência do CADE e a colaboração premiada, estruturas modelo do acordo de leniência da LAC, seria importante adotar uma homologação em juízo, a fim de garantir uma segurança jurídica do acordo.

Segundo o artigo 18 da LAC: "Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial" (BRASIL, 2013). Assim, mesmo que os termos do acordo da leniência da Lei Anticorrupção isente a pessoa jurídica de algumas sanções administrativas, este, ainda poderá ser responsabilizada por outra esfera e pelo mesmo ato sem que configure o *bis in idem.* Nesta visão, destaca-se o artigo 19 da Lei n° 12.846/13:

> Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:
>
> I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
>
> II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
>
> III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
>
> IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2013).

Após a transcrição do artigo supramencionado, na hipótese da empresa colaboradora cometer atos previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção poderá responder judicialmente pelos seus atos, sendo de competência dos entes federativos representados pela Advocacia Pública e demais órgãos de representação judicial e, também o Ministério Público adotar as medidas necessárias. Desta fora, é amplo o rol de legitimados para punir a pessoa jurídica na esfera judicial.

Como já abordado anteriormente, a leniência é um meio de obtenção de prova para disparar as investigações de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Evidencia que esses atos muitas vezes constituem os delitos de corrupção (artigo 317 e 333 do CP) previstos no código penal.

Esses atos têm o costume de se disfarçarem como atos legais e lícitos, constituindo também uma cadeia outras ações, o que dificulta as investigações e perdura por um bom tempo o andamento do processo administrativo e da responsabilização do autor do ato ilícito. Para isso, celebram-se o acordo de leniência para apurar o fato com mais rapidez, combater a corrupção e ter a devolução dos valores desviados do poder público. Posto isso, é imprescindível incentivar a procura pelo acordo por parte das empresas envolvidas nos atos ilícitos, a fim de que os órgãos de repressão de atos corruptos possam ter melhores resultados.

Ademais, retorna-se ao caráter de segurança jurídica necessário adotar à Lei Anticorrupção para incentivar o interesse da parte (empresa) e assegurar os termos celebrados.

O §2º do artigo 16 da Lei Anticorrupção estabelece que "a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável" (BRASIL, 2013).

Desta forma, percebe-se que a menção da isenção quanto ao inciso IV do artigo 19 da mesma lei provoca uma insegurança jurídica, uma vez que a esfera administrativa representada pela CGU, responsável pela celebração do acordo de leniência, estaria concedendo uma isenção no âmbito judicial o que já não seria da competência do campo administrativo. Acontece que, essa isenção supramencionada

diz respeito à possibilidade da aplicação de uma sanção às pessoas jurídicas pela ação civil pública que possui um rol amplo de legitimados. Ação Civil Pública regulada pela Lei n° 7.347/1985 estabelece em seu artigo 5º o rol de legitimados[40] para oferecer a ação em defesa do patrimônio público.

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: [...] (BRASIL, 1985).

Todavia, apesar de inicialmente aparentar que a CGU não pode propor a ação civil pública, a interpretação extensiva do artigo 82, inciso III da Lei de proteção ao consumidor (Lei n° 8.078/1990) resulta que a CGU tem legitimidade para demandar ação civil pública, de forma concorrente com os outros legitimados.

Acontece que, a isenção oferecida quanto à sanção do inciso IV do artigo 19 em sede de acordo tem um caráter duvidoso e inseguro, o que pode ser questionado a sua constitucionalidade. Afinal, por se tratar de competência concorrente, se este (CGU) não o fizer, poderá os outros legitimados fazer. Portanto, instala-se o questionamento quanto à possiblidade da CGU oferecer a isenção do artigo 19, inciso IV da Lei Anticorrupção, cujo qual é responsabilidade da ação civil pública e levando em conta a pluralidade no seu rol de legitimados. Posto isso, seria necessário um controle de constitucionalidade no que tange a esta isenção.

Além do mais, o inciso LXXIII do artigo 5º da Carta Magna dispõe que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato

[40] Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente:

lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa" (BRASIL, 1998). Assim, caso acordo de leniência venha a ser celebrado e garantido essa isenção, qualquer civil apto poderia questionar mediante ação popular a validade desse acordo, podendo anulá-lo, o que prejudicaria tanto a empresa como as investigações como já comentado nos intens anteriores.

Recepcionado a sugestão da homologação do acordo completar-se-ia as medidas de proteção do acordo nos momentos prévios, durante e após. Com efeito, a homologação do acordo pelo Poder Judiciário garantiria a segurança jurídica para as partes, evitando a incidência dos riscos e prejuízos ao acordo e a pessoa jurídica.

Essa homologação retoma o conteúdo das alterações da Media Provisória n° 703/2015 na Lei Anticorrupção e as diversos comentários quanto a seu conteúdo, o que chamou a atenção da homologação do acordo. Neste sentido, uma proposta legislativa da sociedade civil para contribuir com a relatoria da Media Provisória n° 703/15 e outras propostas legislativas no congresso nacional, propôs as seguintes alterações no artigo 16 da Lei n° 12.846/2013:

> § 4º Para fins de subsidiar as investigações, o acordo de leniência estipulará, formalmente, as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo no âmbito de cada esfera de responsabilização, observado o seguinte: I – deverá ser homologado, mediante procedimento específico, pela autoridade judicial competente para produzir efeito sobre as sanções de natureza cível previstas nesta Lei e na Lei nº 8.429, de 1992;
>
> [...]
>
> § 10. É o Ministério Público Federal o órgão competente para celebrar acordo de leniência no caso de ato lesivo praticado contra administração pública estrangeira por pessoa jurídica que tenha sede, filial ou representação no território brasileiro, o qual deverá ser submetido à homologação do Juízo

> competente, nos termos do art. 109, incisos II da Constituição Federal.
>
> [...]
>
> § 15. O acordo de leniência celebrado no âmbito desta Lei deverá ser submetido à homologação judicial mediante procedimento específico. [grifo nosso] (BRASIL, 2016) (grifo nosso).

Inclusive o Projeto de Lei n° 8121/2014 já apresentado pelo Deputado Antonio Carlos Mendes Thame do partido PSDB/SP, incluía ao artigo 16 da Lei Anticorrupção mais um parágrafo sobre a necessidade da homologação do acordo:

> Art. 3º. O Art. 16 da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar acrescido do § 11, com a seguinte redação: "§ 11. O Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência no âmbito dos Poderes Executivos federal, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios, nos casos de atos lesivos praticados contra a administração pública, sendo necessária a homologação pelo Poder Judiciário." (grifo nosso).

Em uma apresentação da Emenda na Comissão n. 1/2015 CCJC, pelo Deputado Vicente Candido (PT-SP), quanto a Projeto de Lei n° 8121/2014 propôs a seguinte alteração do artigo 17 da LAC:

> "Art. 17-A. Havendo interesse das partes, os acordos de leniência celebrados com base nesta Lei poderão ser submetidos à homologação judicial por meio das Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, com vistas a isentar ou atenuar as seguintes penalidades previstas em normas jurídicas referentes a licitações e contratos, bem como as sanções judiciais previstas nesta Lei e na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: (BRASIL, 2014).

Verifica-se que não houve somente uma tentativa de inserir a possibilidade da homologação do acordo. Posto isso, infere-se a tremenda necessidade da sua homologação, configurando a segurança jurídica para as partes e evitando possível anulação do acordo ou riscos à PJ na esfera judicial.

3.3 Das atribuições do Ministério Público

Os artigos 127 e 129 da Constituição Federal de 1988 estabelecem diversas competências constitucionais ao Ministério Público, tanto este órgão na sua função de fiscal da lei como também parte de um processo. As atribuições ministeriais vão desde a iniciativa da investigação até a propositura da demanda para a devida responsabilização. Esses deveres também são regulados pelo seu próprio regimento interno.

Em que pese a larga atuação desse órgão ministerial, o foco deste presente trabalho é desenvolver apenas as atribuições constitucionais e as demais legislações que permitem o Ministério Público participar efetivamente do processamento do acordo de leniência da Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013).

Neste diapasão, a Constituição Federal de 1988 prevê no caput do artigo 127 o conceito legal do Ministério Público que também foi reproduzido pela sua Lei Orgânica, Lei Complementar 75/93 em seu artigo 1º:

> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988).

Também no Regimento Interno do *parquet,* o artigo 2º atribui as seguintes responsabilidades: "Art. 2º Incumbem ao Ministério Público às medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal." (BRASIL, 1993)

Sobre as medidas necessárias às quais o Ministério Público escolherá empregar para cumprir seus deveres constitucionais, poderá o *parquet* utilizar de todas as medidas viáveis e legais, tanto na esfera judicial e também extrajudicial,

podendo até, quando possível, evitar o ajuizamento de ações. (ZENKNER, 2006, p. 63).

É necessário salientar dois termos importantes da conceituação do Ministério Público. O termo "essencial à função jurisdicional do Estado" trazido pelo poder constituinte não traz a interpretação de que a tutela jurisdicional só ocorrerá com a participação do órgão ministerial, pelo contrário, ela pode se dar sem a sua presença, até porque este órgão não atua em toda e qualquer demanda. Em contrapartida, o Ministério Público não atua somente no plano judicial, existem possiblidades atípicas mas que são inerentes às funções institucionais.

> "De um lado, tal referência diz menos do que deveria, pois o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na condução do inquérito civil, na aprovação de acordos extrajudiciais, na tomada de compromissos de ajustamento de conduta, no atendimento ao público, nas tarefas de ombudsman ou no controle externo da atividade policial."(MAZZILLI, 2007 apud VASCONCELOS, 2013, p. 42).

O segundo termo "defesa da ordem jurídica e do regime democrático" atribui ao *parquet* a sua atuação como "*custus legis*", o guardião da norma, fiscal da correta aplicação da lei, um verdadeiro defensor da sociedade. Outras características outorgadas são a de defensor dos princípios constitucionais e direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e de fiscal dos sistemas de freios e contrapesos das funções estatais.

Assim, percebe-se que o Ministério Público é um órgão importante para a prestação jurisdicional e principalmente para resguardar as normas legais constitucionais que organizam um estado democrático de direito e seus Poderes, sejam eles o Executivo, Legislativo ou Judiciário.

A Carta Magna acrescenta também outras funções ao Parquet, tais como:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
>
> [...]
>
> VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
>
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas [...] (BRASIL, 1988).

Do inciso III e IX do artigo 129 da Constituição Federal pode-se inferir que, não terá somente a Ação Civil Pública como instrumento de defesa dos interesses públicos e sociais, mas também outros instrumentos podem ser criados para essa finalidade, pois ambos estarão coligados às alçadas das funções institucionais do *Parquet*.

Além dessas atribuições, o artigo 21 da resolução nº 90, de 14 de setembro de 2009 que dispõe sobre algumas promotorias do Ministério Público, em especial a Promotoria de Justiça e Defesa do Patrimônio Público e Social (PRODEP)[41]:

[41] O PRODEP "defende o patrimônio público e social do Distrito Federal. Dentre os instrumentos de atuação, destacam-se as requisições de informações e documentos, inclusive a instauração do inquérito policial, a expedição de recomendação, a instauração do inquérito civil, a promoção das ações civil e

"Art. 21. Às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social – PRODEP competem as atribuições previstas nos artigos 2º[42] e 11[43] desta Resolução, visando à proteção do

penal públicas. Tem destaque na Prodep o controle da atuação dos agentes políticos e administrativos do Distrito Federal no que pertine à prática de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízos aos cofres públicos e atentam contra os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade e os deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições públicas. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/promotorias-de-justica-de-defesa-do-patrimonio-publico-e-social-menu. Acesso em: 03 abr. 2019.

[42] Art. 2º As Promotorias de Justiça disporão, no exercício de suas atribuições, dos instrumentos mencionados nos arts. 6.º a 10 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e nos arts. 25 a 27 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

[43] Art. 11. Às Promotorias de Justiça Especializadas competem as atribuições previstas no art. 2º desta Resolução e ainda: I - promover e acompanhar as medidas judiciais e administrativas necessárias à defesa da ordem jurídica relativa à sua área de atuação; II – promover e acompanhar a ação penal pública em decorrência de crimes relacionados na respectiva matéria de sua área de atuação, assim definidos em legislação especial; (NR – incluído pela Resolução nº 131, de 13 de fevereiro de 2012) III - promover e acompanhar a ação penal pública em decorrência de crimes comuns nas hipóteses de conexão ou continência destes com crimes relacionados na respectiva matéria de sua área de atuação, assim definidos em legislação especial; IV - instaurar e presidir o inquérito civil público, bem como o procedimento de investigação preliminar, para a defesa da ordem jurídica relativa à matéria da área de sua atuação; V - promover e acompanhar a ação civil pública para a defesa da ordem jurídica relativa à matéria da área de sua atuação; VI - tutelar os direitos difusos, coletivos sociais e individuais indisponíveis relativos à matéria da área de sua atuação; VII - promover e acompanhar medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas decorrentes da recusa, retardamento ou omissão no atendimento às requisições por elas formuladas; VIII - promover e acompanhar outras medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas, bem como exercer as atribuições cometidas pela legislação em vigor ao Ministério Público, na proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos atinentes à ordem jurídica relativa à matéria da área de sua atuação, inclusive no que diz respeito a sanções previstas na legislação especial, aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, nos termos de leis especiais; IX - tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais nas matérias afetas às respectivas atribuições; X - instaurar inquéritos civis e procedimentos de investigação preliminar destinados àpropositura de ações de responsabilidade por atos de improbidade administrativa de suas respectivas atribuições, bem como promover as ações e medidas cabíveis; XI - manter cadastro atualizado das instituições públicas ou privadas que prestem assistência social na área de sua atuação; XII - empreender visitas periódicas às instituições e estabelecimentos referidos no inciso anterior, com o propósito de verificar o cumprimento de seus objetivos; XIII - oficiar nas medidas judiciais em defesa da ordem jurídica relativa à matéria da área de sua atuação, nas hipóteses legais de intervenção, sempre que tais medidas não tenham sido propostas pelo Ministério Público; XIV - oficiar nas audiências judiciais e extrajudiciais de sua atribuição; XV - expedir recomendações a órgãos e entidades públicas e privadas, com vistas à observância da lei e dos princípios da Administração Pública, à prevenção de condutas lesivas à ordem jurídica, relativa à matéria da área de sua atuação e à efetividade dos serviços e atividades a ela relacionadas; XVI - buscar, sempre que possível, a atuação conjunta com os Ministérios Públicos

> patrimônio público e social, e ainda: I – Atuar conforme dispõem os incisos I e XIII do artigo 11 desta Resolução e nos juízos indicados nos Capítulos XIII do Anexo I, da Resolução nº 90/2009. (NR – incluído pela Resolução nº 159, de 3 de junho de 2013) II - acompanhar e fiscalizar os atos administrativos, licitações, contratos e convênios da Administração pública direta e indireta; III - promover as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, institucionais ou pessoais, em caso de lesão ao erário ou ao patrimônio público e social, ou ofensa aos princípios da Administração Pública, salvo quando da atribuição de outra Promotoria de Justiça; IV - requisitar a instauração de inquérito policial, ajuizar e conduzir a ação penal por crimes que envolvam o patrimônio público e social previstos em legislação especial; V - em atribuição concorrente, requisitar a instauração de inquérito policial, ajuizar e conduzir a ação penal por crimes previstos no Código Penal Brasileiro e na legislação especial que envolvam funcionários públicos, relativamente aos fatos revelados nos inquéritos civis públicos e procedimentos investigatórios conduzidos pela PRODEP;" (BRASIL, 2009). [grifo nosso]

O papel do Ministério Público é tão significativo na esfera criminal como na esfera cível, cada uma com suas particularidades. Esse paralelo se dar pelo fato do Ministério Público poder ser um órgão agente quando provoca o Poder Judiciário como também de oficiar em incontáveis feitos como órgão interveniente. A qualidade de interventor se dá às vezes pela desproporcionalidade de paridade entre as partes ou pela natureza da lide quando existir o interesse público a zelar. (MAZZILLI, 2007, p. 64).

É valiosa a análise do Ministério Público no processo civil, principalmente quando se diz que este órgão independente deve zelar pelos interesses públicos. É sabido que o Ministério Público perfaz a qualidade de parte em um processo judicial

estaduais e/ou com os demais ramos do Ministério Público da União, nas questões que envolvam atribuições concorrentes ou conexas; [...].

e quando não este não o fizer, poderá acompanhar o processo pela sua característica de "*custus legis*".

Nesta visão, Marcelo Zenkner (2006, p. 119) aduz que:

> [...] o Órgão Ministerial deve atuar até mesmo em face do próprio Estado, já que dentro do sistema de freios e contrapesos concebido pela Constituição, é de sua responsabilidade coibir os eventuais excessos e desvios cometidos até mesmo por qualquer dos órgãos da administração pública direta ou indireta.

Nesta atuação, embora o Ministério Público atue pelo zelo da indisponibilidade do interesse público, essa proteção não o exime de outras hipóteses de atuação, principalmente no que diz respeito à algumas funções atípicas.

Em consequência disso, com o atual perfil da instituição, o interesse indisponível tutelado pelo Ministério Público deve ser sempre supervisionado. Essa supervisão não diz que isto somente ocorra no processo judicial com o ajuizamento da ação em defesa ao interesse indisponível, mas também com a intervenção em qualquer matéria que pela sua natureza e discussão reflita no interesse público.

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 291):

> Mas o ministério Público não atua só nesses casos de indisponibilidade. Há relações entre o individuo que muitas vezes não são indisponíveis, mas, pela sua natureza ou abrangência, interessam a toda a sociedade ou à comunidade como um todo. Não raro o Ministério Público atua em defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, comungados por milhares de pessoas. Invoquemos, como meros exemplos, os casos Coroa-Brastel[44], Commind[45] e tantos

[44] O caso Coroa-Brastel é considerado um dos maiores escândalos financeiros do regime militar (1964-85). [...] Em outubro de 88, o Ministério Público Federal protocolou denúncia no Supremo Tribunal Federal contra Cunha e os ex-ministros Antônio Delfim Netto (Planejamento) e Ernane Galvêas (Fazenda).
Os três foram acusados de, à época do governo Figueiredo (1979-85), tramar a obtenção de vultoso

> outros em que houve danos mercado de valores mobiliários, com lesão a milhares de investidores, que podia até comprometer o equilíbrio do próprio sistema de poupança e investimento.

Assim, havendo o interesse público seja ele propriamente como matéria indisponível ou com a sua larga expressão social ou abrangência, é suficiente para o Ministério Público ter legitimidade para atuar e intervir.

Para garantir a proteção dos interesses públicos, o Ministério Público aplica além dos princípios institucionais, constitucionais usa também os princípios administrativo no que couber, tendo em vista a proteção aos interesses públicos, principalmente da Administração pública, um dos objetos que ergue a temática.

Desta forma, quanto à proteção no âmbito administrativo é valiosa a análise do artigo 5º, inciso I, alínea 'h' da Lei Complementar nº 75/93:

---

empréstimo na CEF para refinanciar dívidas da Corretora Laureano, cujo controle havia sido assumido pela Coroa-Brastel. Segundo a denúncia, os recursos obtidos visavam oficialmente à expansão da rede de vendas de eletrodomésticos Brastel, mas foram desviados para servir de cobertura ao passivo financeiro da corretora. Houve então, segundo Gueiros, uma desenfreada emissão de letras de câmbio sem lastro, que não estavam vinculadas a efetivas operações de financiamento a consumidores da rede Brastel.

Com pesadas dívidas, o grupo Coroa-Brastel acabou estourando. Em junho de 83, o governo decretou a intervenção extrajudicial do grupo -a falência judicial só seria determinada em janeiro de 93. O STF acabou não aceitando a denúncia criminal por peculato (desvio ou apropriação indébita do patrimônio público) contra os ex-ministros. (Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi01109824.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019).

[45] O Banco do Commércio e Indústria de São Paulo S.A. (Comind) foi um anco brasileiro fundado em 1889 por grandes lavradores e capitalistas da elite cafeeira paulista, tendo como principais acionistas Theodoro Quartim Barbosa, Antônio da Silva Prado, J.J. Abdalla e Elói Chaves. Em 1982, expandiu suas operações com a aquisição do Banco Residência S.A., com sede no Rio de Janeiro. Em 1985, ocupava a 5ª posição no ranking nacional de bancos, possuía dezessete mil funcionários e trezentas agências quando, em 19 de Novembro, sofreu uma intervenção federal, juntamente com os Bancos Auxiliar e Maisonave. Suas agências foram leiloadas e distribuídas pelo Banco Central entre diversos outros bancos, que absorveram instalações e funcionários

> Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:
>
> I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:
>
> a) a soberania e a representatividade popular;
>
> b) os direitos políticos;
>
> c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
>
> d) a indissolubilidade da União;
>
> e) a independência e a harmonia dos Poderes da União;
>
> f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
>
> h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; (BRASIL, 1993). (grifo nosso).

Do texto normativo da LCP N° 75/93 pode-se compreender que o Ministério Público poderia questionar atos administrativos que contrariem princípios administrativos como a legalidade, impessoalidade, moralidade e a publicidade no âmbito da Administração Pública. Neste contexto, o Ministério Público estaria atuando na sua atribuição constitucional de fiscal da lei na esfera administrativa o que não é algo extraordinário e muito menos impossível segundo a própria Constituição Federal.

Ora, a partir das atribuições concedidas pela Carta Magna e pelos princípios que regem o Ministério Público, este é competente e responsável pelos próprios atos,

podendo assim decidir quando terá a presença do interesse público no processo e desta maneira intervir para protegê-lo.

Marcelo Zenkner (2006, p. 121) reforça a opção da intervenção do Ministério Público no processo civil, quando se tratar de zelo ao interesso público:

> Portanto, é a própria lei que estabelece que o Ministério Público é quem detém a prerrogativa de realizar a aferição do interesse público em determinada causa, intervindo num processo somente por deliberação própria, eis que é ele o tutor natural da defesa desse interesse em juízo. Por esse motivo, para se evitar futura alegação de nulidade [...], o Órgão Ministerial deve ser sempre intimado ou deve tomar a iniciativa de intervir nos feitos em que o juiz possa vislumbrar, por mais leve que seja, a existência de algum interesse público.

Adentrando ao plano da responsabilização judicial, especificamente na Lei n° 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública, o seu artigo 5º, inciso I prever o Ministério Público como legitimado para ajuizar a ação que responsabilizará os autores de danos[46] materiais causados contra a ordem econômica, patrimônio público e social entre outros previstos. Nesta seara, se o ato praticado pela pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional ou estrangeira configurar dano à ordem econômica, a empresa infratora ficará sujeita a responsabilização na esfera cível por meio da ação civil pública tendo como autor da ação o Ministério Público. (BRASIL, 1985).

[46] Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística. VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. VIII – ao patrimônio público e social.

Vale lembrar que o Ministério Público não é o único legitimado para oferecer a ação. Além do parquet, pode oferecer a ação: a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista. Quando o *parquet* não for o autor da ação, este deverá atuar obrigatoriamente como fiscal da lei. Caso os legitimados não provoquem o judiciário, qualquer pessoa poderá e qualquer servidor deverá reportar os fatos ao Ministério Público para que este tome providências à responsabilização dos infratores.

O mesmo texto normativo (Lei n° 7.3471985) em seu artigo 5º, §6 admite que o legitimado ao propor a ação civil pública possa celebrar um termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta muito conhecido como TAC[47]. Esse mecanismo é um meio alternativo de resolução de conflito muito utilizado pelo Ministério Público para conduzir um autor de um ilícito aos caminhos da legalidade, de uma forma que suspenda o ajuizamento da ação em seu desfavor.

Para melhor esclarecer, a autora Maria Cecília Gonçalves Fontes leciona que:

> O termo ou ajustamento de conduta é um modo pelo qual é dada ao autor do dano a oportunidade de cumprir as obrigações estabelecidas, comprometendo-se o ente legitimado, de sua parte, a não propor a ação civil pública ou a pôr-lhe fim, caso esta já esteja em andamento. Com isso, busca-se evitar processos extremamente custosos, desgastantes e morosos para ambas as partes, fazendo com que o autor do dano pratique ou se abstenha de praticar o ato inquinado de lesivo, sempre com vistas a atender o bem maior objeto do acordo. Assim, desde que cumprido o ajuste, terá o

[47] O termo de ajustamento de conduta é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.. (Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/termos-de-ajustamento-de-conduta. Acesso 08 abr. 2019).

> compromisso alcançado seu objetivo, sem a necessidade de movimentar toda a máquina judiciária. É, portanto, um meio rápido e eficaz para a solução de problemas. E, na hipótese de não ser cumprido o TAC, poderá o mesmo ser executado desde logo, eis que constitui título executivo extrajudicial, revelando-se desnecessária qualquer outra discussão em torno dos comportamentos que o instituíram." (GONÇALVES FONTES, 2007, p. 49).

Retomando o enfoque principal, a intenção em relatar sobre a ação civil pública e o mecanismo extrajudicial de resolução de conflito, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é de que ambos têm a participação do Ministério Público e ambas as condutas auferidas nas investigações podem afetar a ordem econômica, ou seja, envolver o interesse público. Assim, verifica-se a participação efetiva do órgão ministérial nesses dois institutos o que promove o órgão ministerial como um forte contribuinte para o combate a corrupção e um experiente intermediador entre o infrator e a pretensão punitiva do Estado, seja ela com a sanção criminal, cível ou administrativa.

Desta forma o Ministério Público tem ajudado a desestruturar uma cadeia de corruptos de colarinho branco que constituem empresas fraudulentas que provocam um dano econômico e político diretamente na Administração Pública e no Estado. Dano este que compromete o interesse coletivo, deixando-o à mercê dos interesses particulares de um determinado grupo.

Para reforçar a idéia, Eduardo Cambi tece as seguintes considerações a respeito do Ministério Público:

> O Ministério Público", como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater à improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano.

> [...]
>
> A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira, tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres – estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária – seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (aliás, dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública). (CAMBI, 2014, p. 15-16).

Há discussões doutrinárias a respeito do enquadramento do Ministério Público como um quarto poder. As suas funções institucionais e suas independências permitem a discussão: se o Ministério Público se vincula ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo ou até mesmo se ele próprio constitui um outro poder sem vínculo direto com os outros Poderes. Essa possibilidade de se tornar um quarto poder constrói uma premissa maior, na qual poderia ensejar debates de que teoricamente, não o impediria de estar dentro de qualquer ramo do Poder ou ser criado um novo Poder por opção legislativa.

Contudo, a questão do Ministério Público ser ou não um quarto poder ou de estar atrelado a um Poder especifico não é o foco em questão, e sim apresentar a sua importante frente aos Poderes e na proteção das suas atribuições constitucionais.

3.3 Da participação efetiva e ativa do Ministério Público no acordo de leniência da Lei 12.846/2013

Após essa breve observação de algumas das competências extensas e valorosas do Ministério Público, passa-se a fazer considerações quanto à sua participação no acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Primeiramente, questiona-se a participação tardia do Ministério Público já no processo administrativo. Por mais que a Lei n° 12.846/2013 seja por si só na área administrativa, não exclui a possibilidade da atuação em conjunto da área judicial, até porque a parceria poderia garantir: maior segurança jurídica; economicidade processual; processamento mais adequado e possivelmente um acordo mais produtivo, seguro e eficaz.

A Lei Anticorrupção traz procedimentos específicos para o processo administrativo. Um desses procedimentos interfere no processo administrativo, que é a possiblidade da celebração do acordo de leniência entre a pessoa jurídica investigada e a autoridade máxima do órgão, observado os requisitos do artigo 16 da Lei n° 12.846/2013.

A única previsão da participação do Ministério Público no processo administrativo ficou registrada no artigo 15 da Lei n° 12.846/2013, incumbindo a comissão designada para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, notificar o *parquet* para ter conhecimento da conclusão do procedimento administrativo. Este, se verificar eventuais delitos passíveis de responsabilização judicial, deverá apurar e dar seguimento. Em virtude disso, constatado as transgressões, poderá ser por meio do ajuizamento da ação civil pública disciplinada na Lei n° 7.347/1985 que o Ministério Público irá responsabilizar a pessoa jurídica e quando envolver atividade de agente público, estes incorrerão nas penalidades previstas para atos de improbidade administrativa da Lei n° 8.429/1992.

Ao não mencionar a participação do Ministério Público durante o processo administrativo, não impede que este venha ser mais ativo e presente. Se o *parquet* estivesse mais incluso e presente permitiria uma investigação mais profunda e efetiva, principalmente permitindo uma maior troca de informações entre os órgãos responsáveis por combater a corrupção.

Nesta linha, esclarece Cambi:

> Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas. (CAMBI, 2014, p. 31).

As ressalvas de Eduardo Cambi, se, de fato, inseridas e aplicadas ao acordo de leniência maximizaria os efeitos do acordo e seus reflexos tanto no próprio combate a corrupção, como também na interligação entre as esferas administrativa, criminal e cível. Desta forma, o mecanismo de prevenção contribuiria de forma mais significativa com o Poder Público e com a proteção da Administração Pública.

Neste sentido, insta salientar a Medida Provisória n° 703 de 18 de dezembro de 2015, a qual alterava o texto do artigo 15 da Lei Anticorrupção no tocante ao conhecimento do processo administrativo pelo Ministério Público. A redação da Lei Anticorrupção prevê que o conhecimento se dá após a conclusão do processo, já a Medida Provisória n° 703/2015 previa que o conhecimento fosse já na própria

instauração do processo administrativo pelos fundamentos idênticos já apresentados nas palavras de Eduardo Cambi.

Ocorre que, a medida provisória n° 703/2015 não foi sancionada no tempo devido como proclama o artigo 62 da Constituição Federal de 1988, por isso teve cessada sua eficácia, perdendo o efeito jurídico e deixando de alterar o texto da Lei n° 12.846/2013.

No mesmo ano (2015), o senador Ricardo Ferraço do partido MDB/ES propôs o Projeto de Lei do Senado n° 105, de 2015 (Projeto de Lei n° 3.636/2015 na câmara dos deputados). O referido projeto prevê o conhecimento prévio da instauração do processo administrativo, como também estabelecia a condição de apreciação do acordo de leniência do artigo 16 da Lei n° 12.846/2013 pelo Ministério Público para realizar o exame de legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade dos termos do acordo, podendo homologa-lo ou não.

O referido projeto encontra-se aguardando a criação de uma Comissão Temporária pela mesa responsável para ser apreciado.

Em vertente similar, os projetos de leis: PL 8121/2014, PL 2813/2015, PL 3897/2015, PL 3918/2015, PL 4001/2015, PL 7871/2017, PL 9175/2017, PL 4703/2016, PL 5208/2016, PL 8103/2017, PL 8802/2017, PL 11233/2018, PL 106/2019 e PL 207/2019 foram apensados ao Projeto de Lei n° 3.636/2017 pelo fato de todos eles apresentarem objetivos similares quanto às alterações na Lei n° 12.846/2013, a Lei Anticorrupção.

Quanto às propostas de alteração, podemos destacar as principais similaridades: a) após a instauração do processo administrativo, será dado o conhecimento prévio ao Ministério Público de sua existência, para apuração de

eventuais delitos; b) Além da Controladoria Geral da União, poderão os órgãos de controle interno dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de suas competências, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, ou ambos, poderão celebrar o acordo de leniência com a pessoa jurídica; c) homologação do acordo em juízo. Todos esses apontamentos e outros tratados particularmente em cada projeto de lei têm o intuito de envolver cada vez mais o Ministério Público em toda a leniência da Lei Anticorrupção.

Sobretudo, o enfoque principal é a participação do Ministério Público já no acordo de leniência do artigo 16 da referida lei. Não se quer aqui tomar competência para celebrar com a pessoa jurídica, mas uma inclusão no processamento, a fim de que o Ministério Público possa acompanhar os atos de formulação do acordo, se manifestando quando necessário ou solicitado pelo órgão responsável pela celebração, agindo literalmente como um fiscal da lei.

As tentativas de alteração da Lei n° 12.846/2013 que ainda tramitam no Congresso Nacional tem como objetivo, assim, podendo se dizer, harmonizar os microssistemas de combate à corrupção. Nesses microssistemas, temos a Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013), a Lei do CADE (Lei n° 12.529/2011), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n° 8.492/1993) e a Lei de Organização Criminosa (Lei n° 12.850/2013) que prevê o instituto da colaboração premiada.

Ultrapassando a seara da cooperação do Ministério Público, no que diz respeito a sua atribuição de fiscal da lei e de zelar pela ordem econômica e o estado democrático de direito, a 5ª Câmara de coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já:

> reconheceu a validade de acordo de leniência celebrado diretamente por membros do Ministério Público FEDERAL

> (Inquérito Civil n. 1.30.001.001111/2014-42), assentando-se justamente na necessidade de "dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa. (RIBEIRO COSTA, 2017, p.33)

Neste sentido, no ano de 2016, época de intensas investigações na operação Lava Jato realizadas pelo Ministério Público, Polícia Federal e outras órgãos de combate a corrupção, foi firmado um acordo entre o Ministério Público e a empresa multinacional Andrade Gutierrez.

A empresa estava envolvida no maior escândalo de corrupção do Brasil, o qual causou danos ao erário, atingindo principalmente a estatal Petrobras e outros órgãos federais.

Neste cenário, o Ministério Público celebrou acordo de leniência com a empresa, observados todos os termos da Lei Anticorrupção, garantindo o ressarcimento dos prejuízos. Contudo, logo em seguida o órgão da Controladoria Geral da União questionou legitimidade da celebração do acordo firmado por parte do Ministério Público no valor de R$ 1 bilhão e homologado pela 13ª Vara da Justiça Federal em 2016. Assim, para que o acordo não viesse a ser desfeito, a Controladoria Geral da União em parceria com o Tribunal de Contas da União (TCU) analisaram os termos do acordo e o convalidaram, alterando apenas o valor do ressarcimento de R$ 1 bilhão para R$ 1,49 bilhão. Por fim, ficou estabelecido o acordo entre a empresa Andrade Gutierrez, o Ministério Público Federal, a Controladoria Geral da União e o Tribunal de Contas da União, resultando no ressarcimento de R$ 1,49 bilhão a serem pagos ao logo de 16 anos para os entes federais lesados, incluindo a Petrobras e, também novas provas das práticas de atos ilícitos executados por cerca de 250 pessoas físicas e 100 pessoas jurídicas. (CGU, 2019)

Percebe-se que, em um caso de tamanha repercussão o órgão ministerial foi extremamente eficaz nas suas investigações e no seu combate a corrupção. Sem dúvidas, houve pontos fracos no acordo o que logo veio a ser sanado pela CGU e TCU, os quais se estivessem atuados em parceria com o Ministério Público, poderiam ter evitado esses transtornos, como o valor do ressarcimento.

Reavendo a idéia de intercessão ministerial, parte da doutrina sustenta que a falta de intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência na esfera administrativa desestimula a aplicação do direito premial à luz da teoria dos poderes implícitos, a qual alude de modo grosseiro a seguinte premissa: quem pode mais, pode menos. (SCHNEIDER, 2017).

Segundo a teoria dos poderes implícitos:

> [...] as Constituições implantam somente as regras gerais que irão nortear a atividade dos poderes e órgãos constituídos, cabendo a eles, no entanto, a utilização dos meios que entenderem necessários para atingirem a finalidade desejada. Assim, não caberia à Carta Magna regrar expressamente o modo como os entes estatais irão se desincumbir de seus misteres, já que, quando lhes confere determinados poderes, implicitamente também repassa aqueles considerados indispensáveis ao exercício de sua atividade-fim." (Marsshall, John, apud, Andrade, Mouro Fonseca, 2008, p. 177)

À vista desses fatos, sem a real garantia da segurança jurídica transmitida pela presença do Ministério Público na celebração do acordo, a empresa interessada no acordo de leniência se sentiria insegura em se expor e de ter certeza da efetividade do direito premial, restando dúvidas quanto aos benefícios do acordo, vez que há hipótese de incidência de responsabilização em outra área pelo mesmo fato (não acontece bis in idem como já discutido em capítulos anteriores).

Quanto a esta insegurança e desmotivação no instituto do acordo de leniência provocado pela ausência do Ministério Público, vale apreciar os destaques do representante do Ministério Público, o Procurador Geral Paulo Soares Bugarin em um Acórdão n° 824/2015 - TCU – Plenário, afirmou o seguinte:

> [...] o manejo de tais institutos pelas autoridades estatais, além de (1) condicionar-se à existência de efetivos benefícios às investigações e ao interesse público, deve sempre (2) ser realizado de forma a encorajar as pessoas físicas e jurídicas envolvidas a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades para o desmantelamento das organizações criminosas de que participarem. Dito isso, deve-se reconhecer que a celebração de acordos de leniência de forma isolada, no decorrer das investigações e por autoridades que sobre elas não possuem total conhecimento, justamente por delas não estarem participando, tem grande potencial de levar à realização de acordos que não tragam benefícios às apurações e, ao mesmo tempo, acabem por desencorajar a plena cooperação dos criminosos com as autoridades. (BUGARIN, Paulo Soares. 2015) (grifo nosso).

Diante de tudo já exposto e com fundamentação nas atribuições do Ministério Público pelo texto legal da Constituição Federal é mister reconhecer a possibilidade e necessidade da participação efetiva e ativa do Ministério Público no acordo de leniência.

Assim, em primeiro lugar, reitera-se a competência constitucional do Ministério Público para agir como "*custos legis*", ou seja, o fiscal da lei. Como já mencionado, apesar dessa função ser exercida de forma mais visível na área cível e penal, não exclui a possibilidade de ser exercido na área administrativa, em específica, o processo administrativo e acordo de leniência da lei anticorrupção.

Atuação essa que já ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 15) o qual designa um representante do Ministério Público Federal para atuar em conjunto, conforme o seu texto legai:

> Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.
>
> Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. (BRASIL, 1992).

No mesmo sentido a Lei Antitruste apresenta em seu artigo 20:

> Art. 20. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator. (BRASIL, 2011)

Ademais, essa característica pontuada do Ministério Público autoriza-o a qualquer momento confrontar os acordos de leniência que ocorrerem sem a seu acompanhamento, amparado pela incumbência institucional prevista no artigo 5º, inciso I, alínea 'h' da Lei Complementar nº 75/93.

> Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:
>
> I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:
>
> a) a soberania e a representatividade popular;
>
> b) os direitos políticos;
>
> c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;

> d) a indissolubilidade da União;
>
> e) a independência e a harmonia dos Poderes da União;
>
> f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
>
> h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; (BRASIL, 1993). (grifo nosso).

Em segundo lugar, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal estabelece a competência concorrente para o Ministério Público, no que se trata da propositura da ação judicial da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção. A demanda da ação civil pública é encarregada de proteger o patrimônio público, de forma que se alcance o ressarcimento ao erário. Assim dispõe a legislação constitucional:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> [...]
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (BRASIL, 1988).

Assim, caso o Ministério Público não venha a participar na celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica interessada no acordo ficará desprotegida e poderá sofrer ações judiciais, sendo responsabilizada com as devidas sanções, sejam ela cíveis ou criminais. Desta forma, resta a total insegurança jurídica para a empresa colaboradora do acordo, assim prejudicando as investigações e a responsabilização dos demais infratores.

Por fim, e não menos importante, vale relembrar a importância da inter-relação e cooperação entre os órgãos de combate à corrupção. Desarte, o processo

administrativo e o acordo de leniência da Lei Anticorrupção estão ligados à esfera criminal, apesar de não ser tão visível como parece ser. De alguma forma, os objetos do acordo poderão acabar se tornando em inquéritos policiais e, mais tarde, cair nas competências do Ministério Público. É importante observar que esses mesmos objetos podem estar em investigação nos dois órgãos, tanto no Ministério Público quanto na Controladoria Geral da União, de forma simultânea. Esse descompasso caracteriza uma intensa desarmonizarão do Poder Público. Essa não sincronia pode prejudicar as investigações, de modo que atrapalhe o seu andamento e assim não alcance o objetivo central, a proteção do patrimônio público.

Conforme o entendimento acima, o Procurador Geral Paulo Soares Bugarin em um Acórdão n° 824/2015 - TCU – Plenário, teceu os seguintes comentários à respeito do assunto:

> De fato, não obstante se reconheça a competência legalmente atribuída à Controladoria Geral da União para, na esfera federal, celebrar acordos de leniência, é fundamental que tais transações sejam encetadas em sintonia com as linhas investigativas do Ministério Público Federal, a fim de que possam ser extraídos os melhores resultados possíveis para as investigações em cada uma das searas - administrativa cível (improbidade administrativa) e criminal. E, ainda, é importante que se busque prevenir, ao máximo, colidência de atuações, o que, certamente, não atenderia ao interesse público.
>
> A atuação integrada entre os diversos órgãos de controle e persecução assegura maior eficiência ao Estado brasileiro, em sua tarefa de enfrentamento da corrupção. A contrario sensu, a formalização de eventuais acordos sem que sejam considerados o estágio da investigação a cargo do Ministério Público Federal e sua repercussão na esfera de responsabilização judicial podem comprometer a efetividade dos trabalhos desenvolvidos nesta última seara, como também a coerência no funcionamento do sistema, ante a adoção de medidas díspares, na esfera administrativa e na seara judicial.

> Por certo, esse não é o desejo de nenhuma das instâncias dedicadas ao combate à corrupção, nas suas diversas frentes de atuação. Daí a importância em que eventuais acordos de leniência a serem celebrados por meio da Controladoria-Geral da União levem em conta o posicionamento do Ministério Público Federal em relação ao seu objeto (BUGARIN, 2015).

Outro fator importante a se considerar, seria que essa participação do Ministério Público no acordo de leniência adotasse medida similar a de outras legislações de leniência anteriormente já citadas, as quais compactuam a possiblidade desse acordo inserir um beneficio criminal, afinal o responsável pela propositura da ação penal estaria presente na celebração dos termos do acordo.

A presente proposta tem não somente a idéia de cooperação entre os órgãos de combate à corrupção em seus microssistemas, como também a análise de que a maioria das empresas no Brasil são constituídas em caráter familiar, ou seja, os representantes ou até mesmo os funcionários são da mesma família, à exemplo do caso da operação Lava-Jato. Assim, benefícios administrativos, cíveis e criminais em um acordo seriam extremamente interessantes aos infratores (empresário e empresa) da norma legal, que estaria totalmente disposto a cooperar de forma integral com as investigações.

A garantia aqui defendida, da participação do órgão ministerial no acordo de leniência deve acompanhar o modelo de programa de leniência do CADE na Lei Antitruste e da Lei de Improbidade Administrativa, conforme as redações dos artigos já citados. Essa previsão determina a indicação de um promotor do Ministério Público para atuar no processamento do acordo, o que não deveria ser diferente na Lei Anticorrupção. O promotor contribuiria de forma significativa para que não houvesse inconformidades na celebração do acordo, avaliando as

competências institucionais dos dois órgãos. Assim, a segurança jurídica para as partes estaria mais uma vez fortalecida.

Essa atuação do promotor garantiria o princípio do promotor natural, o qual designa um membro da jurisdição especifica para atuar naquele caso em específico, observado as regras institucionais do Ministério Público. Para isso, requer o aviso prévio ao órgão ministral sobre a proposta do acordo de leniência, como também é sugerido na instauração do processo administrativo.

Para fins da garantia, impõem o fundamento da necessidade da homologação do acordo em juízo conforme o procedimento aplicado em casos de arquivamento de inquérito policial por homologação interna ou como nas delações premiadas por via judicial. Para que durante o processamento dessa homologação não reste ainda a insegurança jurídica, propõe que o setor competente do Ministério Público em determinar diretrizes institucionais estabeleça critérios que devem ser adotados para tal medida de homologação. (SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 242).

Posto isso, chega-se a conclusão de que a atuação conjunta da esfera administrativa e judiciária, principalmente no que diz respeito a investigação para apuração de ilícitos que causem prejuízos ao erário é necessária. Desta forma, a CGU e o Ministério Público deveriam trabalhar juntos, de forma cooperada, a fim de que o interesse público seja alcançado de uma maneira mais segura para as partes e que garantam a efetividade das investigações.

Para isso, invoca-se as atribuições constitucionais do Ministério Público para que a presente tese seja acolhida. Em reforço, há diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional para inserir a participação do Ministério Público

no acordo de leniência que aguardam apreciação para mudar essa situação fática-jurídica.

Assim, a intenção deste trabalho é inserir a participação do Ministério Público no acordo de leniência para que os objetivos do Poder Público sejam atingidos, garantindo segurança jurídica ao colaborador das investigações e de maneira que torne cada vez mais efetiva as atribuições dos órgãos de combate a corrupção no Brasil.

3.4 Caso prático – Operação Lava-Jato

É notória a informação de que a operação Lava-Jato realizada pelo força tarefa do Ministério Público, a Polícia Federal e outros órgãos de combate à corrupção, é a maior de todo o Brasil. O escândalo envolve uma boa quantidade de autoridades e empresários mundialmente conhecidos, como também a maior estatal do Brasil, a Petrobras.

As investigações giram em torno de inúmeros atos corruptos e de improbidades administrativas, o qual pessoas e empresas obtiveram centenas de vantagens ilícitas, sejam elas em valores econômicos, favorecimentos, participações em lucros entre outras. Um esquema de dimensão extraordinária, pois um dos principais representantes do país e, também presidentes de importantíssimos órgãos públicos foram investigados e responsabilizados devido aos comportamentos complacentes e contributivos com este cenário corrupto.

No que tange a relação desses fatos com a participação do Ministério Público no acordo de leniência, este, o órgão ministerial, foi o órgão responsável pelas investigações o qual estava a par de todos os atos ilegais e o prejuízo que as movimentações milionárias causaram aos cofres públicos. Assim, no andamento da

operação, alguns acordos de leniência foram celebrados pelo órgão ministerial com empresas infratoras, o que chegou até ser questionado pela CGU e posteriormente convalidado.

Referente a esses acordos conseguiu-se identificar algumas empresas participantes da leniência, com base no sítio[48] eletrônico que disponibiliza dados da operação e de busca nos veículos de informação, sendo elas: Grupo SOG, Camargo Côrrea, Lowe e FCB, Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia e Grupo Odebrecht.

Na celebração desses acordos, o Ministério Público Federal utilizou-se das seguintes fundamentações jurídicas: art. 129, I, CF (competência para ajuizar ação penal); art. 13 a 15 da Lei n° 9.807 (proteção aos colaboradores); art. 1º,§5º da Lei n° 9.613/98 (redução da pena em crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens em troca da colaboração); (possibilidade em realizar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC na disciplina de ação civil pública); art. 26 da Convenção de Palermo (cooperação na prevenção de crime organizado transnacional); art. 37 da Convenção de Mérida (cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei); arts. 4º e 8º (instituto da colaboração premiada); arts. 655 e 674, CPC de 1939 (Dissolução e liquidação das sociedades); arts. 267, inciso IV e 629, inciso V, antigo CPC (da extinção do processo); arts. 840 e 932, inciso III do CC; arts. 16 a 21 da Lei 12.846/2013 (acordo de leniência da LAC). (Simão, Valdir Moysés; Vianna, Marcelo Pontes, 2017, p. 160).

A justificativa que apoia esta celebração, além de toda competência e atribuição institucional aqui discutida, é a de que o Ministério Público possui diversas informações sigilosas e que dispõem de técnicas especializadas para

[48] Grandes casos. Operação Lava-Jato. Entenda o caso. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato. Acesso em 24 abr. 2019.

investigações, afinal essa é umas das suas maiores atribuições no poder judiciário e também em participações em outras searas. Em destaque, o órgão competente para celebrar o acordo segundo a Lei Anticorrupção é a CGU, porém, está dispõem de meios inerentes a processos administrativos, o que a limita em certas situações e proposições de acordo. Desta forma, a CGU não mantém o mesmo fluxo de provas e informações para melhor celebrar um acordo de leniência, o que restaria pela necessidade do apoio do Ministério Público.

Um fator já abordado em discussões anteriores é a situação a qual os transgressores (empresário e empresa) ficam em uma posição de optar por celebrar acordos com as autoridades competentes. Essa opção ficou restringida ao acordo de leniência com a CGU ou a colaboração premiada com o Ministério Público, o qual se passava a analisar qual seria a escolha mais benéfica. Para o administrador, sócio e até mesmo o empresário, o melhor seria a colaboração premiada, pois caso não o fizesse teria sua liberdade restringida pela sanção penal. A solução traga para esse entrave foi a da cooperação mútua entre os órgãos, CGU e Ministério Público, a fim de garantir um acordo eficaz e com bons resultados para o interesse público.

Por tudo já exposto, pode-se concluir que é possível essa participação do Ministério Público no acordo de leniência, tal que já aconteceu em tempos recentes em uma ocasião que demandava alta responsabilidade. À exemplo disso, a Lava-Jato consagrou essa incidência da cooperação entre os órgãos de combate à corrupção, em exclusivo, a CGU e o Ministério Público. Portanto, com a fundamentação da legislação apropriada e principalmente na Constituição Federal recomenda-se a insersão do *parquet* na celebração do acordo de leniência para atuar como fiscal da lei e colaborar sempre que possível na segurança jurídica e para estabelecer os melhores termos do acordo e alcançar o objeto central da leniência, que é encontrar

os demais infratores através da cooperação do colaborar e alcançar o interesse público.

CONCLUSÃO

A corrupção e a improbidade administrativa constituem uma série de atos ilegais que incomodam qualquer cidadão e, se não incomodam, deveriam. Devido à alta incidência desses crimes no cenário político e econômico, o país vem sofrendo seus reflexos no dia a dia do brasileiro e para diminuir essas práticas delituosas utiliza-se do ordenamento jurídico para punir os autores desses ilícitos.

Acontece que os autores dessas infrações costumam ser pessoas e empresas de alto poder econômico. Esses poderosos costumam compactuar com essas condutas desvirtuosas e assim contribuem para a proliferação da corrupção no seio da sociedade.

Discute-se se essa postura advém de um comportamento individual, egoísta e ganancioso ou se é apenas fruto de uma cultura do famoso "jeitinho brasileiro".

Esses infratores perduram nas práticas de "crimes de colarinho branco" e para combater a essas ações, implementou-se os mecanismos de combate à corrupção, pois só com a aplicação da lei em sentido estrito demanda muito tempo o que acarreta em custos e assim maiores prejuízos ao Poder Público.

Neste contexto, os principais mecanismos que vêm sendo utilizados são: o programa de leniência do CADE na Lei Antitruste; colaboração premiada da Lei de Organização Criminosa e o recente acordo de leniência implantado na Lei Anticorrupção. Ocorre que, os dois primeiros têm a participação do Ministério Público para apuração dos delitos e na possível transação cível ou penal com o

infrator, a fim de contribuir com as investigações. Todavia, na legislação do acordo de leniência não há essa contribuição entre o órgão responsável pela celebração do acordo, a Controladoria Geral da União – CGU, e o Ministério Público. Assim, ao analisar o texto legal da Lei Anticorrupção percebe-se algumas incongruências e principalmente a necessidade de inserir o órgão ministerial na celebração do acordo.

Com a aplicação da hermenêutica devida e legal sobre as legislações específicas e principalmente na própria Constituição Federal de 1988 as atribuições e funções institucionais do Ministério Público o permitem participar do acordo de leniência de maneira efetiva e ativa. Assim, o órgão ministerial atuaria como um verdadeiro fiscal da lei, garantindo a equidade da justiça e principalmente zelando pelo interesse público, a ordem econômica e preservando o estado democrático de direito.

A sua participação apenas teria a acrescentar ao acordo de leniência. Permitira garantir uma segurança jurídica para as partes celebrantes por meio da sua presença e da homologação do acordo; incentivaria a participação dos colaboradores, de uma forma que potencializaria as investigações de combate à corrupção em uma atuação mais conjunta; aumentaria as identificações dos transgressores de maneira que diminuiria os prejuízos causados à Administração Pública nacional ou estrangeira. Assim, só elevaria o nível de efetividade e resultado do acordo de leniência. À exemplo desse aglomerado de resultados, tem-se os acordos de leniência celebrados na operação Lava-Jato, a maior operação que envolve corrupção e improbidade administrativa. Os resultados desse acordo fizeram retornar aos cofres públicos valores significativos que haviam sido desviados e obtidos de maneira ilícita, sem contar na responsabilização de diversas empresas e pessoas envolvidas no escândalo.

Ressalta-se que, a participação do Ministério Público nada tem a prejudicar o acordo, muito pelo contrário, só irá trazer benefícios e explorar o poder conjunto dos órgãos de combate a corrupção. Essa atuação conjunta entre a Controladoria Geral da União e o Ministério Público não afetaria suas competências, ou seja, não haveria uma supressão de poderes e sim uma atuação conjunta em prol da defesa do Poder Público.

Além dessa participação, há discussões à respeito da possibilidade do Ministério Público celebrar o acordo de leniência, o que já ocorreu e veio a ser questionado por autoridades competentes pelo acordo referido no âmbito da Lei Anticorrupção. Esse entrave seria um objeto interessantíssimo a ser estudado.

Sobre a possiblidade de isenção do artigo 19, inciso IV da Lei Anticorrupção pela Controladoria Geral da União (CGU) em termos de acordo de leniência, fica aberto questionamento quanto a constitucionalidade de tal isenção. Visto que, apesar de Leis ordinárias (Lei de proteção ao consumidor) permitir, de forma extensiva, a propositura da ação civil pública pela CGU, fica a dúvida quanto a permissão da isenção, uma vez que o rol de legitimados para propor a ação civil é extensa. Neste condão, é necessário uma análise mais detalhada de tal possibilidade através de um controle de constitucionalidade da norma.

Não obstante, seria valiosa também, a análise de uma proposta em acordo em conjunto, ou seja, de um representante da esfera administrativa ou cível e criminal, o qual ambos estabelecerão termos de acordo com suas respectivas normas para que os envolvidos possam ter em um único acordo benefícios múltiplos. Desta forma, haveria menos confusão à respeito do instituto de *bis in idem,* que seria uma responsabilização dupla pela mesma conduta. Apesar disso não acontecer, conforme

a doutrina é um objeto plausível de estudo a fim de elucidar a incidência da norma, facilitando sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua investigação criminal: análise dos argumentos relacionados à investigação do Ministério Público. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS FILHO, Clovis de; PRAÇA, Sérgio. Corrupção: Parceria degenerativa. Campinas, SP: Papirus 7 Mares, 2015. Disponível em: http://uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788561773779/pages/71. Acesso em: 30 mar. 2018.

BENEVIDES FILHO, Maurício. A sanção premial no direito. Brasília: Brasília Jurídica. 1999.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Antonio Carlos Mendes Thame – PSDB/SP. Projeto de lei n° 8121/2014. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 19 nov. 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786877. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Lei complementar n° 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 6 de abr. 2018.

BRASIL. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade de 5508/DF. Interpretação conforme a constituição na realização de acordos de colaboração premiada pela polícia judiciária com base na discussão já estabelecida

em plenário do stf no julgamento INICIADO EM 13.12.2017. Brasília. Raquel Elias Ferreira Dodge. Procuradora-Geral da República. 19 jun 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/memorial-colaboracao-premiada. Acessado em: 20 de mar. 2019.

BRASIL. Resolução nº 90, de 14 de setembro de 2009. Dispõe sobre as atribuições e distribuição de processos nas Promotorias de Justiça e dá outras providências. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/conselho_superior/resolucoes_vigor/Res_090_Conselho_Superior_MPDFT.pdf. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal, RJ. Obras completas de Rui Barbosa. V. 41, t. 3, 1914, p. 86.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. STF reconhece imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade. Quarta-feira, 08 ago. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386249. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Julgamento de recurso extraordinário n° 852475 (SP). Direito constitucional. direito administrativo. ressarcimento ao erário.imprescritibilidade. sentido e alcance do art. 37, § 5 º, da constituição. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 08 ago. 2018. Publicado em: 25 mar. 2019). Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SAO+IMPRESCRITIVEIS+AS+ACOES+DE+RESSARCIMENTO+AO+ERARIO+FUNDADAS+NA+PRATICA+DE+ATO+DOLOSO+TIPIFICADO+NA+LEI+DE+IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8j7h3jz. Acesso em: 21 abr. 2019.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Memorando de entendimento n° 1/2016. 02 de dezembro de 2014. disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-

entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf acessado em: 20 de mar. 2019.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/13. *Revista do CNMP*, Brasília, n. 4, p. 11-43, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Parecer de nº 84.233/2016-AsJConst/SAJ/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5466/DF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5466&processo=5466 e http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309298797&ext=.pdf. Acessado em: 05 nov. 2018.

CGU. Controladoria Geral da União. Lei anticorrupção. CGU e AGU assinam acordo de leniência de R$ 1,49 bilhão com a Andrade Gutierrez. 08 abr. 2019. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-de-r-1-49-bilhao-com-a-andrade-gutierrez. Aceso em: 24 abr. 2019.

CGU. Controladoria Geral da União. O acordo de leniência. 2018. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em 23 abr. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção. 09 fev. 2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a-administracao-publica-e-corrupcao. Acesso em: 4 ago. 2018.

COLEMAN, James William. A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco/ Barueri, SP: Manole, 2005.

CONJUR. Proposta coletiva da sociedade civil. Contribuição para relatoria da medida provisória n°703, de 2015, do projeto de lei n° 3.636, de 2015, e de outras propostas no congresso nacional. Brasília. 27 abr. 2016. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/dl/proposta-coletiva-sociedade-civil.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019.

RIBEIRO COSTA, Daniel Ribeiro. A lei anticorrupção e a atuação do Ministério Público. a atuação do Ministério Público no âmbito da Lei n. 12.846/2013. 29 ago. 2017. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1331/A%20lei%20anticorrup%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 fev. 2019.

COSTA, Humberto Pimentel da. Corrupção e improbidade administrativa: Revista do Ministério Público – Alagoas, n. 15, jan./jun. 2005. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15970-15971-1-PB.pdf. Acesso em: 05 out. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FONTES, Maria Cecília Gonçalves. Compromisso de ajustamento de conduta. Revista Jurídica da UniFil, ano 4, n. 4, 2007.

GABAN, Eduardo Molan. Acordos de leniência no Brasil. *In:* FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Direito empresarial: questões contemporâneas em coletânea. São Paulo: Singular, 2007.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação. Salvador – BA: Juspodvm, 2015. P. 211.

GONSALVES, Fernanda. Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. Curitiba. 2016. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46392/126.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 nov. 2018.

LEITE, Celso Barroso (coord.). Sociologia da corrupção. 1987, p. 17.

LUZ, Walter Mario Gois da. Afinal qual a diferença entre improbidade administrativa, crime e corrupção na administração pública, se são primas

carnais ?. Blog do Vavá da Luz. Brasília. 11 jul. 2017. Disponível em: https://blogdovavadaluz.com/destaque/afinal-qual-diferenca-entre-improbidade-administrativa-crime-e-corrupcao-se-sao-primas-carnais. Acessado em: 10 out. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Mtiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./out., 2011. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

MARRARA, Thiago. Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015 São Paulo: Atlas, 2015. Language: Portuguese, Base de dados: Minha Biblioteca.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Marcella Sanguinetti Soaress. A delação premiada com o advento na Lei 9.807/99. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11229&r Acesso em: 7 jul. 2015.

MESQUITA NETO, Armando. Descompasso temporal e técnico entre leniência e colaboração premiada. 6 de set. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-06/armando-neto-descompasso-entre-leniencia-colaboracao-premiada. Acessao em: 05 nov. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MONTESQUIEU, 1748, O Espirito das Leis.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. Revista Eletrônica sobre a

República do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-DIOGO-DE-FIGUEIREDO-MOREIRA-NETO.PDF. Acesso em: 24 out. 2018.

TORREY, Daniel. Lei Americana, FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial. Revista Consultor Jurídico. 11 abr. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional. Acesso em: 05 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8. ed. São Paulo (SP). Editora Forense, 2014. Vol. 2

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Chritiane. A administração consensual como a nova fase da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009.

ONOFRE, Renato; CARVALHO, Cleide. De 52 ações de delação premiada, apenas 13 foram feitas com réus presos. O GLOBO. Rio de Janeiro. 30 mai. 2016. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/de-52-acoes-de-delacao-premiada-apenas-13-foram-feitas-com-reus-presos-19394364. Acesso em: 23 abr. 2019.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLÍCIA FEDERAL. Operação Lava-Jato números. 2017. Disponível em: http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato. Acesso em: 23 abr. 2019.

POZZO, Antonio Augusto Araldo Ferraz Dal e outros. Lei Anticorrupção: Apontamentos sobre a Lei n. 12.846/13. 2. ed. 2015. p. 133.

SCHNEIDER, Alexandre. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção e a intervenção do Ministério Público. jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58307/acordo-de-leniencia-na-lei-anticorrupcao-e-a-intervencao-do-ministerio-publico. Acesso em: 21 abr. 2019.

SCHWANKA, Cristiane. Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos. Curitiba. 02 de abril 2009. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Cristiane-Schwanka.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? R-IBRAC, v. 8, p. 133, 2001.

TEIXEIRA, Matheus. Com UTC Engenharia, governo federal firma primeiro acordo de leniência. Revista Consultor Jurídico. 10 de jul. 2017, 19h44. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/utc-governo-federal-firma-primeiro-acordo-leniencia. Acesso em: 28 mar. 2019.

VARALDO, Gabriel. O acordo de leniência da Lei n° 12.846/2013. Introdução e considerações preliminares, 2015. Disponível em: www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-01092016-120007/publico/12.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

VASCONCELOS, Clever. Ministério Público na Constituição Federal: doutrina e jurisprudência : comentários aos artigos 127 a 130-A da Consituição Federal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

8.

Ciências
Criminais

RESPONSABILIZAÇÃO DO PSICOPATA HOMICIDA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

Renata Mendes da Silva

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo principal analisar as sanções adotadas para punir o psicopata homicida. A questão da punibilidade do psicopata é um tema muito presente na realidade atual do Brasil, sendo suscetível de desentendimento entre a doutrina e a jurisprudência. Além disso, as medidas sancionatórias aplicadas no Brasil são alvo de polêmica em razão da sua pouca eficácia. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do nosso ordenamento jurídico, assim como outros princípios e direitos básicos elencados no artigo 5° da Constituição Federal acabam por tornar vulnerável a ideia de individualização da pena para os psicopatas, que são submetidos a apenas algumas medidas punitivas que, dependendo da gravidade do caso, são ineficazes. Esta pesquisa utilizou o método descritivo e tratou da conceituação da psicopatia, importância da psicologia forense, aplicação da pena; inimputabilidade, imputabilidade e semi-imputabilidade à luz do Código Penal Brasileiro. Além disso, foram expostos casos reais e foi analisado como outros países estão lidando com esses indivíduos. Nesse sentido, é analisado a eficácia das sanções impostas ao psicopata, a fim de prevenir a prática de crimes futuros.

Palavras-chave: Psicopatia. Aplicação da pena. Individualização da pena. Direito comparado. Punibilidade

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca compreender a efetividade das sanções impostas aos psicopatas homicidas. É perceptível o crescimento da criminalidade no Brasil e no mundo, sendo comum o emprego da crueldade por determinados agentes infratores.

Diariamente, a sociedade se defronta com indivíduos frios, que não manifestam remorso ou arrependimento. Por vezes, a crueldade dos seus atos é imensurável.

O objetivo desta pesquisa é mostrar os efeitos jurídicos-penais da conduta dos portadores de psicopatia que cometem crimes que provocam comoção social. Nesse contexto, serão demonstrados os desafios que o Judiciário enfrenta devido à falta de previsão legal específica para essas condutas. A questão da individualização da pena vem gerando grandes discussões entre a Psiquiatria e os juristas, além disso, toda a sociedade se vê envolvida, já que a cada dia crescem os crimes cometidos por portadores de psicopatia no Brasil.

A escolha do tema é motivada pelo interesse pela aplicação das sanções no Direito Penal e, também, pelo desejo de aprofundar o estudo sobre esse assunto, que relaciona duas ciências tão importantes para o convívio em sociedade.

Destacamos que a proteção da sociedade em face de um assassino psicopata deve ser executada da melhor forma possível, à luz do Direito Penal. Contudo, percebe-se a ineficácia da legislação penal brasileira no que tange a sua aplicação ao portador de psicopatia, visto que estes são considerados semi-imputáveis e há casos em que os agentes, por não possuírem atestado de sanidade mental ou por não terem sido declarados com o transtorno, cumprem pena em cadeia comum, junto com os demais presos. Isso nos leva a percepção de que existe uma falha no sistema.

Por tais questionamentos, esta pesquisa sugere a individualização da pena com uma previsão específica para esses tipos de crimes, praticados por psicopatas. Para que haja a efetividade dessa previsão no ordenamento jurídico, faz-se necessário um trabalho conjunto com a Psiquiatria e a Psicologia, através de profissionais especializados nesse transtorno.

Como não existe prisão perpétua no Brasil, sugere-se ainda a elaboração de um projeto de lei específico para esses tipos de crimes, o que seria benéfico para a sociedade e para o portador desse transtorno, que teria auxílio para obter o controle das suas ações. Nesse aspecto, devem ser observadas as normas e princípios constitucionais, como a presunção de inocência, haja vista que não se pode pressupor que um condenado portador de psicopatia vá cometer outro crime, ainda que isso geralmente aconteça.

Diante do exposto, a pesquisa tem por finalidade defender o entendimento de que deve existir uma legislação específica que trate da punição dos crimes cometidos por portadores do transtorno de psicopatia. Isso porque existem estudos que demonstram que os psicopatas que cometem crimes têm consciência dos seus atos, mas ignoram as normas, sendo assim, a questão não deve ser analisada apenas do ponto de vista do transtorno mental. Dessa maneira, esses indivíduos não devem ser tratados apenas com internação, mas receber acompanhamento psicológico durante e após o cumprimento da pena com a finalidade de prevenir crimes futuros, já que a psicopatia não tem cura.

No primeiro momento da pesquisa, será apresentado o conceito de psicopatia e a importante contribuição da psicologia forense para a instrução criminal.

No segundo momento, serão analisadas as consequências penais dos crimes cometidos por psicopatas; bem como os institutos da culpabilidade, imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade. Além disso, serão abordadas as medidas de segurança.

Por fim, na última parte deste trabalho será realizado um estudo das sanções aplicadas aos psicopatas homicidas sob a ótica do direito comparado e apresentados

casos concretos de crimes cometidos por psicopatas tanto no Brasil como no exterior.

1 CONCEITUAÇÃO DA PSICOPATIA

O conceito de psicopatia tem se mostrado confuso e pouco determinado, pois sofreu modificações ao longo dos anos. Assim, ele deve ser compreendido à luz dos avanços científicos e do aprofundamento de diversas teorias e estudos que visam esclarecer o significado de psicopatia.

Os portadores de psicopatia podem ser encontrados em todos os meios sociais e profissionais. Diferentemente do que se possa supor, os atos praticados pelos portadores de psicopatia não surgem de uma mente adoecida, mas da capacidade de desenvolver regras próprias. Deve-se esclarecer que nem todo psicopata é homicida, existem portadores do transtorno que vão expressar essa capacidade de distorcer as regras comuns de outro modo, não necessariamente cometendo crimes.

1.1 Psicopatia é uma doença mental?

O termo "psicopatia" pode ser interpretado como ausência de sanidade mental, visto que essa palavra vem do grego "psyche" e "pathos", que significam, respectivamente, "mente" e "doença". Entretanto, para a psiquiatria, o psicopata não é enquadrado como doente mental, pois não apresentam nenhum tipo de desorientação mental, como alucinações e delírios (SILVA, 2014, p. 37).

Relata Ana Beatriz Silva:

> O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, no entanto, em termos

> médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão tradicional de doenças mentais. Os Psicopatas em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas o benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. (SILVA, 2014, p. 38)

O psicopata possui um transtorno de personalidade que faz com que ele não assimile qualquer norma imposta. Na medida do necessário, esse indivíduo manifesta comportamento adequado, cativante e agradável, com o intuito apenas de manipular as pessoas para alcançar algo que para ele é desejável.

A marca deste indivíduo é a falta de sentimentos, ausência de ética e moral. Isso o torna frio, pois não demonstra arrependimento ou culpa, e quando o faz, é de forma estratégica, visando outro benefício. Desse modo, um indivíduo com falhas emocionais é propício a atividades delituosas ou, até mesmo, à prática de crimes cruéis, como é o caso do psicopata homicida, objeto do nosso estudo.

Para o psicólogo Robert Hare, esses indivíduos têm total consciência de seus atos, sabem e gostam de infringir regras.

> O padrão da personalidade do psicopata como um todo o distingue do criminoso comum. Sua agressividade é mais intensa, sua impulsividade é mais pronunciada, suas reações emocionais são mais "rasas". Entretanto, a ausência de sentimento de culpa é a principal característica distintiva. O criminoso comum tem um conjunto de valores internalizado, embora distorcido; quando viola esses padrões, ele sente culpa. (HARE, 2013, p. 71)

Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão que o indivíduo portador psicopatia, de uma forma geral, não tem a compreensão de lei, por isso vive segundo suas próprias regras fantasiosas. Ele não possui valores e se enxerga superior às normas, isso o leva a ilusão de um mundo paralelo ao real. Por não ter medo de nada e de ninguém, foge a todos os padrões. Deve-se destacar que, para conviver em

sociedade, é necessário seguir determinadas regras, ter responsabilidade ética e uma base moral, por isso é difícil a inserção do psicopata no meio social.

1.2 Diferença entre psicopata e *Serial Killer*

O psicopata é um indivíduo desprovido de qualquer tipo de sentimento, totalmente individualista quanto aos seus objetivos, que não sente remorso ou compaixão. Ainda assim, é penalmente imputável, pois esse transtorno de personalidade não afeta a capacidade de discernimento entre o certo e o errado.

Indivíduos que possuem psicopatia podem ou não ser infratores. Quanto se tornam infratores, podem cometer diversos crimes, não apenas o homicídio. Dessa maneira, há diversos níveis de transgressão, que vão desde condutas que não necessariamente violam normas positivadas, contravenções de pequeno potencial ofensivo a crimes cruéis e violentos.

O transtorno de personalidade denominado de psicopatia somente é caracterizado quando há a indiferença afetiva e outros parâmetros clínicos que afiram a configuração deste quadro. A taxa estatística da psicopatia seria de "1% em mulheres e 3% em homens" (SILVA, 2014, p. 54). Já em escala global, esse transtorno atinge aproximadamente uma taxa "entre 10% e 15% [...] Entre americanos adultos, 38 milhões apresentam pelo menos um tipo de transtorno de personalidade, o que corresponde a 14,79% da população" (MORANA *et al*., 2009, p. 75).

Por sua vez, o *serial killer* é um indivíduo que comete uma série de homicídios, o que corresponderia a criminosos que matam três ou mais pessoas, com um intervalo entre os crimes que pode variar de meses a anos. Nesse contexto, procuram assassinar vítimas com o mesmo perfil (ex: prostitutas, crianças, negros, homossexuais, dentre outros) e mesma faixa etária. As vítimas são escolhidas de

forma aleatória dentro do mesmo perfil e mortas sem motivação aparente. Geralmente, matam da mesma maneira, como se fosse uma espécie de marca — a vítima é objeto da fantasia do *serial killer* (CASOY *el al.,* 2004).

Esses indivíduos apresentam grandes possibilidades de caracterização como psicopatas: "[...] um estudo conduzido por Stone, 86,5 % dos *serial killers* preenchiam os critérios de Hare para a psicopatia, sendo um adicional de 9% exibiu apenas alguns traços psicopáticos, mas não o suficiente para alcançar o nível de um psicopata" (MORANA *et al.*, 2009, p. 78).

1.3 Sinais da psicopatia

No ano de 1991, o psicólogo Robert Hare, ao realizar grandes pesquisas, resolveu elaborar uma escala que demonstrasse as características de um psicopata, que ficou conhecida mundialmente como escala Hare ou PCL-R. Essa escala é utilizada por alguns países para o diagnóstico da psicopatia, existem doutrinadores como Trindade (2010, p. 169) que, inclusive, afirmam que atualmente este é o método mais confiável para identificar o transtorno. Entretanto, cabe ressaltar que mesmo que o agente demonstre os sintomas expostos a seguir, somente um profissional capacitado será capaz de determinar se essa pessoa é ou não um psicopata.

Com base na escala Hare, serão expostos os principais sinais que um portador de psicopatia apresenta na sua rotina diária:

1.3.1 Má conduta na infância

As crianças devem ser observadas com bastante atenção pela família, pois problemas comportamentais na infância são um sinal de alerta. O psicopata apresenta alguns traços de sua conduta logo na infância, seja através de mentiras contadas ou delitos de natureza mais grave, como furtar um brinquedo no mercado.

> É importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e assim permanecem durante toda a sua existência. Os psicopatas apresentam, em sua história de vida, alterações comportamentais sérias desde a mais tenra infância até os seus últimos dias, revelando que, antes de tudo, a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo. (SILVA, 2014, p. 91)

É importante saber diferenciar o que é culturalmente normal ou apropriado do que é, de certo modo, anormal ou inapropriado para o comportamento infantil. Embora maltratar ou agir com violência contra um animal não seja um fator preponderante para a configuração de um transtorno de personalidade, trata-se de um transtorno de conduta, que se não for tratado adequadamente trará reflexos na vida adulta.

> Nesses casos, o que pode existir é o transtorno de conduta – um padrão repetitivo e persistente de comportamento que viola regras sociais importantes em sua idade, ou os direitos básicos alheios [...]. E esse transtorno revela um forte risco de caminhar, no futuro, para o transtorno da personalidade antissocial – ou a psicopatia. Enquanto não se pode dizer que toda criança com transtorno de conduta será psicopata, certamente todo psicopata sofria desse transtorno quando era menor. (SGARIONI, 2009)

Cabe ressaltar que o psicopata só pode ter um diagnóstico formado aos 18 anos, nenhum menor pode ser apontado com o transtorno, mesmo que apresente traços de crueldade. A Associação Americana de Psiquiatria – APA afirma que a personalidade de um menor de idade ainda não está formada para ser submetida a determinado diagnóstico (SGARIONI, 2009). Todavia, no que tange à prevenção, é

necessário ser observada a conduta da criança, para evitar uma possível conduta voltada para o crime na sua vida adulta.

1.3.2 Reações desproporcionais

Os portadores do transtorno de psicopatia têm reações desproporcionais em diversos tipos de situações. Ao mesmo tempo em que está nervoso, está calmo como se nada tivesse acontecido. Não possuem controle sob suas emoções, ofendem-se com bastante facilidade e demonstram violência por motivos irrelevantes. "Quando um psicopata apresenta uma explosão de fúria, chegamos a pensar que teve um ataque súbito de loucura. Mas não se iluda: ele sabe exatamente o que está fazendo" (SILVA, 2014, p. 86). Muitas vezes, eles descrevem seus ataques repentinos como consequência de uma situação a qual estavam expostos.

> Outras características do psicopata costumam ser a brutalidade e a manifestação agressiva, que pode ser comparada a uma explosão, a um curto-circuito, e a frieza aparente como se o sujeito estivesse desprovido de emoção e se relacionasse com o objeto através da sua incorporação ou da sua destruição: "se não posso obtê-lo, vou destruí-lo". (TRINDADE, 2010, p. 166)

Toda e qualquer atitude que venha de um psicopata é questionável, pois suas reações são calculadas conforme o que ele pretende transparecer, assim, ele não perde o controle da situação. Por isso, psicopatas não aceitam que digam que seu temperamento é descontrolado, afinal, eles sabem exatamente o que estão fazendo e qual a finalidade de determinado comportamento.

1.3.3 Sentimentos superficiais

Ainda não é confirmada a causa do transtorno de psicopatia, entretanto, o cérebro de um psicopata apresenta uma falha quando se trata da parte emocional, prevalecendo a racionalização das coisas. "Eles são incapazes de sentir certos tipos de sentimentos, como o amor, a compaixão e o respeito pelo outro" (SILVA, 2014, p. 80).

Contudo, para se sobressaírem em alguma situação, os psicopatas realizam encenações nas quais demonstram determinados afetos. Por se tratar de mera atuação, às vezes não conseguem de fato transparecer aquilo que pretendiam, pois, de certo modo, nunca vivenciaram aquela sensação para demonstrá-la com veracidade.

> Os resultados desse estudo demonstraram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral. Em contrapartida, revelaram aumento de atividade nas regiões responsáveis pela cognição (capacidade de raciocinar). (SILVA, 2014, p. 81)

A limitação emocional cria uma confusão na mente do psicopata. Psiquiatras relatam que essa confusão é tão aparente que chegam a fazer confusão entre o sentimento de amor e a mera excitação sexual, entre a tristeza e a frustração. Assim, aquele que se envolver com um psicopata sairá prejudicado, já que ele não sente medo, não se preocupa com a perda ou com outros sentimentos que causam grande impacto na vida de uma pessoa. Para o psicopata, sentimentos e emoções só existem nas palavras, não são aplicáveis à realidade.

> Os laços sentimentais habituais entre familiares não existem nos psicopatas. Além disso, eles têm grande dificuldade para entender os sentimentos dos outros mas, havendo interesse próprio, podem dissimular esses sentimentos socialmente desejáveis. Na realidade são pessoas extremamente frias, do ponto de vista emocional. (BALLONE; MOURA, 2008)

Eles conseguem se relacionar socialmente, mas sempre vendo o outro como um objeto, têm as pessoas como um caminho estratégico para alcançar algo que desejam. Quando obtém aquilo que desejavam, descartam as pessoas com facilidade, já que não possuem senso crítico ou noção ética.

1.3.4 Artifício

Nem todo portador do transtorno será simpático ou encantador, entretanto, em grande maioria, eles possuem a habilidade de impressionar com uma boa conversa, sabem manipular suas vítimas até conseguirem o que desejam. "Os psicopatas costumam ser espirituosos e muito bem articulados, com uma conversa divertida e agradável. Geralmente contam histórias inusitadas, mas convincentes em diversos aspectos, nas quais eles são sempre os mocinhos." (SILVA, 2014, p. 69).

Na busca por agradar suas vítimas, muitas vezes os psicopatas desenvolvem a habilidade de dizer exatamente aquilo que elas desejam ouvir. Eles podem demonstrar, por exemplo, os mesmos gostos musicais ou abordar assuntos de interesse acadêmico, com a finalidade de envolvê-las de forma agradável, sem transparecer nenhum tipo de insegurança.

No momento em que a verdade vem à tona, eles não demonstram constrangimento pelas mentiras contadas e tentam encontrar uma forma de continuar a manipulação, alterando ou justificando o assunto sem admitir seus erros.

> Ao se apresentar, costumam ser muito afetivos e, com frequência, mostram-se agradáveis e atraentes. Para alguns, porém, eles parecem pretensiosos e lisonjeiros demais, claramente falsos e superficiais. Observadores astutos costumam ter a impressão de que os psicopatas estão desempenhando um papel, "repetindo suas falas" mecanicamente. (HARE, 2013, p. 50)

O portador desse transtorno tem grande necessidade de viver no mundo que ele próprio criou, onde ele dita as regras. Dificilmente ele revela sua verdadeira identidade, já que está em constante atuação com a finalidade de agradar suas vítimas. Por esse motivo, é muito importante a ajuda de um profissional especializado para identificar os portadores de psicopatia.

1.3.5 Irresponsabilidade

Os psicopatas não assumem a responsabilidade pelos erros cometidos corriqueiramente, mas colocam-na em outra pessoa, pois acreditam que não podem errar. Cabe ressaltar que, não havendo sucesso no convencimento de que estão certos, eles apresentam desculpas vazias, apenas para abrandar a situação, porque na realidade são incapazes de sentir remorso.

> Sua defesa é: colocam sistematicamente a culpa de seus erros nos outros. Por isso, não conseguem aprender com a experiência e constroem uma vida pobre porque repetem os mesmos comportamentos, uma vez que nada há a consertar ou aprimorar. (TRINDADE, 2010, p. 176)

Ademais, o psicopata não se vê preso às situações, para ele tudo é transitório. Verifica-se isso nos numerosos relacionamentos afetivos de curto prazo e na dificuldade em permanecer em um emprego ou em algo que seja imposto como uma obrigação.

1.3.6 Autossuficiente

A grande marca do portador de psicopatia é sentir-se a pessoa mais importante do mundo. Com base nessa visão de si mesmo, eles constroem suas próprias regras sobre como o mundo deve funcionar, logo, as regras básicas que

norteiam sua família, seus grupos sociais, seu país e tantas outras não terão relevância se ele não acreditar que elas são aplicáveis a ele.

> Os psicopatas têm uma visão narcisista e exageradamente vaidosa de seu próprio valor e importância, um egocentrismo realmente espantoso, acreditam que têm direito a tudo e consideram-se o centro do universo, seres superiores que têm todo o direito de viver de acordo com suas próprias regras. "Não é que eu não cumpro as leis", disse um dos sujeitos de nossa pesquisa. "Eu sigo as minhas próprias leis. Nunca violo minhas próprias leis". (HARE, 2013, p. 53)

Os agentes com psicopatia não possuem empatia pelos grupos que convivem, por isso, se tiverem que passar por cima do direito de alguém visando seu próprio benefício, assim eles farão. "Embora saibam que estão violando os direitos básicos dos outros, por escolha, reconhecem somente as suas próprias regras e leis" (SILVA, 2014, p. 71).

1.3.7 Impulsividade

A impulsividade de um psicopata pode se manifestar de diversas maneiras. Embora sejam pessoas extremamente racionais, não perdem tempo pensando nos prós e contras das suas decisões. Tudo se resume ao dia de hoje, pois existe o imediatismo em satisfazer seus desejos. Sem preocupação com o futuro, "são imediatistas e presenteístas" (TRINDADE, 2010, p. 166), não possuem limites quando querem algo ou, até mesmo, alguém. O que de fato importa é conseguir naquele momento: "A impulsividade apresentada pelos psicopatas visa sempre alcançar prazer, satisfação ou alívio imediato em determinada situação, sem nenhum vestígio de culpa ou arrependimento". (SILVA, 2014, p. 84)

Agir de modo impulsivo traz grandes consequências, por exemplo, quando um portador de transtorno de psicopatia gasta todo o seu dinheiro em um impulso e necessita de determinada quantia para satisfazer outro desejo. Dessa maneira, se não encontrar o dinheiro, ele se sentirá frustrado e poderá chegar a cometer assaltos para conseguir a qualquer custo o que deseja.

1.4 Importância da Psicologia Forense

A Psicologia Forense ou Jurídica é uma área da Psicologia que tem a finalidade de cuidar dos temas ligados ao sistema judiciário ou às práticas jurídicas. Essa especialização surge da necessidade do Direito em saber como funciona o comportamento humano, para em determinados casos, com o auxílio da Psicologia, melhor interpretar o fato ocorrido e a lei cabível.

> A palavra forense é originada da palavra latina forensis que significa "do fórum" e era usada para descrever um local na Roma Antiga. O Fórum era o local onde os cidadãos resolviam disputas, algo parecido com o nosso tribunal dos dias modernos. A partir desse contexto, evoluiu o significado da psicologia forense. O papel do psicólogo forense é na verdade muito simples e direto: os psicólogos forenses auxiliam o sistema legal. (AMBIEL, 2006).

Essa especialidade da Psicologia vem para estudar o comportamento criminal do ser humano e, através do diagnóstico da periculosidade, separar os criminosos considerados comuns daqueles que possuem o transtorno de psicopatia (AMBIEL, 2006).

Ao concluir a avaliação de psicopata, esse profissional irá recomendar como se deve lidar com o agente, porém, em hipótese alguma determinará como será aplicada a lei no caso concreto. Somente ao juiz cabe realizar esse procedimento. O

psicólogo está presente no caso apenas para levantar a avaliação psicológica do indivíduo, por isso é considerado um auxiliar da justiça.

Ao atuar na área jurídica, esse profissional pode desempenhar atividades que colaboram com a prevenção da violência, por exemplo, no planejamento de políticas públicas de cidadania (FRANÇA, 2004).

Através da avaliação deste profissional, são esclarecidas as razões que levaram o psicopata a cometer determinado crime, pois a abordagem do psicólogo é diferente da do Poder Judiciário. Tratando-se de alguém portador do transtorno, se faz necessária a atuação desse profissional, que irá contribuir e influenciar a decisão do juiz durante a condenação do psicopata homicida. Sua avaliação vai muito além do comportamento humano, "seu objeto de estudo deve ser as consequências das ações jurídicas sobre o indivíduo" (FRANÇA, 2004). Seu auxílio será realizado através de consultas individuais com o agente acusado, observação clínica, testes psicológicos, dentre outros meios. O psicólogo forense poderá participar das audiências, quando convocado, para esclarecer sua avaliação psicopata (HUSS, 2011).

Para uma avaliação mais precisa de um agente que comete um crime bárbaro, é de extrema relevância o auxílio da Psicologia Forense. Nesse cenário, ela procura auxiliar todo o processo criminal, prestando avaliação e assistência psicológica aos envolvidos nesses processos. Busca-se a adaptação do indivíduo a sua condenação, através do encaminhamento para tratamento especializado, ou seja, terapias com psicólogos ou até mesmo tratamento psiquiátrico, quando necessário. Assim, o embasamento profissional auxilia a efetivação da sentença do réu psicopata (HUSS, 2011).

2 APLICAÇÃO DA PENA

Toda sanção imposta em face de um indivíduo deve ser justa e em conformidade com a conduta praticada, isto é, devem ser analisadas a gravidade do fato, o objeto e o grau de culpabilidade do autor. A pena tem caráter preventivo, é uma forma que o Estado encontrou de mostrar para a sociedade que determinada conduta está errada, assim, sua finalidade é que coibir a reincidência (GOMES, 2012).

Segundo a doutrina penalista brasileira, aos portadores de psicopatia podem ser aplicadas uma medida de segurança ou uma pena atenuada, em virtude da sua semi-imputabilidade, pois alguns autores defendem que o agente portador desse transtorno possui capacidade reduzida (CUNHA, 2013, p. 263). Na concepção médica, o psicopata não é um doente mental, visto que possui uma alteração de personalidade e, portanto, compreende todos os atos que executa e está habilitado a responder por eles.

Nos tópicos a seguir, analisaremos essas duas possibilidades e a viabilidade de uma terceira intervenção, a partir da transdisciplinaridade de várias ciências: a jurídica, a médica e a psicologia forense.

O artigo 59 do Código Penal faz menção a observação do juiz ao critério da personalidade do agente, cabe mencionar que esta não é uma tarefa fácil, já que o desafia a trabalhar em conjunto com as áreas da Psicologia e Psiquiatria. Nesse sentido, é de grande importância o trabalho em equipe do juiz com profissionais especializados na mente humana (CARVALHO, 2004, p. 53-54).

Para Rogério Greco:

> Em razão da redação contida do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Isso porque a parte final

> do caput do art.59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção (GRECO, 2011).

Portanto, a lei demonstra que a finalidade da sanção imposta é a readaptação do infrator na sociedade, sendo que a punição existe para prevenir que ele volte a delinquir.

Porém, quando se trata de pessoas com psicopatia, a punição em forma de encarceramento não produz efeito, haja vista que o psicopata não apresenta sentimento de culpa ou remorso, logo, não tem aquilo como uma forma de aprendizado. Ao sair do presídio, a grande maioria volta a cometer delitos, às vezes piores do que os anteriores (GOMES, 2006).

As sanções são necessárias, mas é preciso que o psicopata permaneça isolado dos indivíduos que não possuem o transtorno, para que elas sejam mais eficazes (BECCARIA, 2011, p. 56).

Ainda que o psicopata ficasse por tempo indeterminado na cadeia, isso não bastaria, pois ele é incapaz de sentir arrependimento ou remorso por seus atos. Embora a mente do psicopata seja incapaz de compreender que a prisão tem a finalidade de "reeducar" os criminosos, ele pode aprender a evitar os erros que o levaram à prisão e ser mais cauteloso no próximo crime.

De forma geral, o agente psicopata, ao cometer crimes, tem duas possibilidades no sistema penal brasileiro: pode ser condenado como imputável, quando tem plena consciência do ato praticado; ou semi-imputável, quando não possui controle de suas ações.

Quando é considerado semi-imputável, o juiz tem o poder de reduzir de um a dois terços sua pena ou até mesmo encaminhá-lo para um hospital de custódia, caso ateste que o descontrole do agente pode ser tratado.

Quando descartada a semi-imputabilidade, resta decretá-lo como imputável, o que também traz grandes problemas para o sistema. Uma vez que existe a possibilidade de redução da pena por bom comportamento, o psicopata mostra-se um preso modelo. Na realidade, seu bom comportamento não é motivado por aprendizado ou arrependimento, mas por outras espécies de benefícios, como sair logo do presídio. A sua habilidade de manipulação poderia, por exemplo, servir-lhe para tirar vantagens do sistema carcerário, como para organizar rebeliões, prejudicando, assim, os presos comuns.

> [...] tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais. Hoje, a melhor opção no Brasil é o confinamento na cadeia, com limites precisos, não exposição de outros doentes a seus comportamentos e proteção da sociedade contra novos atos violentos. (BINS; TARBODA, 2016, p. 14)

Os portadores do transtorno de psicopatia podem se adequar aos limites impostos em uma cadeia comum, uma vez que sabem que podem sofrer punições mais severas, mas essa atitude de seguir às normas só é realizada quando visam algo em troca, no caso, a liberdade. Assim, encenam um bom comportamento no intuito de não terem descobertos seu poder de manipulação e capacidade de raciocínio

O psicopata age integralmente pela razão, e não pela emoção, assim, facilmente atingem o final desejado na prisão.

Assim, observamos que a pena privativa de liberdade apresenta-se adequada apenas para possibilitar a localização do indivíduo psicopata, contudo, é ineficaz no sentido de mudar sua conduta. Atualmente, os agentes psicopatas têm elevados índices de reincidência, sendo o dobro dos casos, e quando o crime envolve grande violência "a reincidência cresce para três vezes mais" (SILVA, 2014, p. 152). Dessa maneira, o real sentido do encarceramento desse indivíduo não é a sua punição, as a sua neutralização, uma vez que o psicopata não aprende com punições.

> De igual modo, medidas puramente punitivas e dissuasórias têm mostrado pouco efeito sobre a reincidência e, às vezes, resultado até mesmo negativo [...] A questão que sobressai novamente é que psicopatas não se intimidam com a severidade do castigo e nem aprendem com a experiência. (TRINDADE, 2010, p. 172)

Por fim, diante das características do psicopata, as sanções devem atender sua particularidade e serem reavaliadas na intenção de garantir o máximo de efetividade. Não se deve apenas buscar a punição do assassino, mas oferecer a ele um sistema de acompanhamento para que a sanção se torne um instrumento mais proveitoso.

2.1 Culpabilidade: imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre uma conduta típica e ilícita praticada pelo agente (GRECO, 2005, p. 428).

Os elementos da culpabilidade são: imputabilidade, potencial de consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (MIRABETE, 1985, p. 95).

Em regra, todas as pessoas são imputáveis e detêm de capacidade de entender e querer fazer algo (CUNHA, 2013, p. 260). Entretanto, existe uma exceção, que é o caso do semi-imputável, descrito no artigo 26 do Código Penal, que "[…] em virtude

de doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (CUNHA, 2013, p. 263).

Por último, também existem os inimputáveis, que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado eram, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinarem de acordo com esse entendimento. Como o agente é totalmente incapaz de saber o que está praticando naquele momento, não é aplicada a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos, mas a medida de segurança, nos termos do art. 97 do Código Penal (CUNHA, 2013, p. 260).

Na esfera jurídica, tem sido muito discutida a definição da responsabilidade penal do portador de transtorno de psicopatia, se ele é imputável ou semi-imputável.

Na concepção médica, o psicopata não é um doente mental, mas possui uma alteração de personalidade e, portanto, compreende todos os atos que executa, estando apto a responder por eles.

> Pensar a psicopatia como uma incapacidade de internalizar valores e uma insujeição à norma aponta menos para uma doença nos moldes médico e psicológico e mais para uma constelação de caráter com precárias condições para realizar aquisições éticas (TRINDADE, 2010, p. 174).

Diante desse critério, a ciência médica atesta a capacidade de compreensão do psicopata, visto que o transtorno de personalidade em comento interfere no seu comportamento social e não na sua capacidade de raciocínio, sendo assim, ele possui total consciência dos seus atos.

> [...] em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam

> algum tipo de desorientação. [...] Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. (SILVA, 2014, p. 38)

> Mesmo que a psicopatia seja considerada uma patologia social (pelo sociólogo), ética (pelo filósofo), de personalidade (pelo psicólogo), educacional (pelo professor) do ponto de vista médico (psiquiátrico) ela não parece configurar uma doença no sentido clássico. Nesse aspecto, há uma tendência universal de considerar psicopatas capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de dirigir suas ações. (TRINDADE, 2010, p. 174)

Já no Direito Penal há dissenso quanto ao assunto, pois acredita-se que o psicopata possui a capacidade mental reduzida, nesse sentido, seria enquadrado como semi-imputável, por estar na fronteira entre a imputabilidade e a inimputabilidade.

Em relação ao assunto, vejamos o posicionamento de dois autores:

> Situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteiriços, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicoses, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas personalidades psicopáticas ou mesmo transtornos mentais transitórios. (BITENCOURT, 2012, p. 1046)

> [...] a responsabilidade penal será obrigatoriamente diminuída de forma proporcional à redução de sua capacidade de culpabilidade (v.g., certas oligofrenias, psicoses, psicopatia, neuroses). (PRADO, 2013, p. 482)

Mesmo que o psicopata seja enquadrado como semi-imputável, ainda não existe prisão especial para ele. Colocá-los em cadeias comuns prejudica àqueles que não possuem nenhum tipo de transtorno psicológico, todavia, levá-los para um hospital de custódia não faz sentido, já que não possuem uma doença mental a ser tratada.

Então, o caminho que apontamos, considerando a conclusão transdisciplinar dessas ciências, é que se considere os psicopatas como semi-imputáveis e seja fornecido a eles tratamento em estabelecimentos penais específicos.

2.2 Medida de segurança

Nos tópicos antecedentes, foi demonstrado que, para o âmbito jurídico, o portador de transtorno de psicopatia deve ser considerado semi-imputável, ou seja, ele possui consciência reduzida de suas atitudes. Dessa forma, quando um psicopata comete algum delito, por exemplo, o homicídio, terá a sanção imposta pelo art. 26 do Código Penal, que propõe a redução da pena ou substituição pela medida de segurança, a depender do caso concreto.

A medida de segurança tem finalidade diversa das sanções penais, pois dela se espera a cura do agente e o seu retorno à sociedade sem a doença mental que o levou a cometer determinado delito.

> As medidas são respostas à periculosidade do sujeito, às penas, ao delito cometido. Diferentemente das penas, as medidas não são impostas como resposta a uma ameaça legal prevista para reforçar um comando ou proibição dirigidos aos cidadãos. A medida é um tratamento que não responde aos mecanismos de cominação legal, norma imperativa e infração. (MIR PUIG, 2007, p. 77)

No Brasil, a medida de segurança busca dar tratamento adequado ao indivíduo e reabilitá-lo para o convívio social:

> Ao inimputável que pratica um injusto penal o Estado reservou a medida de segurança, cuja finalidade será levar a efeito o seu tratamento. Não podemos afastar da medida de segurança, além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva especial, pois, tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar qualquer fato típico e ilícito. (GRECO, 2011, p. 659)

Inicialmente, a medida de segurança possui função curativa, pois tem como objetivo o tratamento do incapaz e a prevenção à reincidência. O agente não tornará ao convívio social enquanto não demonstrar, através de laudos pericias, a sua cura ou melhora significativa. Dessa maneira, por se tratar de uma medida curativa e não punitiva, não possui tempo determinado.

Nesse sentido, a internação prevalece enquanto o indivíduo demonstrar periculosidade. Esse entendimento vem gerando grande discussão na doutrina, pois a internação com tempo indeterminado é comparada à prisão perpétua, proibida pela legislação brasileira, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, alínea "b", da Constituição Federal.

Através desse levantamento, foi sustentado que:

> Em obediência ao postulado que proíbe a pena de prisão perpétua dever-se-ia, necessariamente, limitar o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a trinta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (art. 75 do CP). (BITENCOURT, 2010, p. 785).

O grande questionamento que surge é a eficácia dessa medida para o portador de psicopatia, uma vez que ele iria distorcer a finalidade curativa dela. Além disso, até o presente momento a psicopatia não tem cura, logo, a medida de segurança teria caráter perpétuo.

> A internação em hospital psiquiátrico forense não se justifica, pois não existe "tratamento curativo" (como rege a Lei) para a psicopatia. Além disso, tal internação pode ser perigosa, uma vez que o afrouxamento de limites e a vulnerabilidade dos demais pacientes predispõem à piora de suas características predatórias de personalidade. Ao contrário, tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais (BINS; TARBORDA, 2016, p. 14).

Nessa mesma linha de pensamento, é notório que iria ferir a Constituição Federal a aplicação dessa medida ao psicopata, pois, como já mencionado, ele não é considerado um doente mental, mas alguém com um transtorno de personalidade que interfere diretamente no seu caráter.

2.2.1 Causa de diminuição (art. 26, caput e parágrafo único do CP)

O artigo 26 do Código Penal, em seu parágrafo único, trata de indivíduos conhecidos como fronteiriços ou *borderline.* Atualmente, alguns psicopatas se encaixam nessa denominação (JOSÉ, p. 24-25).

Referente ao dispositivo, Mirabete explica que o artigo descreve um agente imputável e responsável "por ter alguma consciência da ilicitude da conduta, mas é reduzida a sanção por ter agido com culpabilidade diminuída em consequência de suas condições pessoais" (MIRABETE, 2007, p. 211). Assim, o autor enquadra esse agente portador do transtorno no parágrafo único do artigo 26, haja vista que, por estar mais propenso a cometer atos violentos que uma pessoa normal, seu grau de culpabilidade deve ser diminuído.

Segundo Nucci:

> (...) doenças da vontade e personalidades antissociais são anomalias de personalidade que não excluem a culpabilidade, pois não afetam a inteligência, a razão, nem a alteram à vontade [...] Por isso, é preciso muita cautela, tanto do perito, quanto do juiz, para averiguar as situações consideradas limítrofes, que não chegam a constituir normalidade, pois trata-se de personalidade antissocial, mas que não caracteriza a anormalidade a que faz referência ao artigo 26. (NUCCI, 2010)

Conforme demonstrado nesta pesquisa, a psicopatia é um transtorno que interfere na personalidade do indivíduo, mas que não diminui sua capacidade de

saber o que está fazendo. Além disso, a medicina ainda não possui um tratamento eficaz para esse transtorno.

Atualmente, o tratamento penal atribuído ao portador de psicopatia não se mostra eficaz, especialmente quando se analisa os índices de reincidência. São adotadas três alternativas para a punição do psicopata homicida: aplicação integral da pena, redução da pena e medida de segurança. Tais alternativas não alcançam o principal objetivo, que é a ressocialização do indivíduo, tendo a sanção apenas a finalidade de punir o agente pelo crime praticado.

É preciso levar em consideração que o atual Código Penal foi redigido há 20 anos e ainda não teve alterações referentes ao tema. Sabemos que a ciência médica muda com velocidade, muitos tipos de transtornos surgem e outros sofrem alterações na sua conceituação. Nesse sentido, o conceito de psicopata mudou durante esses 20 anos. Hoje já se tem novas informações sobre a personalidade desse indivíduo e o seu quadro clínico. Por esses e outros motivos, é interessante que as sanções aplicadas sejam reavaliadas, a fim de que o portador desse transtorno receba o devido tratamento especializado.

Não ocorrendo modificação na legislação penal acerca do tema durante os últimos 20 anos, o Estado vem sendo falho na punição dos psicopatas homicidas, muitas vezes colocando esses indivíduos junto àqueles que não possuem o transtorno.

Portanto, a única alternativa para neutralizar os danos que esses indivíduos causam é conceder-lhes o devido acompanhamento médico, aliado com a individualização da pena. Deve-se levar em consideração que a ciência médica já demonstrou que a psicopatia é um transtorno de personalidade que atinge o lobo

frontal, área responsável pelo emocional, o que influencia diretamente no caráter do indivíduo.

Assim, conclui-se que a aplicação de pena ao psicopata homicida deve ser acompanhada de tratamento psicológico continuado e a alternativa de punição para esse tipo de apenado é a individualização de pena.

2.3 Individualização da lei penal

A individualização da pena é a concretização da justiça ao se atribuir para cada réu a sua sanção, observada a proporcionalidade entre a infração praticada, a culpabilidade do agente e o fato praticado.

Existem duas maneiras de se analisar a culpabilidade de um indivíduo: a primeira é a culpabilidade referente ao fato praticado, que irá auxiliar o entendimento do magistrado sobre qual tipo penal deve ser aplicado, conforme a gravidade da conduta, assim se terá uma pena concreta. Já a segunda é a culpabilidade do agente, onde será analisada a vida pregressa do apenado, sua personalidade e outras informações pessoais, assim, será fixada a pena em conformidade com a individualidade de cada um.

O portador de psicopatia, como já demonstrado, possui alto índice de periculosidade e sente satisfação em descumprir as regras que lhe são impostas, desse modo, é importante não o colocar junto a outros detentos, como é feito atualmente, quando eles são considerados imputáveis. Por se tratar de um transtorno sem cura, deve haver o afastamento do psicopata da sociedade em geral, inclusive dos detentos, afinal, o psicopata tem a habilidade de manipular àqueles que convivem com ele. Sendo assim, é possível que o detento não seja ressocializado em razão da má influência do psicopata. Entretanto, no Brasil ainda não se adota essa prática, os

psicopatas homicidas ficam presos com outros detentos, assim, têm facilidade de dominar os detentos mais perigosos para conseguirem o que desejam dentro dos presídios (SANTOS, 2012).

A solução para que a aplicação dessa sanção seja eficaz é tratar o psicopata homicida como imputável, mas adequar o presídio para recebê-lo, formando uma estrutura penitenciária dividida entre agentes com psicopatia e indivíduos que não possuem o transtorno. Na área destinada aos psicopatas, deve haver observação diferenciada, acompanhamento diário e individualizado por profissionais especializados nesse tipo de transtorno de personalidade, com a finalidade de conhecer a verdadeira personalidade do agente e o seu grau de periculosidade. Deve-se ressaltar que todo esse processo de acompanhamento deve ser realizado após a sentença condenatória, já que o portador de transtorno de psicopatia não é necessariamente um criminoso. Essa reforma seria viável no Brasil, pois atualmente em poucos casos o psicopata é considerado semi-imputável, logo, a grande maioria dos psicopatas que cometem crimes cumprem suas penas em cadeias comuns, não em hospitais.

A mudança se faz necessária no Brasil uma vez que o agente com psicopatia apresenta o índice de reincidência duas vezes maior do que o dos demais presos. Cabe mencionar ainda que é de suma importância a percepção de que esses agentes precisam de um tratamento diferenciado nos presídios, com o acompanhamento de profissionais e atenção redobrada, já que os psicopatas homicidas representam uma ameaça constante para a sociedade. É comprovado que, embora a psicopatia não tenha cura, a constante avaliação por profissionais causa melhora significativa (HARE, 2009, p. 20).

Portanto, é necessário adotar um tratamento diferenciado para com os portadores de psicopatia dentro dos presídios, não é viável que se continue a tratá-los como presos comuns, pois isso acaba estimulando sua capacidade de manipulação. Não apenas detentos, mas guardas e demais funcionários podem ser instrumentos na mão desse indivíduo, que só tem intuito de garantir seus desejos individuais. Toda a sociedade sofre com os prejuízos, pois a presença de um psicopata em um presídio comum dificulta a ressocialização dos demais presos. Ademais, através dos sinais elencados na escala Hare, percebe-se a grande dificuldade que é entender e conviver com um psicopata.

3 SANÇÕES APLICADAS AO PSICOPATA HOMICIDA NO DIREITO COMPARADO

O mundo está se transformando com relação aos questionamentos que surgem sobre a psicopatia, sendo apontadas as características desse agente até a forma como lidar com ele. Nessa perspectiva, já existiram vários posicionamentos sobre a conduta do psicopata no decorrer dos anos. Atualmente, são adotadas pelos países estrangeiros as pesquisas do psicólogo Robert Hare, que apontaram critérios para o diagnóstico da psicopatia.

3.1 Aplicação da pena individualizada fora do Brasil

Diante de crimes e outros acontecimentos que fujam da normalidade, o Estado possui o papel de prevenir, punir e ressocializar. Entretanto, essa lógica não produz efeitos com o psicopata, por isso, faz-se necessária uma análise da personalidade do indivíduo antes de se aplicar a sanção, com base na escala Hare.

Se comparado com outros países, o nosso sistema de punição aos psicopatas criminosos não observa a individualização da pena. Acerca desse assunto, deve-se

analisar as medidas adotadas por países que observam com profundidade a real periculosidade do agente que é psicopata. Países como Estados Unidos, Dinamarca e Alemanha adotam como forma de punição aos psicopatas que cometem crimes sexuais em sequência a aplicação de hormônios femininos, que reduzem o seu nível de testosterona, consequentemente, a libido sexual. Esse meio de punição é conhecido como castração química (FELTHOUS, 2008, p. 250).

No Canadá, a pena para os crimes sexuais cometidos por psicopatas é a castração química. Aqueles psicopatas que cometem crimes de outra natureza, como homicídios, se enquadram em uma lei específica. Assim, fica demonstrado que esses países observam que nem todos os psicopatas terão condutas similares as dos criminosos comuns e, por esse motivo, merecem uma pena individualizada, com objetivo de evitar que a reincidência (FELTHOUS, 2008, p. 264).

> Quanto a se discutir eventual liberação pela suspensão da medida de segurança, quase há um consenso, com poucas discórdias em torno dele, no sentido de que tais formas extremas de psicopatia que se manifestam através da violência são intratáveis e que seus portadores devem ser confinados. Deve-se a propósito deste pensamento considerar que os portadores de personalidade psicopática são aproximadamente de três a quatro vezes propensos a apresentar recidivas de seu quadro do que os não psicopatas. (PALOMBA, 2003, p. 186)

Como é vedada a prisão perpétua no Brasil, temos que pensar apenas na possibilidade de individualização da pena com o devido acompanhamento psicológico. Em países que permitem a prisão perpétua, como nos Estados Unidos e em outros países da Europa, o psicopata criminoso é colocado em uma cela separada até o dia de sua morte. Caso o criminoso seja menor de idade, existe também a possibilidade de prisão por tempo indeterminado, como adotado pela Itália, Suécia e Reino Unido (FELTHOUS, 2008, p. 124).

Contudo, o Brasil sofre com um grave problema de infraestrutura e com os altos índices de criminalidade, sendo assim, o agente volta a cometer crimes quando sai do presídio. Pode-se citar como exemplo o caso do "Chico Picadinho", onde Francisco Costa Rocha cometeu uma sequência de assassinatos. Em 1996, ele esquartejou uma mulher e foi condenado, após cumprir 8 anos de sua pena, foi liberado. Como esperado, o psicopata voltou a cometer diversos crimes da mesma natureza. Mais uma vez foi condenado e cumpriu pena de 22 anos, porém sofreu interdição civil e atualmente está preso em um hospital de custódia (ÉPOCA, 2010).

> O caso Chico Picadinho se encaixa numa espécie de limbo jurídico. Pensando em proteger a sociedade de um criminoso que matou e esquartejou duas mulheres, a Justiça recorreu a um artifício questionável. Na prática, ele continua preso, já que a Casa de Custódia é um estabelecimento penal, destinado a pessoas que cumprem penas – o que já não é o caso em questão, uma vez que ele cumpriu integralmente a sentença a que foi condenado. (MAIA JR, 2010)

O Brasil caminha a passos lentos no que tange à efetividade das sanções aplicadas aos crimes cometidos por psicopatas. É interessante observar que, caso esses agentes recebam um tratamento diferenciado que se mostre eficaz, deverão ser colocados novamente em sociedade, desde que sejam assistidos de forma regular.

O Brasil ainda não adotou um tratamento voltado ao portador de psicopatia. Enquanto isso não ocorre, a jurisprudência ainda não está pacificada. Nesse sentido:

> E M E N T A – HABEAS CORPUS – VILIPÊNDIO DE CADÁVER – MEDIDA DE SEGURANÇA – FALTA DE VAGA EM NOSOCÔMIO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DO PACIENTE NA PRISÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – PACIENTE PORTADOR DE PERSONALIDADE PSICOPÁTICA OBSESSIVA-COMPULSIVA EM EVOLUÇÃO – NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO PARA GARANTIA DA

> INTEGRIDADE FÍSICA DO PACIENTE E DA SOCIEDADE – ORDEM DENEGADA.
>
> Tratando-se de paciente portador de personalidade psicopática em evolução e tendo sido demonstrado que a sua soltura põe em risco não só a sociedade, como também a sua própria vida, devido à revolta causada pelo ato por ele praticado, a manutenção da internação na cadeia pública até o surgimento de vaga em estabelecimento próprio não constitui constrangimento ilegal. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, denegar a ordem; unânime, com o parecer (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Assim, é demonstrado que o agente com psicopatia representa risco para os que irão conviver com ele, seja no presídio comum ou no hospital de custódia. A psiquiatra Ana Beatriz Silva afirma que "em países como Austrália e Canadá e em alguns estados americanos, há diferenciação legal entre os criminosos psicopatas e os não psicopatas" (SILVA, 2008). Isso deixa claro que, nesses países, primeiro é analisado se o agente é psicopata ou não, para depois enquadrá-lo na sanção correta.

3.1.1 Psicopatia e sua análise no direito comparado

A Psiquiatria Forense é o meio de identificação do psicopata. Esse tema é pouco estudado no Direito Penal brasileiro, quando comparado às pesquisas realizadas no exterior. Assim, países como Austrália, Estados Unidos, China, entre outros, utilizam a escala Hare, que é composta por um teste de 20 itens que visam diagnosticar a psicopatia por meio da estrutura de personalidade do indivíduo.

Nesse sentido:

> A administração do PCL-R provê um método padronizado para quantificar e organizar atitudes e comportamentos observáveis [...] O Rorschach acrescenta e refina a hipótese

> sugerida pelo PCL-R [...] Os itens do PCL-R quantificam atitudes observáveis e documentam comportamentos, enquanto os dados do Rorchach os correlacionam. O PCL-R e o Rorschach avaliam diferentes dimensões da personalidade, mas que se complementam. (GACONO, 1998 apud LOVING, 2002, p. 51-52)

A psiquiatra Ana Beatriz Silva relata que a escala Hare ainda não é utilizada no Brasil:

> A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado. (SILVA, 2008)

Como mencionado no início deste estudo, é de extrema importância observar as crianças e suas atitudes, assim, alguns países vêm realizando esse acompanhamento. Depois que pesquisas apontaram que 84% dos casos de *serial killers* do mundo ocorreram nos Estados Unidos, o FBI realizou estudos que demonstraram que grande parte dos psicopatas demonstram sua falta de empatia ainda quando crianças, maltratando ou até mesmo matando os animais. Dessa maneira, quem maltrata e mata animais tem punições de forma diferenciadas. Esse é um método de prevenir outros delitos que possam ser cometidos por crianças ou adultos (CASOY *et al.,* 2004).

Nesse sentido, temos exemplos de alguns psicopatas que afirmaram já possuir o instinto de cometer assassinatos desde crianças.

Condenado a prisão à perpétua na Califórnia, Edmund Kemper tinha o hábito de cegar passarinhos e decapitar gatos quando criança. Caso Edmund Kemper fosse observado durante sua infância, talvez não tivesse estrangulado três mulheres na Austrália já adulto e sido condenado à forca (NEWTON, 2008, p. 225-227).

Há também um caso ocorrido no Brasil: Pedrinho Matador, um dos psicopatas mais famosos do nosso país, ao ser entrevistado no ano de 2010, afirmou que em Minas Gerais, onde passou a infância, costumava matar macacos e pacas.

Fica demonstrada a importância de se observar as crianças, pois os instintos criminosos podem começar desde cedo. Se observadas a tempo, uma série de crimes bárbaros podem ser evitados.

4 CASOS CONCRETOS E PUNIÇÕES APLICADAS

Com relação ao observado no decorrer da pesquisa, vamos analisar casos reais de crimes que já aconteceram no Brasil e no exterior.

4.1 Brasil

O primeiro caso trata-se de um psicopata responsável por diversas mortes. Mesmo sendo apontado como psicopata pelo laudo divulgado na Junta Médica de Justiça do Goiás, foi considerado imputável e cumpre sua pena com detentos comuns.

4.1.1 Caso Tiago Henrique Gomes da Costa (matador de Goiânia)[1]

Tiago Henrique Gomes da Costa nasceu em Goiânia, não conheceu o pai e viveu com os avós maternos até os 16 anos. A mãe, à época, tinha um companheiro com quem Tiago não se dava muito bem. Em 2011, aos 29 anos, ele inicia uma carreira de assaltos e assassinatos que revelam uma personalidade fragmentada. Tiago Henrique Gomes da Costa foi notícia no país e no mundo pelos crimes bárbaros que cometeu. Em confissão, ele declarou ter matado 39 pessoas. Os

[1] Tema da Reportagem do Câmera Record, dia 5 de junho de 2017.

parentes das vítimas jamais irão esquecer a frieza e crueldade de Tiago (CÂMERA RECORD, 2017).

Quem vê Tiago pela primeira vez dificilmente consegue entender a sua complexa personalidade. Uma pessoa inteligente, extremamente vaidosa, que se mantém muito frio, não fixa o olhar quando presta depoimento e demonstra desconfiança de tudo e todos (CÂMERA RECORD, 2017).

O ex-vigilante Tiago Henrique Gomes da Rocha atualmente está detido no presídio de segurança máxima em Aparecida de Goiânia. Tiago foi preso em outubro de 2014, depois de uma sequência de assassinatos de mulheres que deixaram Goiânia em pânico. Todavia, a primeira vítima de Tiago foi um homem chamado Diego, os dois se conheceram em um ponto de ônibus na tarde de 9 de novembro de 2011. Diego tinha acabado de fazer seu alistamento militar, esperava por um ônibus que o levasse para casa, os dois então conversaram e depois entraram em uma mata. O corpo de Diego nunca mais apareceu. Tiago relata ter escolhido a primeira vítima de forma aleatória, porém, o delegado do caso afirma que todas as primeiras vítimas foram homossexuais, assassinados de forma brutal, por estrangulamento ou facadas (CÂMERA RECORD, 2017).

O foco nos homossexuais logo mudou, Tiago encontrou outro "tipo" de vítima mais vulnerável. Como consta no inquérito policial, Tiago assassinou alguns moradores de rua, alguns deles enquanto ainda estavam dormindo. Uma dessas mortes aconteceu na madrugada de 5 de novembro de 2012, quando Tiago assassinou um morador de rua com um tiro na cabeça (CÂMERA RECORD, 2017).

O fato de pessoas em situação de rua serem assassinadas enquanto dormem embaixo de uma marquise ou de um ponto de ônibus deixou a população em

choque. A forma como Tiago assassinava pessoas em situação de rua era diferente de como ele assassinava homossexuais (CÂMERA RECORD, 2017).

Na mente transtornada de Tiago, havia uma razão para cometer esses crimes: ele acreditava que, ao assassinar alguém em situação de rua, estava realizando uma espécie de eutanásia, já que supunha que aquelas pessoas não queriam viver (CÂMERA RECORD, 2017).

Mas Tiago não se dava por satisfeito com os assassinatos, ele também praticava outros crimes, como assaltos. A polícia suspeita que Tiago tenha participado de 90 assaltos, muitos foram registrados por câmeras de segurança. O delegado relata que Tiago cometia os assaltos de forma extremamente calma, diferente de outros criminosos que geralmente fazem ameaças e assustam as vítimas. Além de frio, Tiago era também sistemático e meticuloso nos assaltos, sempre agia da mesma maneira e em lugares semelhantes, como padarias e farmácias. Poucas vezes realizou assaltos em outra espécie de lugar (CÂMERA RECORD, 2017).

Para prosseguir com seus crimes, Tiago adotou um disfarce com a finalidade de manter sua verdadeira identidade acima de qualquer suspeita. O último emprego de Tiago foi como vigilante no hospital materno infantil de Goiânia. Durante a noite, ele tinha o hábito de acompanhar as funcionárias e os pacientes até o estacionamento do hospital e adverti-las para que tivessem cuidado, pois havia um assassino de mulheres em Goiânia (CÂMERA RECORD, 2017).

No hospital, Tiago conseguiu o que precisava para praticar seus crimes: a arma usada nos assaltos e no assassinato de 16 pessoas. Para não deixar suspeitas, escreveu uma carta para o chefe alegando que o cofre onde estava o armamento e as munições estava destrancado e que esses itens haviam sumido. Após subtrair o

revólver do hospital, só cometeu assassinatos com arma de fogo (CÂMERA RECORD, 2017).

Segundo os promotores, Tiago assassinou brutalmente um guarda do hospital por degolamento. Os colegas do hospital chegaram até a desconfiar dele. Se pelo menos um deles tivesse denunciado, talvez tivesse impedido a morte de tantas mulheres (CÂMERA RECORD, 2017).

Por último, Tiago assassinou uma sequência de mulheres. Ele alegou ter preferência por mulheres morenas e bonitas, mas a aparência não era único critério que ele usava para escolher suas vítimas: segundo o inquérito, as mulheres que Tiago assassinava tinham idade entre 15 e 30 anos. No dia 2 de agosto de 2014, Tiago cometeu seu último crime. A vítima era Ana Lídia, de apenas 14 anos, que morreu com um tiro no peito. Tiago alega que Ana Lídia não era seu alvo, mas ela foi a única que apareceu naquele dia, por isso, sente "remorso" por esse assassinato que, segundo ele, fechou um ciclo. Após o assassinato de Ana Lídia, ele não pretendia voltar a cometer crimes (CÂMERA RECORD, 2017).

Tiago é um homem tímido, aparentemente pacato, mas extremamente inteligente. Ao ser entrevistado pela equipe da Record TV, ele pediu dinheiro para seus familiares como condição para falar sem restrições, buscando vantagens, visto que um psicopata não faria nada sem obter algo em troca (CÂMERA RECORD, 2017).

A vaidade é algo que chama atenção na personalidade de Tiago. Na mente dele, os assassinatos que cometia faziam parte da sua missão na terra. Quando atingiu o número de 11 assassinatos, enviou uma carta para a delegacia de homicídios, informando que estava cometendo esses crimes. Assim, dois anos antes

de ser preso, Tiago já se vangloriava de ser um assassino em série. Depois de preso, sentiu-se bem ao saber que era um dos assassinos mais famosos à época, a ponto de pedir para tirar uma nova foto com a placa de "detento", pois sabia que ela iria para os jornais da cidade. Com base nessas reações, a justiça entendeu que Tiago queria visibilidade, sentir-se importante perante a sociedade, mesmo que de forma negativa (CÂMERA RECORD, 2017).

Como forma de "passar o tempo" no presídio, Tiago escrevia suas memórias. Contudo, ele não achava viável divulgar o suposto livro, por isso costumava a dividir o que escrevia com outras pessoas. No início da sua condenação, Tiago recebia cartas de mulheres, cujo o teor prefere não revelar, mas diz que as mulheres que enviavam as cartas o compreendiam (CÂMERA RECORD, 2017).

Tiago alega que mesmo sem conhecer as vítimas, guardava um sentimento de raiva em relação à elas, pois no exato momento em que cometia os crimes revivia o passado, como se estivesse em um filme de sua própria história. Após o cometimento do crime, a raiva passava, entretanto, não sentia nada, nem mesmo prazer (CÂMERA RECORD, 2017).

Depois de preso, tentou suicídio, mas atualmente mantém bom comportamento. O juiz responsável pelo caso alega que Tiago é psicopata e que se for solto irá cometer crimes novamente. Tiago foi condenado a uma pena que já soma mais de 600 anos de reclusão pelos homicídios cometidos (CÂMERA RECORD, 2017).

4.2 Exterior

O segundo caso refere-se a um psicopata brasileiro, que matou seus parentes na Espanha. Com o laudo da Psicologia Forense atestando a condição de psicopata

do agente, ele irá passar 22 anos cumprindo pena em cela diferenciada, sendo acompanhado por uma equipe especializada.

4.2.1 Caso François Patrick Nogueira (brasileiro condenado na Espanha)[2]

Antes de se tornar um assassino confesso, François Patrick Nogueira tinha o sonho de se tornar jogador de futebol na Europa. Até chegar à Espanha, na casa do tio Marcos Campos — uma das quatro vítimas do assassinato —, Patrick havia morado na Inglaterra e em Portugal. Nesses países, chegou a fazer testes, mas devido a uma lesão no joelho não conseguiu concretizar seu sonho de se tornar jogador de futebol (G1, 2018).

Após essa notícia o tio de Patrick, Walfran, pediu ao irmão recebesse o sobrinho em sua casa na Espanha, para que ele fizesse o devido tratamento no joelho. De acordo com os depoimentos das testemunhas, quando Patrick morava na casa de Marcos, tinha o costume de andar pela casa sem roupas, maltratava os primos de 1 e 4 anos, não ajudava com as despesas ou mesmo com os afazeres domésticos. Os tios Marcos e Janaina se cansaram e começaram a ter medo do comportamento estranho de Patrick, mudaram de cidade e não o avisaram. Até que no dia 17 de agosto de 2016, Patrick descobriu o novo endereço, apareceu com pizzas e esquartejou Janaina pelas costas e depois matou as crianças. Esperou mais de 3 horas para matar o tio que não estava em casa naquele momento (G1, 2018).

A juíza espanhola destacou a crueldade de Patrick ao fazer as crianças assistirem o assassinato da mãe e a premeditação dos crimes (G1, 2018).

[2] Tema da Reportagem do G1, dia 15 de novembro de 2017.

No momento do crime, Patrick chegou a trocar mensagens com um colega que estava no Brasil, Marven Correia, que juntamente com Patrick debochou das vítimas (G1, 2018).

Na Espanha, Patrick é o quinto criminoso condenado a uma prisão perpétua revisável, isso porque 3 anos antes do julgamento o parlamento espanhol aprovou mudanças no Código Penal, prevendo punições mais duras aos criminosos. Com a nova lei espanhola, o tempo mínimo que Patrick irá passar na prisão é de 22 anos, em caráter especial, sendo acompanhado por uma equipe especializada. Somente depois disso os advogados poderão pedir que ele cumpra o restante da condenação em regime semiaberto. Caso a justiça e o psicólogo avaliem que não existe motivos para revisar a pena, Patrick irá passar o resto da vida em uma prisão espanhola (G1, 2018).

4.2.2 Caso Elizabeth Thomas

Em um documentário produzido em 1989 pela HBO, Elizabeth Thomas foi apelidada de "garota do ódio, psicopata". Esse documentário conta de uma criança que foi diagnosticada com Transtorno de Apego Reativo, a principal característica dessa condição consiste na falta de sociabilidade e de empatia, essenciais para formar a interação social adequada de uma criança. Por esse motivo, ela era incapaz de se relacionar com as pessoas ou sentir afeto (JORNAL CIÊNCIA, 2019).

O psicólogo clínico Dr. KenMagig relata que Beth sofreu traumas quando bebê, por isso era incapaz de sentir ou receber amor. Nas condições em que Beth estava, com apenas 5 anos ela poderia matar sem qualquer remorso, porque não sentia empatia (JORNAL CIÊNCIA, 2019).

Beth tinha constante desejo de matar a família inteira. A criança inclusive chegou a guardar facas de cozinha para matar os pais adotivos. Apresentava diversos sintomas de psicopatia: planejava de forma fria e calma a morte de seus familiares e, mesmo sendo assustador, Beth sabia o significado das suas reações. Porém, como não se pode diagnosticar crianças com transtorno de psicopatia, chegaram ao resultado do transtorno de Apego Reativo (JORNAL CIÊNCIA, 2019).

Tim e Julie adotaram Elizabeth e seu irmão mais novo na década de 80, sem saber que as crianças foram maltratadas pelo pai biológico. Com o decorrer do tempo, Beth apresentava um alto grau de violência e comportamento inadequado com as crianças ao seu redor. Ela chegou a matar filhotes de pássaros em seus ninhos, tentou sufocar seu irmão mais novo enquanto dormia, esfaqueou o cachorro doméstico da família e o perfurou com agulhas, por fim, cortou com um vidro o colega e turma. Tudo isso com apenas 6 anos (JORNAL CIÊNCIA, 2019).

A família investiu no tratamento de Beth e a internou em uma clínica para crianças que sofriam transtornos. Após um extenso tratamento, apesar do seu transtorno ser considerado incurável, ela conseguiu voltar à sociedade. Relatos atuais contam que ela se formou em enfermagem. Por seu transtorno não ser completamente curado, vive em observação de profissionais especializados (JORNAL CIÊNCIA, 2019).

CONCLUSÃO

Um tema que envolve portadores de transtorno de personalidade, seja qual transtorno for, é desafiador, ainda mais sob a ótica da justiça. Isso porque são seres humanos que nasceram com um transtorno ou o adquiriram de forma involuntária,

e quando trazemos essa discussão para o âmbito jurídico, a questão se torna ainda mais delicada.

Inicialmente, o sistema jurídico brasileiro teve dificuldades para identificar o indivíduo criminoso como psicopata, e quando o fez, surgiram os obstáculos para determinar se ele é imputável, semi-imputável ou inimputável, para assim enquadrá-lo no tipo certo de penalidade.

No presente estudo, buscou-se demonstrar que a psicopatia deve ser vista como um transtorno de personalidade, não como uma doença da mente, sendo o agente portador de psicopatia um infrator imputável, ao qual se deve aplicar penas individualizadas. Portanto, visando a individualização da pena na fase de execução, se faz necessário o diagnóstico desse indivíduo, através do *psychopathy checklist* ou PCL-R escala Hare, já aplicado no exterior.

Mas para existir a utilização dessa escala no Brasil, é necessária uma edição de lei específica que adote o teste como elemento importante para a identificação do psicopata. Dessa maneira, seria exigida uma avaliação técnica antes que o psicopata fosse contemplado com qualquer benefício na execução penal, o que evitaria um retorno precipitado à sociedade e a reincidência criminal.

No sistema penal brasileiro, o tratamento não diferenciado do psicopata dificulta a readaptação desse indivíduo à vida social. É importante ressaltar que o psicopata não é apenas aquele que comete homicídios, embora o senso-comum costume afirmar isso. A maioria dos psicopatas presos cometeram pequenos furtos ou crimes contra o patrimônio. Colocar esse indivíduo em convívio com presos comuns e com outros tipos de criminosos pode contribuir para que sua vontade de

cometer delitos aumente, tornando, assim, os presídios em verdadeiras "escolas do crime".

O psicopata homicida privado de sua liberdade e encarcerado com diversos tipos de criminosos, além de não receber tratamento específico para sua condição mental pode ampliar sua capacidade de manipulação para influenciar as condutas de outros detentos. Dessa maneira, o sistema que teria finalidade de ressocialização torna-se um verdadeiro multiplicador de criminosos. Por essa razão, é de suma importância a separação desses indivíduos que possuem graus diferentes de periculosidade, sendo que o agente psicopata deve ser avaliado por profissional especializado.

Por fim, o auxílio do da Psiquiatria e da Psicologia é de extrema importância para o Poder Judiciário. A existência de psicopatas homicidas no Brasil é um fato preocupante, por isso, faz-se necessária a discussão sobre o tema e a busca por profissionais especializados que sejam inseridos no Judiciário. Seja pela preocupação com a prevenção de crimes, seja pela periculosidade do psicopata, o estudo do tema é relevante e deve-se buscar soluções com inspiração nas medidas que têm sido adotadas por outros países. Assim, é necessária a união da Psicologia Forense e do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

AMBIEL, Rodolfo Augusto Matteo. Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial. Psico-USF. v. 11, n. 2, p. 265-266, 2006.

BALLONE, Geraldo José; MOURA, E. C. Personalidade Psicopática. PsiqWeb, 2008. Disponível em: www.psiqweb.med.br. Acesso em: 05 nov. 2018.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, José Geraldo Vernet. Psicopatia: influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. Revista Debates em Psiquiatria. Ano 6, n. 1, Jan/Fev 2016. Disponível em: http://www.abp.org.br/portal/revista-debates. Acesso em 20 ago. 2018

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 15. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMERA RECORD. Câmera Record entrevista o matador de Goiânia com exclusividade. R7, 2017. Disponível em: <http://recordtv.r7.com/camera-record/videos/camera-record-entrevista-o-matador-de-goiania-com-exclusividade-veja-o-programa-na-integra-14092018>. Acesso em 13 dez. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.

CASOY, Ilana. Serial killer: louco ou cruel? 6.ed. São Paulo: Madras, 2004.

CERQUEIRA, Merelyn. Elizabeth Thomas: como está hoje a garota tachada de "psicopata" que queria matar a família aos 6 anos. Jornal Ciência, 2019. Disponível em: http://www.jornalciencia.com/elizabeth-thomas-a-garota-psicopata-de-6-anos-de-idade. Acesso em: 10 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120). Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

EÇA, Antonio José. Roteiro de psicopatologia forense. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FELTHOUS, Alan and Sass, Henning. International Handbook on Psychopathic Disorders and the Law. 1. ed. Wiley, 2008.

FRANÇA, Fátima. Reflexões sobre Psicologia Jurídica e seu panorama no Brasil. Psicologia: Teoria e Prática. V. 6, n. 1, p. 73-80, 2004.

G1. Brasileiro é condenado à prisão perpétua pela morte de tio e primos na Espanha. Paraíba: G1, 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2018/11/15/patrick-nogueira-e-condenado-a-prisao-permanente-revisavel-pela-morte-de-tio-e-primos-na-espanha.ghtml. Acesso em: 20 nov. 2018.

GOCONO, C. B. The use of the psychopathy checklist- revised (PCL-R) and Rorschach in treatment planning with antissocial personality Disordered Patients. Int.Offender Ther. Comp. Criminol., v. 42, p. 49-64, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/8334. Acesso em: 05 nov. 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 5.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 13. ed.. Volume 1. Niterói: Impetus, 2011, v. 1.

HARE, Robert**. Psicopatas no divã**. Veja, São Paulo, ano 42, n. 13, 01 abr. 2009, p. 20.

HARE, Robert D. Sem consciência. O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Porto Alegre: Artmed Editorial, 2013.

HUSS, M. T. Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LOVING, J. L. Treatment planning with psychopathy checklist-revised (PCL-R). Int.J.Offender Ther. Comp. Criminol., v. 46, p. 281-93, 2002.

MAIA JR., Humberto. A prisão perpétua de Chico Picadinho. Revista Época: 23 set. 2010. Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI174597-15228,00-A+PRISAO+PERPETUA+DE+CHICO+PICADINHO.html. Acesso em: 04 out. 2018.

MATO GROSSO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO. (1ª turma). Habeas Corpus HC 6379 MS 2004.006379-2. HABEAS CORPUS - VILIPÊNDIO DE CADÁVER (...) Impetrante: Dr. Johnny Guerra Gai. Paciente: Odair Juvino Batista. Relator: Exmo. Sr. Des. Rui Garcia Dias. Mato Grosso, 29 de junho de 2004. Disponível em: https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3802174/habeas-corpus-hc-6379/inteiro-teor-11987797. Acesso em 05 out. 2018.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 1985. p. 95.

MORANA, Hilda C. P; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. Rev. Bras. Psiquiatria, São Paulo, Vol. 28. Out. 2009.

NEWTON, Michael. A enciclopédia de serial Killers. 2.ed., São Paulo: Madras, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALOMBA, Guido Artuno. Tratado de Psicologia Forense: Civil e Penal. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal, parte geral, arts. 1º a 120. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 1.

SANTOS, Jessica Medeiros Neres dos. Psicopatas Homicidas e o Direito Penal. JURISWAY, 2012. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8885. Acesso em 06 nov. 2018.

SGARIONI, Mariana. Anjos malvados. Revista Superinteressante. Jul. 2009. Disponível em: http://super.abril.com.br/comportamento/anjos-malvados. Acesso em: 05 nov. 2018.

SILVA, Ana Beatriz B. Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado, 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentes Perigosas – O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

Ciências Criminais

LEGITIMIDADE PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

Saul Ferreira de Araújo Júnior

RESUMO

O presente trabalho visa entender sob a ótica da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, como o Supremo Tribunal Federal interpreta a problemática da legitimidade para propositura do acordo de colaboração premiada. Enriquecendo a pesquisa com questões que orbitam o tema, que se encontra em construção constante no direito processual contemporâneo, percebendo a necessidade de se entender como o órgão máximo do judiciário brasileiro interpreta a lei colocada em questão. Será apresentado também características históricas, doutrinárias e jurisprudenciais do tema, buscando uma interação entre a prática e o que está na lei, estando o último capítulo dotado de entendimentos acerca do julgamento sobre a legitimidade da autoridade policial para propor acordo de colaboração premiada. Para isso, foi necessário pesquisar descritivamente a matéria, sendo o último capítulo baseado inteiramente na leitura e transcrição dos votos proferidos na ADI 5508, devidamente organizados para se definir pontos de convergência entre os Ministros. Em caráter conclusivo, verificou-se que, no tocante ao tema legitimidade para propor o acordo de colaboração premiada, não há dúvidas do amparo legal e constitucional dos artigos questionados na Ação Direta de Inconstitucionalidade, apesar do instrumento discutido estar em processo de amadurecimento e discussão, restou possível se pontuar mais um passo rumo à segurança jurídica no que concerne à legitimidade.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Acordo de colaboração premiada. ADI 5508. Legitimidade. Lei 12.850/2013

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado versará sobre legitimidade no uso da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

A colaboração premiada é uma ferramenta bastante antiga. Tendo no Brasil seus registros datados ainda das Ordenações Filipinas, em momentos de conflito foi essa a ferramenta usada para se conhecer de organizações possibilitando uma contraprestação ao agente que contribuiu.

Esse instrumento vem sido amadurecido em decorrência do seu uso e de sua interpretação ao longo dos conflitos suscitados no judiciário brasileiro, sendo no caso do estudo alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) cujo objetivo era afastar a legitimidade da autoridade policial, que nos termos da lei 12.850/13 tem possibilidade para operacionalizar a colaboração.

Posto que na contemporaneidade existem muitas fontes do direito, dispondo de diversidade de argumentos, se questiona assim a visão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da legitimidade, e também outros aspectos decorrentes da interação entre Autoridade Policial e Ministério Público (MP), para propositura do acordo de colaboração premiada.

A partir deste questionamento se busca alcançar um entendimento acerca do resultado trazido no julgamento da ADI 5508, julgamento que provocou os onze Ministros a se posicionarem sobre o assunto de forma pormenorizada. Deste estudo é possível analisar com cautela, o que se obteve de resultado hermenêutico do nosso Supremo Tribunal e como foi produzida a jurisprudência deste órgão sobre o tema.

Para tanto serão necessários definir três objetivos específicos:

- ... Identificar como foi construído historicamente o instituto da colaboração premiada, quais classificações foram trazidas pela



doutrina brasileira a partir da interpretação legal, qual o procedimento utilizado à operacionalização do instituto, bem como perceber possíveis semelhanças trazidas de ordenamentos externos ao brasileiro;

- ... Perceber as funções designadas aos entes que funcionam junto ao sistema punitivo Estatal no que se refere ao instituto estudado;

- .. Identificar e sistematizar argumentos utilizados nos votos da discussão quanto à legitimidade trazidos pelos Ministros no julgamento da ADI 5508.

O instituto da delação premiada no Brasil tem ganhado bastante espaço de uso levando em conta aspectos de combate ao crime organizado e o quadro atual de corrupção sistêmica no país. Sendo o principal motivo de elaboração a necessidade de se demonstrar as ideias que justificam o uso desse instrumento e como essas ideias são compreendidas pelo STF, diante das premissas colocadas pela lei 12.850/13.

Essa pesquisa tem por finalidade realizar uma pesquisa com base na metodologia dogmática instrumental, uma vez que utilizará conhecimento da pesquisa básica para resolver problemas relacionados à legitimidade para aplicação do instituto da colaboração premiada.

Classificada como pesquisa exploratória, detectou-se também a necessidade da pesquisa bibliográfica no momento em que se fez uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas eletrônicas, documentos eletrônicos na busca e alocação de conhecimento sobre a legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada como forma de comprovar a necessidade do debate da ADI 5508,

correlacionando tal conhecimento com abordagens trabalhadas pelos Ministros do Superior Tribunal Federal em seus votos.

Ressalto ainda que durante a pesquisa foi usada como base para estudo do entendimento do STF, o julgamento em plenário em meio audiovisual disponível no canal do Tribunal Supremo na plataforma digital Youtube, visto que até a data da produção do estudo somente foram disponibilizados os votos do Ministro Marco Aurélio, Edson Fachin e Gilmar Mendes, sendo todo o julgamento obtido por meio da degravação da audiência, dos votos e do resumo dos votos apresentados.

No primeiro capítulo será apresentado um panorama sobre a colaboração premiada, sua evolução pelos diplomas legais no Brasil, bem como a apresentação de caraterísticas em outros ordenamentos jurídicos.....

No segundo capítulo serão explicadas as atribuições de cada um dos entes Estatais envolvidos no processo de colaboração premiada, enfocando-se a função exercida com base no poder punitivo do Estado.

No terceiro capítulo serão organizados os votos apresentados em julgamento, de maneira a melhor entender os argumentos dos Ministros do STF na discussão da legitimidade da Autoridade Policial para propor acordo de colaboração premiada, bem como matérias relacionadas a concretização prática do instituto debatido.

Por fim, se busca a apresentação do instituto da colaboração premiada, do conflito trazido no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508, e também o melhor entendimento acerca dos entendimentos trazidos no julgamento desta ação.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO ANTES E DEPOIS DA LEI 12.850/13

Com o fenômeno crescente da divulgação de grandes operações envolvendo apreensão e responsabilização penal de organizações criminosas se torna ainda mais relevante o papel da atuação estatal e dos seus meios de combate a esse tipo de crime.

Esses delitos muitas vezes planejados entre quatro paredes, chefiados por indivíduos que possuem alto poder de influência política, e com modus operandi cada vez mais sofisticados, tem requerido do Estado, que tem dever de manter a paz social, constante atualização de seus meios de investigação e produção de prova.

Constantes em especial no artigo 3º da Lei 12.850/13[1], que é a lei geral que traz enfoque no procedimento, estão ferramentas efetivas trazidas em construção histórica no nosso ordenamento jurídico. Neste trabalho serão enfocados aspectos acerca da delação premiada que tem utilidade fundamental na mudança da realidade do país e na forma de se produzir prova no judiciário brasileiro.

2.1 Histórico da Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro

O processo penal brasileiro teve sancionada no ano de 2013 a versão mais recente da lei de organizações criminosas, a lei ordinária 12.850 de 02 de agosto 2013. Esta lei trouxe novidades e principalmente aprimoramentos conceituais quanto a ferramenta processual, ao tempo já existente, a delação premiada. Além disso, existem outras características cunhadas na lei quanto ao conceito de

[1] "art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal."

organização criminosa e condutas relacionadas a ela, quanto aos meios de prova, quanto ao combate nacional e transnacional deste tipo de crime. Serão tomadas como temas principais os aspectos históricos da colaboração premiada.

A construção da aplicação deste instituto vem sendo tecido em leis esparsas, estas que por não estarem sistematizadas carecem de bastante atenção quanto à sua aplicação em seus respectivos temas, para melhor entendimento deve-se trilhar o caminho dessa construção no tempo.

Historicamente, se tem como primeiro registro no nosso ordenamento jurídico as Ordenações Filipinas, em que se primava pela premiação do acusado ante o ato colaborativo na investigação criminal, remontando características do Código Criminal do Império de 1603.[2]

Contudo, o primeiro marco quanto a presença deste mecanismo premial no ordenamento jurídico brasileiro foi com a Lei de Crimes Hediondos nº 8.072 de 1990, que traz a inserção no Código Penal da redução de pena ao coautor que fornecesse informação quanto ao ato delituoso da extorsão mediante sequestro à autoridade visando à libertação da vítima, tratava-se da redução de pena do §4º do 159 do Código Penal[3].

Na visão de Alberto Silva Franco estamos diante de uma "legislação de emergência", de "um diploma legal marcado pelo imediatismo e pela

[2] MILHOMENS, Eduardo Bruno. Delação Premiada. *In*: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 161

[3] "§4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." (grifo nosso)

assistematicidade", ao se referir ao tempo necessário utilizado para se produzir a lei em comento.[4]

Uma análise mais profunda acerca dessa primeira criação legal e resta configurada a dificuldade em se aplicar o dispositivo, entre outros aspectos quanto a subsunção legal do ato à característica de quadrilha ou bando, que remetido aos aspectos trazidos pelo art. 288 do Código Penal exigia pelo menos quatro pessoas encurtando o alcance do instituto caso ocorresse por uma quantidade menor de agentes.[5]

Além disso, se limitava ao coautor como legitimado ao prêmio, esquecendo-se do possível partícipe. Demonstrando uma limitação desarrazoada quando comparado ao atual parágrafo quarto do artigo 159 do Código Penal[6], nesta visão não deveria receber maior benefício o criminoso que teve uma menor participação real quanto ao resultado final do crime e que colaborou com informações essenciais ao entendimento dos crimes, em detrimento de qualquer outro que possa ter participado de maneira mais direta e efetiva, sendo em última análise o próprio autor do crime e que também tenha colaborado da mesma forma, visando permitir a redução da pena em maior grau somente do principal autor e dos possíveis coautores.

Como última crítica a este trecho legal se tem como única forma de colaboração a "facilitação à libertação do sequestrado", incidindo em mais uma

[4] SILVA, Fernando Muniz, A delação premiada no direito brasileiro. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais., Minas Gerais, v. 10, n. 17, p. 121-165, jul./dez. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45259. Acesso em: 17 ago. 2018.

[5] MILHOMENS. Op. Cit. p. 161.

[6] "§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

hipótese de restrição infundada de uma ferramenta relevante no combate aos crimes referidos acima.

Posterior alteração trazida pela lei 9.269/96 deu redação em parte solucionadora ao parágrafo quarto do art. 159 do Código penal: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

Imediatamente se evidencia o suprimento da lacuna quanto ao agente legitimado a colaborar, usando-se a expressão substitutiva "se o crime é cometido em concurso", que abrange partícipe e coautores. Permanecendo a exigência quanto ao resultado trazido bem como não houve criação de maior variação de benefício ofertado.

Já em continuação evolutiva, está o artigo 8º também trazido pela Lei de Crimes Hediondos que traz celeuma em relação a aplicação de seu parágrafo único[7], que versa sobre a diminuição da pena. Porém, sendo o teor do artigo 8º o de maior qualificar o caráter do crime de quadrilha ou bando quando cometidos em caráter de hediondez. Esta construção levanta a discussão de que somente nos casos desses crimes mais graves seria aceitável a diminuição da pena constante no parágrafo único subsequente ao artigo 8º. Consequentemente derruba-se o argumento ao se aplicar também nos casos de crimes comuns usando a analogia in bonam partem.

Contrariamente a esse argumento, o tratamento não isonômico trazido pelo trecho legal acima foi exaurido como consequência da já citada alteração da lei nº 9.269/96, que também trouxe a extensão do benefício da delação premiada ao crime não tipificado como quadrilha ou bando.

[7] "[...] Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços."

Apesar dos avanços já citados, até mesmo por se tratar de uma análise anacrônica da delação premiada, é possível constatar o caráter precário da proteção ao colaborador, visto que não havia previsão alguma e também a bastante restrição quanto aos requisitos legais de concessão.

Durante o processo de evolução legal do instituto vieram ainda a Lei 9.034/95 que regula quesitos operacionais da prevenção e repreensão ao crime organizado, trazendo em seu artigo 6º[8] uma nova possibilidade de delação premiada para em especial crimes praticados em organizações criminosas.

Embora se tenha dado uma maior amplitude e utilidade a essa ferramenta diante dessa positivação ainda não a tornou aplicável, visto que não havia definição de organização criminosa no ordenamento jurídico Brasileiro.

Dessa forma, durando mais de 12 anos da criação da lei 9.034/95 e da constatação dessa lacuna jurídica, foi posteriormente pacificado o afastamento do conceito previsto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado ante o julgamento da Ação Penal nº470, o conhecido como "escândalo do mensalão". Antes desse julgamento divisor de águas se fazia uso do conceito de organização criminosa previsto nessa Convenção[9].

Somente com a lei 12.850/13 se desfez essa lacuna na legislação penal, situação em que se definiu expressamente o conceito de organização criminosa[10],

[8] "art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

[9] "[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material"

[10] "§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cuja penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

revogando a Lei nº 9.034/95. Nesse ínterim ainda foi promulgada em relação a outras matérias diferentes da organização criminosa lei referentes ao assunto colaboração premiada.

Ainda, anteriormente a Lei de Organizações Criminosas vigente, em 1995 foi promulgada a Lei nº 9.080 que inseria a possibilidade do uso da justiça premial nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86)[11] e nos crimes contra as relações de consumo (Lei 8.137/90)[12].

Quanto às leis que participaram ativamente do amadurecimento do instituto urge relevar outra lacuna, dessa vez referente ao caráter extensivo do instituto, quando da aplicabilidade também em crimes menos graves, conforme critica o Professor Walter Barbosa Bittar:

> se, nas leis anteriores, o legislador deixava claro que a utilização do beneplácito só teria cabimento quando pertinente a prática de crimes graves, ao optar por introduzir mais normas sobre delação premada na legislação, sem fazer qualquer distinção quanto à gravidade do delito, a opção político-criminal de banalização e ampliação de concessões ao investigado e acusados em geral restou pacificada no ordenamento jurídico pátrio.[13]

Outro requisito colocado nos dois artigos referentes à colaboração nos crimes contra o sistema financeiro e nos crimes contra as relações de consumo possuíam fatores restritivos também quanto a expressão "confissão espontânea".

---

[11] "Art. 25, § 2º: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

[12] "Art. 16, parágrafo único: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

[13] BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Na visão de Fernando Muniz Silva, se torna incongruente a necessidade de espontaneidade, visto que ao se buscar uma vantagem, o delator age interessado em possíveis benefícios referenciados pelo juiz. Devendo-se falar em voluntariedade, visto que o colaborador se dispôs. Na espontaneidade se vê somente em casos de arrependimentos íntimos, dotado de sinceridade sem outro ato interpondo esse sentimento, algo de difícil ocorrência em meios criminosos.[14]

Ainda quanto à construção dessa ferramenta de processo colaborativo, foi inserido por meio da Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (lei nº 9.613/98) a possibilidade ainda não existente à época de que a pena se iniciasse em regime menos gravoso (podendo chegar ao regime aberto), bem como a substituição por pena restritiva de direito e isenção da responsabilidade penal.[15]

Em 2012 veio a lei nº 12.683 que modificou a possibilidade do art. 25 §2º da Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro de que o cumprimento da pena não somente se iniciasse no regime aberto, mas também possibilitou o cumprimento integral no regime mais brando, alterando também a possiblidade de substituição por pena restritiva de direitos a qualquer tempo, abrindo caminhos para que se alargasse os benefícios concedidos por meio dessa lei, chegante até mesmo ao perdão judicial.

Diante do cenário de pouca aderência, o legislativo foi provocado a buscar aspectos visando a segurança da integridade física e psíquica do delator, que ao

[14] SILVA, Fernando Muniz, A delação premiada no direito brasileiro. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais., Minas Gerais, v. 10, n. 17, p. 121-165, jul./dez. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45259. Acesso em: 17 ago. 2018.

[15] "art. 1º, §5º: A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime."

tempo não tinha garantias que tornasse vantajosa a busca pelos esclarecimentos dos crimes cometidos.

Para suprir o quesito acima adveio a Lei nº 9.807/99 que tinha em seu escopo a proteção às vítimas e testemunhas que sofriam iminente perigo. Dessa proteção deve-se depreender: custódia em dependência separada dos demais presos; alteração do nome completo do delator (colaborador) e de seus familiares, com respectiva averbação em cartório; e prioridade em tramitação de inquéritos e ações penais.

Conforme já citado, outro benefício trazido por esta lei foi a possibilidade do perdão judicial, para colaborador primário com participação imediata e efetiva na contribuição da elucidação do caso.[16]

Em caráter terminológico referente ao termo perdão judicial, previsto no art. 107, IX, do Código penal brasileiro, a causa de extinção de punibilidade traz a exigência ao magistrado que apesar de constatada a prática delitiva deixe de aplicar ao acusado as devidas consequências punitivas, de maneira devidamente fundamentada. Mesmo com tamanha compatibilidade de conceitos do inciso citado e do benefício trazido pelo instituto foi aprovada a seguinte ementa em simpósio de procuradores e promotores de justiça da área criminal, que discorda do caráter e conveniência técnica dessa classificação: "Ementa nº 4: No instituto da delação premiada o termo 'perdão judicial' é inapropriado tecnicamente, devendo ser

[16] "art. 13: Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso."

substituído pelo termo 'remissão', vez que se referem a institutos diversos." (Simpósio de Procuradores e Promotores De Justiça Da Área Criminal, 2006).

Não sendo esse o objeto central da pesquisa, prosseguiremos utilizando como de caráter compatível, usual e pertinente o termo perdão judicial neste trabalho.

Porém, com a posterior promulgação da lei 11.343/2006, que em seu artigo 41[17] disciplinou a delação premial, remete-se a um novo conflito de saber qual legislação será aplicada caso em um criminoso tipificado no tráfico de entorpecentes resolve colaborar com as autoridades, sendo uma das interpretações a aplicação dos efeitos da lei mais benéfica trazida pela lei 9.807/99 em seu art. 13[18], quando possibilita a extinção da punibilidade pelo perdão judicial, e em atenção ao princípio trazido na Constituição Federal (art.5º, XL)[19] não se retroagiria com a lei penal, para o caso dos fatos praticados anteriores à publicação da Lei 11.343/06.

Por fim, a última legislação promulgada em caráter de regência do instituto da delação premiada foi a lei nº 12.850/2013. E tomando o direito como ciência jurídica viva que está em constante construção e formação devemos observar que as leis devem ser criadas e interpretadas com vista a acompanhar toda a mudança da sociedade, pois a sociedade cria o direito, e o direito se posiciona de forma a assegurar segurança jurídica nessa mesma sociedade.

[17] "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços."

[18] "Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: [...]"

[19] "Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;"

Dessarte, serão apresentadas características acerca do instituto da delação premiada e suas consequências nessa relação de alteração recíproca com a sociedade.

2.2 A Colaboração Premiada

Conforme explanação trazida no tópico anterior é possível perceber o caráter evolutivo da colaboração premiada, e embora fique evidente alguns conflitos com princípios constitucionais como o da obrigatoriedade da ação penal, princípio do devido processo legal ou até mesmo o do contraditório e da ampla defesa, para Luís Regis Prado, tem-se como objetivo-fim no direito penal a proteção aos bens jurídicos essenciais ao homem, através da efetiva aplicação penal[20], sendo essa aplicação um dever do Estado, mesmo que a ferramenta que combate as modernas e flexíveis organizações criminosas seja limitada pelos princípios da ordem pública[21]. Fica assim constatada a dificuldade em se estabelecer um conceito que não seja eivado de lacunas e instabilidades quando do surgimento desse instrumento jurídico.

De um lado conceitos arraigados como o da individualização da pena e o devido processo legal, que buscam o processo justo e do outro a busca pela compatibilização com o novo mecanismo de produção de provas e toda a sua efetividade. Com o caráter de conhecer melhor as caraterísticas vigentes, sua aplicação fática, espécies e até a visão comparativas com outros países será apresentada no próximo tópico uma análise pormenorizada.

[20] PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição a*pud* MELO, Jenniffer Scarllet Sampaio Souza de; RUAS, Mauro Magno Quadros. Constitucionalidade da Delação Premiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 26 out. 2017. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/336196-constitucionalidade-da-delacao-premiada-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 02 out. 2018.

[21] Somente é cabível ao Estado agir conforme prescrição legal, diferenciando-se do princípio que rege o particular comum, que somente está restrito ao que a lei proíbe. Sendo essa uma abordagem mais ampla.

2.2.1 Características

Sendo a colaboração premiada caracterizada como adequada ao ordenamento brasileiro. Temos, desde já, o principal requisito para sua compatibilização, uma adequação aos moldes da Constituição Federal vigente.

Existem vários princípios que regem a legislação penal no Brasil. Desses princípios, o devido processo legal e a individualização da pena aplicada são aspectos essenciais que visam a segurança tanto da sociedade em geral quanto do apenado.

Porém, quando se enfoca o assunto colaboração premiada tem-se que admitir que existem aspectos de subjetividade que podem ter a aparência de desvinculação com o devido processo legal. Por causa dessa característica, justificada pela carga de subjetividade que pode incidir sobre o delegado ou promotor que sugerirá um valor para a atenuação concedida em troca das orientações dadas pelo colaborador para se alcançar êxito na investigação é que se torna tão polêmico o instituto de colaboração processual.

Assim, deve-se atentar sempre para que esse modo de operar seja usado em casos subsidiários aos meios tradicionais de investigação, impedindo que se justifique as ações da justiça com o argumento de que os fins justificarão os meios, desta forma, coadunando com a posição de Marcos Paulo Dutra: "o Estado valendo-se de um ardil para demonstrar o acerto da sua pretensão condenatório."[22]

Independente da interpretação por vezes dada em sentido contrário em razão da aparência inconstitucional da colaboração premiada, a jurisprudência vem ganhando força no sentido positivo quanto aos benefícios da delação. No julgado do

[22] SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. Salvador; Juspodivm, 2017.

HC 90.688/PR, em voto, o Ministro Carlos Brito traz o delator, à luz da Constituição, como um colaborador da justiça.[23]

Outro ponto crítico estaria relacionado à individualização da pena e até mesmo à dignidade da pessoa humana. Primeiramente, leva-se em conta as atribuições de cada cargo atuante no processo penal, devendo-se diferenciar o caráter propositivo e negociador da Autoridade Policial e do Ministério Público, devidamente limitados pela análise do juiz em cima do material produzido pelas partes anteriores, atribui-se a este último a responsabilidade de cotejar a pena final e só assim sentenciar o apenado.

Sendo que a problemática discutida gira em torno da relação de disparidade da pena dos agentes que participaram do mesmo crime e em igualdade de condições fáticas, em coautoria ou participação, que cumpririam penas diferentes.

Porém, o argumento acima perde consistência quando se valoriza a voluntariedade ao invés da coação e a individualidade da pena é mantida visto que conforme a ação colaborativa de alguém este deve ter pena atenuada tomando em conta seu arrependimento ou mesmo sua colaboração com a efetiva reversão total ou parcial do bem jurídico ferido, diferentemente da pena aplicada por quem não agiu em prol da dissolução da lide e cessação do crime.

Nucci, em razão da crítica acima, elenca fator essencial, a regência pela culpabilidade (juízo de reprovação) para a quantificação da pena dos réus e corréus,

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 90.688/PR. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília,12, de fevereiro de 2008.

esta que é aplicada com flexibilidade, pois réus mais culpáveis devem receber pena maior que os menos culpáveis.[24]

De mais a mais, razões de ordem prática tendem a possibilitar o poder investigativo estatal a perpassar barreiras antes intransponíveis, principalmente quanto ao *afectio societatis*.[25]

Trazendo abaixo os aspectos procedimentais da operacionalização da colaboração premiada, destrinchada em etapas e divididas conforme a legitimidade das partes, se dará a partir daqui a explanação do instituto na prática.

2.2.2 Procedimento

Já superada parte dos conceitos básicos, temos o trâmite comum da proposição do acordo de colaboração premiada, a seguir serão apresentados aspectos procedimentais da colaboração processual, conforme manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)[26], se fundamentando na principal lei geral, a 12.850/13, que traz diversos aspectos referentes principalmente ao procedimento da colaboração premiada[27].

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 789.

[25] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2014. P. 516

[26] MPF. Manual Colaboração Premiada. Brasília/DF. - ENCCLA – janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf. Acesso em 17 out. 2018.

[27] BECHARA, Fábio Ramazzini et al. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. Caderno de relações internacionais, v. 7, n. 13, p. 273-295, ago./dez. 2016. Disponível em <http://twixar.me/h78K>. Acesso em 28 nov. 2018.

Antes da pormenorização, é de suma importância elevar a condição em que geralmente ocorrem as colaborações. Visto que na maioria dos casos encontram-se já levantados vários elementos de prova, sendo este o meio mais acessível e viável ao réu investigado de amenizar aspectos relacionados a sua possível pena, visto que não haveria outra hipótese para que se motivasse a superação dos receios da traição de criminosos de colarinho branco em detrimento de fornecer informações essenciais à dissolução dessa organização criminosa.

Desta forma, é essencial que o colaborador esteja munido das devidas informações, já que em algumas situações serão afastadas garantias constitucionais[28], na presença de seu defensor: quanto ao direito constitucional de se abster de falar; a colaboração também implicará renúncia ao direito anterior e compromissará o colaborador legalmente de dizer a verdade; inclui-se o conhecimento dos benefícios previstos em lei e a necessidade de que as informações prestadas pelo colaborador devem ser completas, verdadeiras e úteis, do contrário, não terá direito ao benefício.

Na primeira fase, antes que seja apresentado ao juiz que acompanhará as diligências e chancelará sua condição de legalidade, verificar-se-á pela autoridade policial ou mesmo pelo Ministério Público se o colaborador encontra-se abarcado pelos requisitos de admissibilidade.

Em hipóteses onde ainda não haja adequação aos requisitos então estará condicionado ao juízo de conveniência dos legitimados a buscarem autor ou coautor disposto a esclarecer fatos investigados e assim façam a devida proposta de

[28] MORAIS, Paulo José Iász. A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. P. 365-378.

colaboração, esclarecendo cada detalhe quanto às garantias, vantagens e possibilidades advindas dessa iniciativa processual.

Já, quanto a atuação do colaborador ante a autoridade policial, temos como primeira providência a indicação obrigatória do sigilo dos autos procedimentais e então sua submissão à intervenção do Ministério Público, para que se acompanhe as declarações feitas pelo colaborador.

Além disso, caso seja feita colaboração em sede de prisão em flagrante ou de cumprimento de mandado de prisão provisória, podendo ser preventiva ou temporária, ou de comparecimento espontâneo perante a autoridade policial, deverá ela tomar informações do colaborador na oportunidade da manifestação deste. Incorrendo em segunda etapa o dever de informação formal e escrita desse ato ao membro do Ministério Público.

Se no local houver plantão do Ministério Público ou a possibilidade de que seu representante se faça imediatamente presente, deverá ser convidado a participar da oitiva.

Já em casos de cumprimento de mandados de prisão provisória ou condução coercitiva para oitiva do réu, quando devidamente analisados os dados quanto à necessidade da colaboração premiada, então recomenda-se que seja informado ao membro do Ministério Público, para que seja oportunizada a presença deste na inquirição. Ressalte-se que desde já haverá a possibilidade da participação ativa do membro do Parquet.

Após as rodadas de negociação, será produzido um documento e autuado em apartado, já com o sigilo citado, que não deverá ser apensado ao inquérito nem

mesmo mencionado nesses autos, respeitando essas orientações especialmente nos sistemas informatizados de controle processual.

Recomendação dada pela ENCCLA diz que se deve gravar em meio audiovisual ou por gravação magnética a realização da negociação, visando a maior fidedignidade possível e evitar qualquer tipo de questionamento sobre a verossimilhança da proposta elaborada.[29]

Inclusão advinda da Súmula Vinculante nº 14 do STF[30] e que também se insere nesse âmbito processual é o acesso ao advogado com procuração especial aos autos, ressaltando-se que em nenhuma hipótese se terá acesso e nem conhecimento as diligências ainda não concluídas.

Tão logo seja o acordo proposto, encaminhar-se-ão os autos para o juízo afim de que sejam homologados (art. 4º §7º da Lei de Organizações Criminosas)[31]. Nada mais será juntado a esses autos, em ocasião onde serão reunidas todas as diligências provenientes da colaboração também nesses autos.

[29] MPF. Manual Colaboração Premiada. Brasília/DF. - ENCCLA – janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf. Acesso em 17 out. 2018.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230. Acesso em 24 abr. 2019.

[31] Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Atente-se ao fato de que nos autos do inquérito policial e nos do flagrante devam[32] conter depoimentos do conduzido ou indiciado, devendo se ater ao mínimo possível, não ultrapassando os limites impostos pela natureza jurídica da colaboração premiada. Sendo essencial até mesmo ao colaborador o fornecimento desse tipo de informação expressamente, visto que quando se trata de colaboração premiada estamos defronte informações retratáveis.

Em caráter passível de problematizações futuras, principalmente quanto aos atos emanados em períodos em que o juiz titular se encontra afastado por quaisquer motivos. Evitando, sem dúvidas, possíveis perdas ao colaborador, ressaltando a necessidade de constante observação execrando a possibilidade de atos políticos e enviesados em meio a aplicação da lei no judiciário, seguindo sempre o princípio do livre convencimento motivado.[33]

Somado a isso, a atuação do defensor é essencial nos atos do colaborador, visto que as informações fornecidas terão ligação estrita e diretamente com a possiblidade dos benefícios concedidos pelo juiz.

Chegado a esse ponto, o juiz terá duas etapas principais de atuação, a primeira é quando da homologação da proposta, em que se verifica os aspectos formais quanto à legalidade. E em segundo momento se faz a ponderação e análise das informações fornecidas que fundamentarão o quantum do benefício ofertado, previsto no caput do art. 4º da lei 12.850/13.

---

[32] Embora não se trate de norma expressa, o entendimento comum é que obrigatoriamente se deve instruir o inquérito com descrição dos fatos investigados, bem como documentos relacionados que minimamente demonstrem o fato criminoso.

[33] MPF. Manual Colaboração Premiada. Brasília/DF. - ENCCLA – janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf. Acesso em 17 out. 2018.

A fiscalização quanto aos aspectos de validade, legalidade e principalmente constitucionalidade do resultado proposto das negociações será analisado pelo juiz.

A atuação final do juiz, homologando os termos que foram analisados poderá ocorrer em três oportunidades, determinadas pelo momento em que o investigado prestou informações:

> "(a) se até a sentença de mérito, ocorrerá na sentença; (b) se acontecer entre a sentença e o julgamento pelo órgão recursal, seja qual for ele, ocorrerá no julgamento pelo Tribunal e constará do acórdão; (c) se a colaboração acontecer depois do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, pelo juízo da execução penal"[34]

Assim, dentre tantas possibilidades constantes do mundo fático, se segue em caráter padrão os requisitos citados, bem como as orientações procedimentais aos legitimados que operacionalizam esse instituto tão sensível, controvertido e com grandes chances de efetividade no combate as organizações criminosas, que por seu caráter complexo, necessita de aprofundamento pela doutrina.

2.2.3 Espécies

Ante a apresentação anterior, se evidencia a necessidade de classificar o instituto dentre seus aspectos e a sua relação no direito processual penal. Em síntese, colaboração premiada é uma ferramenta criada na legislação por meio da qual o investigado de prática delitiva decide transmitir informações dantes não conhecidas dos investigadores, em troca da proposição ao magistrado de atenuações ou até mesmo o perdão judicial dos crimes cometidos. Essas informações têm caráter de

[34] MPF. Manual Colaboração Premiada. Brasília/DF. - ENCCLA – janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf. Acesso em 17 out. 2018.

indício, podendo até se tornar meio de produção de prova, sendo claramente diferente de uma prova propriamente dita.[35]

No conceito do Professor Vladmir Aras, é cabível especificar doutrinariamente o instituto de quatro maneiras: delação premiada; colaboração para libertação; colaboração para localização e reparação de ativos e a colaboração preventiva.

> "Na modalidade "delação premiada", o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de "colaboração para libertação", o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na "colaboração para localização e recuperação de ativos", o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a "colaboração preventiva", na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita."[36]

Todas essas modalidades cunhadas pela doutrina guiando-se pelos cinco incisos do artigo 4º da lei 12.850/13[37] demonstram a preocupação do legislador em abranger vários aspectos do conceito de colaboração, expandindo assim sua função

[35] Este aspecto fica evidenciado no parágrafo dezesseis do artigo quarto, da lei de organizações criminosas, que impede que por si só as informações prestadas pelo colaborador sejam suficientes para enclausurar réu submetido ao sistema judiciário brasileiro.

[36] ARAS, Vladmir Barros. A técnica de colaboração premiada. Blog do Vlad. 2015. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/. Acesso em 16 set. 18.

[37] "Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. [...]"

benéfica ao colaborador, sendo demonstrada especialmente por meio de seus requisitos alternativos, ou seja, que não necessitam de cumulação[38]. Abrangência aqui compreendida como vontade de tornar notável os números positivos no tocante o combate ao crime organizado, que atua em total desequilíbrio de forças, tornando vulnerável o colaborador ante os outros réus.

Em caráter comparativos, serão apresentadas características semelhantes e divergentes acerca do instituto da colaboração premiada em outros países.

2.2.4 Direito Comparado

Inicia-se da premissa que a delação premiada não é um instituto novo, nem na justiça do Brasil e muito menos no mundo. Pois existem relatos de atos referentes a esse conjunto de ações que envolvem propostas de troca de informações por benefícios desde à Bíblia.[39]

Como o Brasil passou vários anos sendo colônia de Portugal é evidente que atuações legislativas provenientes deste ordenamento refletiriam diretamente sobre o nosso ordenamento. Em ilustração desse momento colonial, que possuía tímido mecanismo de investigação, trazia o livro V das Ordenações Filipinas: "aqueles que primeiro delatassem atos relativos ao crime de lesa majestade recebiam perdão e

[38] QUINTIERE, Víctor Minervino. Breves reflexões a respeito da colaboração premiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. P. 527-543.

[39] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

recompensas da realeza e, no caso dos inconfidentes, o delator obteve a remissão de suas dívidas pessoais."[40]

Nessa toada, se construiu e se consolidou a colaboração processual no Brasil, de acordo já explicado em tópico anterior e com as devidas adaptações ao nosso ordenamento. Primando por apresentar o instituto e suas características no direito Italiano e no Direito norte americano, em apertada síntese, teceremos comentários relativos ao uso e construção da colaboração premiada nesses países.

Como é cediço, a legislação referente ao combate ao crime organizado tomou força e importância no mundo ao se tratar do combate das máfias, ocorridas principalmente na Itália na década de 70 e 80. Já quanto aos Estados Unidos, com as devidas adaptações referentes ao common law para a civil law, ainda há grandes diferenças, mas que são essenciais quando da comparação sistematizada das leis no mundo.

Na jurisdição italiana foi cunhada a expressão "*pentiti*", que traduzida tem como significado arrependidos. Esse termo é tido como basilar para a delação premiada italiana, principalmente quando da alarmante situação social dessa nação ante ao aumento e empoderamento dos grupos organizados com objetivos delitivos.[41]

Quanto o aspecto do benefício ofertado em troca da colaboração do arrependido, traz José Alexandre Guidi o seguinte esclarecimento:

---

[40] BRITO, Nayara Graciela Sales. Livro V das Ordenações Filipinas e três institutos atualmente conhecidos no Direito Penal. 05 dez 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,livrov-das-ordenacoes-filipinas-e-tres-institutos-atualmente-conhecidos-no-direito-penal,29842.html. Acesso em: 18 set. 2018.

[41] BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12.

> "Na Itália, quando o agente se arrepender depois da prática de algum crime, sendo este em concurso com organizações criminosas, e se empenhar para diminuir as consequências desse crime, confessando-o ou impedindo o cometimento de crimes conexos, terá o benefício de diminuição especial de um terço da pena que for fixada na sentença condenatória, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos"[42]

Nesse verbete se constata a preocupação do legislador em diferenciar a figura do colaborador, tornando uma nova situação jurídica em relação a organização e o crime praticado.

Desta forma é encontrada a primeira semelhança ao ordenamento jurídico local, a característica do arrependimento quanto aos atos criminosos quando da tipificação do criminoso ao instituto da delação premiada.

Outro fator diferenciador vem na concepção de Juarez Cirino dos Santos, classificando a atividade da Máfia siciliana como algo maior e relacionado principalmente à política e à cultura secular da Itália Meridional.[43]

Apesar dessa característica, as organizações não se afastam dos ideais criminosos, visando lucros e minimizando custos, sempre alargando canais de expansão no comércio mundial até se tornarem redes à níveis mundiais, atuando em lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, principalmente.

Dada a sua completude, a legislação italiana contempla quatro principais aspectos disciplinares de estratégias de combate da criminalidade: o sancionatório (material), processual, penitenciário e tutório.[44].....

[42] GUIDI, José Alexandre Marson. 2000. *apud* BEGGIORA, Murilo Alberti. Delação Premiada. 2016. Monografia. (graduação em direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016.

[43] BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 13.

O estágio sancionatório é baseado no regime duplo-binário, que enfatiza o endurecimento de penas, chegante até mesmo a criar novos tipos delitivos quando da inexistência anterior deste, e também, pela concessão de benefícios ao delator quando da subsunção aos requisitos legais.[45]

O estágio processual tem como característica a avaliação comportamental do delator, verificando a autenticidade das informações prestadas. Tendo como especial característica do ordenamento em tela, a possibilidade abstrata de os *pentitis* vierem a ser citados como testemunhas. Porém, adotando a razoabilidade ao perceber o caráter possivelmente enviesado dos depoimentos, podendo ser chamada mesmo de "testemunhas suspeitas", o Código de Processo Penal estabeleceu que deverá haver uma valoração prudente da prova fornecida por essas testemunhas. Tomando como fases da análise desse depoimento a verificação da credibilidade do declarante, da confiabilidade intrínseca ou genérica das informações prestadas e da valoração da existência e consistência da declaração. Todos esses requisitos perpassam vários aspectos imaginados pelo legislador como fundamentador de um depoimento verossímil e materialmente real.[46]

A etapa denominada tutória foi fator determinante quanto à proteção dispensada à família do colaborador e ao colaborador. Como lei que atua nesse sentido está o Decreto-Lei nº8, de 15 de janeiro de 1991, que foi convertido com alterações na Lei 82, de 15 de março. Nesta lei, além das proteções, ainda se fala em

[44] Ibidem.
[45] Ibidem.
[46] BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14.

alterações de documentos e mudança de domicílio, restringindo a atuação do colaborador a não se manifestar sobre qualquer declaração feita à justiça.[47]

Assim como no direito substancial, a normatividade penal do direito penitenciário também é baseada num duplo-binário, que regula benefícios ou malefícios que serão concedidos ao colaborador de acordo sua atuação. Exemplos da operacionalização desse momento temos a restrição severa da possibilidade de obter benefícios penitenciários diversos da liberação antecipada, bem como o afastamento da possiblidade de medidas cautelares diversas da custódia em cárcere. Doutro lado, aos que colaborassem, obteriam como benesse a possibilidade da custódia em locais diferentes dos comuns, revogação da custódia e até mesmo a substituição por uma medida cautelar mais branda.[48]

Nesses termos foram elaborados os termos das ferramentas de colaboração na Itália, as quais obtiveram resultados eficazes contra a famigerada criminalidade organizada italiana.

Em macro avaliação, seguiremos falando da delação premiada no ordenamento Jurídico norte americano. Duas dessemelhanças merecem destaque quanto aos ordenamentos. O primeiro deles é a contraposição entre o princípio da obrigatoriedade, constante no ordenamento local, que confere ao Ministério Público o dever de observar a lei e oferecer a Ação Penal, e o princípio da oportunidade, que dá maior maleabilidade ao titular da Ação Penal, ainda conforme a lei, quanto ao oferecimento da denúncia no ordenamento norte americano e também no Espanhol.

[47] BITTAR, Walter Barbosa. Op. cit. p. 19.
[48] Ibidem.

Em outras palavras, não poderá o membro do Parquet recusar-se a dar início a Ação Penal no Brasil.[49] Enquanto no ordenamento norte americano vige o princípio da conveniência que confere certo nível de liberdade ao Promotor, sendo a diminuição ou isenção da pena apenas uma face ante a gama de figuras trazidas pelo princípio da oportunidade.[50]

Nessa observação, se busca fundamentar a principal diferença nas leis e ideias que nortearam as instituições de cada país. Porém, também existem semelhanças, no modelo premial norte-americano a delação premiada tem influências da interpretação anglo-saxônica, em especial quanto a "não-autoincriminação", desse fundamento jurídico se depreende que o acusado tem o direito de se colocar a disposição da justiça sob posição de voluntário e visando subsidiar sua defesa, nunca a se afastar da verossimilhança dos fatos perquiridos.

O modelo norte americano é conhecido como *Plea Bargaining*. Nesse modelo o Promotor pode negociar com o acusado as penas referidas quanto ao crime cometido, porém inexiste hipótese de negociação de completa absolvição.[51] Essa negociação é feita ainda sem interferência do judiciário, que só atua posteriormente, restando ao Ministério Público nessa fase anterior a gerência direta para conduzir a investigação policial.

Diante das explicações, adentra-se ao sistema norte americano que tem subdivisão em *explicit plea bargaining* (formal) e o *implicit plea bargaining*. A

[49] MASSON, Cleber, Vinicius Marçal. Crime organizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método, 2015. P. 36.

[50] ALAN, 2015, apud BEGGIORA, Murilo Alberti. Delação Premiada. 2016. Monografia. (graduação em direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016..

[51] GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. Plea Bargaining no Processo Penal : perda das garantias. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/2123/plea-bargaining-no-processo-penal-perda-das-garantias. Acesso em: 21 set. 2018.

primeira forma se ramifica em: *sentença bargining*, *a charge bargaining* e a forma mista. A primeira forma consiste em: "promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes [...] ao juiz – as quais este não está obrigado a seguir – ou, de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feita pela defesa".[52] Já a *charge bargaining* busca-se "em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecutor* se compromete a abandonar de terminada ou determinadas importações que originalmente lhe foram feitas, ou delito menos grave que o realmente cometido"[53]. Já o misto abrange uma redução da pena em troca da confissão do acusado.

Noutra modalidade do *plea bargaining*, é menos objetiva que a anterior, já que diante da voluntariedade do acusado quanto à colaboração permitir-se-á que em momento anterior ao julgamento se proporcione pena menor. Noutro giro, é importante perceber que na modalidade do instituto explícito está contido o implícito, mas sobretudo ainda se mantém suas independências, podendo se concluir que caso fosse abolida legalmente *plea bargaining (explicit)* ela prosseguiria seu funcionamento em maneira informal (*implicit).*[54].....

Já o direito Espanhol, também relevante por suas características de combate principalmente ao terrorismo, tem em sua primeira lei premial a Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio de 1988. Que incluía no ordenamento a possibilidade de remissão

[52] SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da indisponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fasc. 2. Belo Horizonte, dez. 1998, p. 264. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining_Souza.pdf?sequence=1. Acesso em 20 nov. 2018.

[53] Ibidem.

[54] BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 248.

parcial ou total da pena, conforme as circunstâncias. O terrorismo era considerado elemento histórico do país, encrustado em sua estrutura, e a legislação anterior não estava configurada para tratar esse fenômeno de forma permanente.[55] Dada a onda que trouxe ao ordenamento de vários países da região europeia esse tipo de abordagem ao crime de terrorismo, a Espanha adotou também a legislação premial.

Em novo código, Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995, a legislação referente ao combate do terrorismo teve extensão ao crime de tráfico de drogas, art. 376. Porém, não se admitia a remissão total da pena.

Devidos aos aspectos semelhantes, especificamente quanto à finalidade dos requisitos para se adequar ao direito em tela, exigia-se aos colaboradores: o abandono voluntário das atividades delitivas, apresentação as autoridades confessando os fatos que tenha participado, colaboração ativa para impedir a produção do delito e para obter provas fundamentadas para identificação ou captura de outros responsáveis, ou para impedir a atuação ou desenvolvimento de bandos armados, organizações criminosas ou terroristas a que tenha pertencido ou colaborado.[56]

Outra característica das influências internacionais, está a efetiva participação da Espanha na legislação premial italiana, especialmente no "duplo binário", em que consiste no maior rigor para os irredutíveis e, de outro, benefícios para os colaboradores. Essa legislação se baseava principalmente na real troca do direito de obtenção da redução de regime de cumprimento de pena, por, além dos requisitos já citados, informe favorável a reinserção social. Devendo o premiado não só

[55] Ibidem.

[56] BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 248.

demonstrar que cumpriu a pena sentenciada na esfera cível quanto à reparação, mas que se desvinculou definitivamente das organizações criminosas e que ativamente colabora com a justiça.[57]

Outra norma interessante no tocante ao Direito Penal Espanhol é a possibilidade trazida pelo princípio do consenso. Oportunidade esta trazida pela LECr *(Ley de Enjuiciamento Criminal),* que faculta aos membros do Ministério Público, em petição conjunta com o acusado, disponham em juízo de tese em que as duas partes concordam. Os exemplos estão dispostos no artigo 787, 1 a 7. Essa hipótese não afasta o Promotor do Princípio da legalidade, que também acompanha a atuação ministerial.[58]

Ao se apresentar as diferentes atuações Estatais em diferentes países, faz-se necessário entender a divisão estabelecida pelo legislador brasileiro ao conferir atribuições específicas a cada um dos entes que presentam o Estado.

3 JUS PUNIENDI E O PAPEL DOS AGENTES ESTATAIS NO PROCEDIMENTO RELATIVO À COLABORAÇÃO PREMIADA

O presente capítulo visa integrar o leitor das atribuições e limitações funcionais dos principais atores representantes do poder punitivo do Estado. Ressaltando-se a relação direta das adequações ao devido processo legal e a prevenção de nulidades, iniciando-se o estudo com a classificação dada ao sistema penal brasileiro, visto que a partir desse conceito é possível perceber as bases com as

[57] Ibidem.

[58] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 191.

quais o legislador direcionou a atuação penal de cada ente da máquina estatal nesse momento do Estado democrático de direito.[59]

Advindo do Direito Canônico, o sistema penal inquisitivo teve crescimento considerável na Europa, mas não alcançou espaço de atuação ao se confrontar ao longo dos anos com os ideais liberais: a humanização das regras processuais, oralidade, publicidade, sentenças motivadas bem como a proibição das denúncias secretas e das torturas.[60]

Apesar de ainda existirem resquícios de um sistema inquisitivo, com a cada vez mais aplicada jurisprudência desenvolvida sob os aspectos do Novo Código de Processo Penal se tende ao desenvolvimento de características do chamado sistema penal acusatório[61], a qual Norberto Avena se filia, ou para outra corrente, a minoritária, de um sistema misto ou inquisitivo garantista.[62]

Dentre as características, há ainda obstáculos referentes a esse novo modo de pensar, há resistência e crítica ao inferir uma tolerância maior com a criminalidade, mas que vem dando lugar as atuações vanguardistas a partir da criação do ministério público bem como o fortalecimento e aparelhamento das defensorias públicas.[63]

Ao se definir divisões diferentes e atribuições ao poder do Estado deve-se conhecer dos conceitos básicos da pesquisa. Do latim vem a expressão *jus puniendi*,

---

[59] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Delação premiada: Uma realidade sem volta. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 241-260.

[60] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. *apud* VARGAS, Tatiana de Morais. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal. 2009. Monografia. Graduação. Faculdade de Direito. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009.

[61] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 115.

[62] AVENA, Norberto. Manual de Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

[63] PRADO, Geraldo. Op. cit. 115.

que é o direito de punir do Estado. E dada a disposição atual do ordenamento jurídico brasileiro, esse direito se está concretizado no Direito Penal, que por sua vez está devidamente codificado e complementado por leis esparsas. Essa sistematização é responsável pela limitação do poder Estatal dado a cada agente desse sistema, na aplicação de penas em face das condutas que causem dano ou lesão a outrem, que nessa toada serão pormenorizadas a seguir tendo como enquadro a lei 12.850/13, que melhor especifica o tratamento dado à colaboração premiada.

3.1 Juiz

Decorrente da promulgação da Constituição Federal vigente, a redemocratização dos sistemas políticos e jurídicos do nosso país bastante se aperfeiçoaram. Garantias e direitos tomaram espaço e com as devidas adequações foram compatibilizadas, como é o caso do Direito Penal. Decorrente dessa característica, os princípios penais e processuais trazidos na Constituição tem o condão de condicionar a atuação dos poderes públicos ao cumprimento das normas estabelecidas e hierarquicamente superiores, devendo-se em alguns casos até mesmo nortear-se pelos princípios constitucionais, se ausente norma específica.

Dentre os princípios está o da Imparcialidade do juiz, que vem lastreado no artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem[64], que apesar e não estar expresso na Constituição é uma garantia implícita. E está expressa no art. 8º,1, do Pacto de São José da Costa Rica (aprovado pelo Decreto nº 678/92).[65]

[64] Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

65 Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

Nesse tema são debatidas as causas que limitariam ou permitiriam a atuação do Juiz do caso julgado. A lei 12.850/13 trouxe a superação da participação ativa do juiz na produção da prova, já que antes, ao silêncio da lei, era possível optar pelo distanciamento e verificação apenas a extensão da colaboração, sua eficácia e utilidade, bem como a amplitude do benefício ou pela intervenção direta nas rodadas de negociação entre Ministério Público e réu.[66]

Essa lacuna foi superada pela regulamentação dada pelo art. 4º §§7º e 8º da lei 12.850/13[67], indicando que os termos do procedimento seriam remetidos ao juiz para verificação da regularidade, voluntariedade e legalidade. Ainda sobre esse aspecto, é passível de recusa a colaboração premiada que não atenda aos requisitos legais, devendo o juiz adequá-la ao caso concreto.

Essa adequação ao caso concreto é uma expressão pouco explicada, gerando assim um problema quanto à limitação das atribuições do juiz, já que pode ser assimilada de diversas formas. Uma possível solução seria a interpretação dessa apreciação do mesmo modo como o judiciário aprecia atos administrativos, passível de provocação e visando a legalidade dos atos e comportamento.[68] Para tanto, já é

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

66 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação exige regulamentação mais clara. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara. Acesso em: 18 nov. 2018.

67 "§ 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto."

68 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal: Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 265.

pacificada a atuação do judiciário em controle de atos administrativos por meio da Súmula 473 STF.[69]

Também encontra abrigo na legislação, o caso em que o juiz percebendo o caráter parcial da colaboração prestada, carecendo assim de profundidade probatória, não homologue o procedimento elaborado integralmente, havendo avaliação caso a caso quanto à compatibilidade da vantagem percebida.

Em outro vértice, em reforço a essa delimitação de atribuições, o STF sumulou hipótese provinda da lei 9.099/95 (lei dos juizados especiais) em que reunidos pressupostos para concessão de benefício legal permissivos e com a recusa do membro do Ministério Público em se manifestar a favor, então seria cabível ao juiz a remessa ao Procurador-Geral, utilizando-se do art. 28 do Código de Processo Penal por analogia, colocando em evidência o exercício funcional dos integrantes do Ministério Público separando-os, assim, dos magistrados e suas atribuições.[70]

Outro fator importante é a redução a termo do acordo de colaboração premiada. Preenchido os requisitos legais então o colaborador estará amparado pelo instituto. Cabendo aos representantes estatais o dever de informação na elaboração desses termos, em esclarecimento para caso em que o colaborador minta ou mesmo omita algum dado a respeito do que se está sendo negociado, resultando na invalidade do acordo, podendo ter como consequência a condenação do colaborador, inobservado os benefícios dispostos no acordo. Porém, as provas

[69] A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

[70] Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

obtidas nas rodadas de negociação serão consideradas aptas a produzirem efeitos probatórios.

Conforme já explanado em parágrafo anterior, então o magistrado em típico exercício de atividade jurisdicional, fará a verificação das legalidades das cláusulas, que serão chanceladas a produzirem efeitos. Não estando de maneira nenhuma o juiz vinculado as disposições do termo de colaboração. Restando à ultima análise feita pelo magistrado para a análise do mérito negociado e estabelecido, exarando a sentença que estabelecerá condições para a eficácia do acordo.

Em título recente, Alexandre de Moraes imputa caráter duvidoso à imparcialidade do juiz para a homologação de acordo de colaboração premiada, visto que este mesmo juiz é quem se alinha ao Estado acusador para deferir medidas cautelares (prisão, condução coercitiva, sequestro, interceptações, entre outras).[71] Medida esta que possui solução citada no julgamento da ADI 5508 e melhor explicada no tópico 4.2.10, ao se falar do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO).

O objetivo dessa homologação é principalmente a ratificação do magistrado quanto aos atos já praticados pelas partes relativos à conformação com a legalidade, levando ao afastamento do uso das provas trazidas quando eivadas de vícios ou nulidades.

Contudo, avaliada a homologação não haverá óbice legal à remessa do material produzido ao órgão negociador para manutenção e revisão da negociação. Nesse sentido não conta na lei o recurso cabível para o ato judicial de homologação

[71] ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Empório Modara: Florianópolis, 2018. p. 150.

ou contra o indeferimento, razão pela qual Nucci indica a correição parcial, que é indicada para correção de erros de procedimento do magistrado.[72]

Outro princípio relativo à competência é a necessidade das adequações ao juiz natural, devendo este manter uma linha lógica se afastando das decisões contraditórias sobre os mesmos fatos criminosos, inclusive nos casos de alteração da jurisdição. Não se esquecendo das hipóteses excepcionais as quais os réus possuem foro por prerrogativa de função, situação em que se sujeitarão à juízo diferenciado da regra comum.

Essa regra comum é substanciada na Constituição, estabelecendo os critérios em razão da matéria e em razão da pessoa, além dos casos constitucionais temos os casos trazidos pela legislação ordinária, que trazem as competências em razão do lugar e da natureza do crime, que são as varas especializadas, devidamente respeitados prevenção e distribuição aleatória dentre as varas existentes.

Tendo em vista o estreitamento da distância entre regiões e fatos que ocorreram em regiões diferentes, então deve-se primar pela colaboração entre órgãos acusatórios, buscando a verdade real com o mínimo viés possível decorrente de interlocução. Existindo fatores facilitadores, além das clássicas cartas precatória e rogatória, se mostra bastante eficiente a vídeo conferência, que possibilita o acompanhamento de uma oitiva em tempo real em qualquer lugar do mundo com conexão à internet e aparelho captador e receptador audiovisual.

Quanto à homologação na fase pré processual, inicialmente se compete ao juízo de primeira instância, caso não possua foro por prerrogativa de função, sendo federal ou estadual, adequando-se aos crimes cometidos no caso investigado.

[72] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas – vol. 2 – Rio de Janeiro. Forense. 2017. p. 798.

Ainda sobre esse tema, levanta-se a necessidade de conexão e continência dos delitos que se interconectam. Seja no campo da produção da prova ou no campo do prosseguimento da linha investigativa por fatos praticados por duas ou mais pessoas.

Diante dos dados trazidos pelo colaborador, sendo-lhe vedado a ocultação de informações, se busca então o magistrado a correlação com os resultados almejados no art. 4º e seus incisos.[73]

As indicações trazidas pelo colaborador devem passar pelo crivo dos legitimados a propor o acordo de colaboração premiada, bem como fase judicial pelo juiz. Evitando-se assim a formação e prosseguimento viés probatório insubsistentes, devendo-se total observância aos princípios constitucionais, bem como às garantias em prol dos possíveis delatados.

Outros aspectos quanto ao papel punitivo do Estado estarão descritos no último capítulo, em que houve discussão central sob o papel do juiz no processo de julgamento do acordo de colaboração premiada.

3.2 Ministério Público

Também participante do processamento judicial o Ministério Público tem característica especial decorrente do sistema do Poder acusatório. Essas características trazidas pela Constituição Federal de 1988 estão presentes na extensão da máxima lei do país, estabelecendo, assim, em matéria de sistema processual penal, o modelo acusatório. Uma das características é que as funções de acusar, defender e

[73] "art. 4º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I- a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; I - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada."

julgar são desempenhadas por pessoas distintas e com encargos essencialmente diversos no processo penal, papéis esses que com a evolução do direito e com o nascimento de novos institutos processuais

Com argumentos do Professor Auri Lopes Jr. sinaliza-se a escolha do legislador constitucional pelo sistema acusatório como indicativo de uma vontade de respeito às liberdades individuais e ainda no objetivo de fortalecimento da atuação democrática estatal, diferente das características trazidas nos países que optaram pelo sistema penal inquisitório, que demonstram traços de autoritarismo, repreendendo as garantias estatais em prol da hegemonia Estatal.[74]

No caso específico do acordo de colaboração premiada, o Delegado de Polícia não é parte processual, ou seja, não tem qualquer papel ou encargo probatório após a judicialização do Inquérito Policial, caso esse exista. Nessa condição, tendo presente que da colaboração premiada poderão surgir benefícios penais a serem reconhecidos pelo juiz necessariamente no âmbito de uma ação penal na qual não participa a autoridade policial, seu envolvimento nas negociações somente pode ser admitido se presente o Ministério Público, sob pena de violação do sistema acusatório.

A atuação do Ministério Público é instituída no âmbito do art. 129, I, em que se determina o caráter privativo da promoção da Ação Penal Pública. No entanto, a busca pela melhor justiça determina que ao invés de um caráter concorrencial entre instituições seja estabelecida uma cooperação, exaltando o interesse público e não dependendo do órgão que represente o Estado.

O tema será alvo de fundamentação pelos Ministros nos tópicos 4.2.4 e 4.2.8, que formam base para os argumentos a favor da essencialidade do Ministério

74 LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

Público como agente participante da formulação do acordo de Colaboração Premiada.

3.2 Delegado

Como terceiro elemento Estatal no processo jurídico criminal tem-se a figura da Autoridade Policial, esta que tem relação direta nas investigações e apurações criminais subsidiadas pelos mais diversos instrumentos de investigação.

Tendo em vista a grande utilização da colaboração premiada, principalmente no âmbito da Operação Lava-Jato, para auxiliar no esclarecimento de crimes do colarinho branco, este mecanismo tem sido utilizado pela acusação processual, pela autoridade policial, contado com seu valor orientador para a investigação também na fase pré-processual, como também para a defesa do acusado.[75]

Questão trazida legalmente no art. 4º, §§2º e 6º da Lei 12.850/13, e que foi objeto da ADI 5508 no STF, foi questionada especialmente pelos autores oriundos do Ministério Público, munidos pelo argumento de que feriria o sistema acusatório[76], a atuação da Polícia como atriz principal para guiar e propor acordo de colaboração premiada vem sido questionado duramente, pois "nenhuma providência probatória poderia ser efetivada sem a provocação das partes, em especial quando o titular da ação penal ainda não tiver se manifestado a *opinio delicti*."[77]

Na visão do representante do Ministério Público Eduardo Araújo da Silva:

75 HOFFMANN, Henrique. Legitimidade do Delegado de Polícia para celebração da colaboração premiada. 2016. Disponível em: https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/311054809/legitimidade-do-delegado-de-policia-para-celebracao-da-colaboracao-premiada. Acesso em 15 mar. 2018.

77 HOFFMANN, Henrique. Legitimidade do Delegado de Polícia para celebração da colaboração premiada. 2016. Disponível em: https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/311054809/legitimidade-do-delegado-de-policia-para-celebracao-da-colaboracao-premiada. Acesso em 15 mar. 2018.

> "A lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a atividade judicial de busca da imposição penal em processo-crime, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação."[78]

Contrário à visão acima Hoffmann fragiliza o argumento explicando que nem mesmo o Inquérito Policial teria andamento, visto que o titular principal da instrução do inquérito tem como protagonista a própria polícia, dizendo até mesmo que com essa crítica quem defende a titularidade unicamente do Ministério Público estaria equivocado quanto a função do inquérito, que deve-se desenvolver de maneira "autônoma e imparcial, sem qualquer compromisso com as partes do processo, mas apenas com a verdade e com a justiça."

Nesse sentido, a jurisprudência dita que "A Suprema Corte caminha no sentido de que a presidência do inquérito policial é exclusividade da Polícia judiciária"[79] como também o Tribunal da Cidadania, cabendo a outras instituições como o Ministério Público a instrução da investigação em outras fases.[80] Cabendo em aspecto a propositura, caso cabível, de medida judicial por meio de parecer, sempre lembrando que se trata de uma propositura que é confirmada ou não pelo juiz do caso; Garantindo sempre a imparcialidade e independência das investigações, visto que "como poderia o Ministério Público, como parte da relação processual conduzir a investigação com a devida isenção se ele já tem em mente uma futura

78 silva, Eduardo Araújo . Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – lei nº 12.850/13. Disponível em midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf. Acesso em 15 abr. 2018.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal pleno, ADI 1570, Rel. min. Maurício Corrêa. dj 22/10/2004; STF, tribunal pleno, RE 593.727, Rel. min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

80 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça, Habeas Corpus 45.057, Rel. Min. Arnaldo esteves lima, DJE 21/09/2009.

batalha a ser travada durante o processo?"[81] e nas palavras de Calamandrei: "considerar o MP ao mesmo tempo um 'advogado sem paixão' e 'juiz sem imparcialidade', não parece ser positivo para a garantia de um processo penal verdadeiramente democrático."[82]

Nesse quesito há total desacordo com a realidade fática processual, visto que mesmo que o Ministério Público seja o condutor processual na judicialização do crime este tem fiel dever de seguir a lei, alegando quando cabível as medidas concernentes a questões de defesa, ficando impossibilitado de avançar a investigação sobre réus sem o mínimo fumus boni iuris. Outro lado ainda é a dificuldade em se apurar matéria probatória em atos abarcados pela Lei de Organizações Criminosas, devendo em todos os aspectos haver o acompanhamento pela entidade que representará a acusação em juízo, sempre à luz da legalidade.

> "O delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, é a autoridade mais indicada para saber quais as necessidades da investigação em desenvolvimento, sendo que a utilização de medidas cautelares constitui um dos possíveis caminhos a serem trilhados na busca pela verdade. Desse modo, se a adoção de tais medidas ficasse condicionada ao parecer do Ministério Público, isso significaria que a própria investigação ficaria vinculada a este órgão e sob o seu controle, sepultando a um só tempo o art. 144 da CF e a Lei 12.830/13."[83]

Não se trata a instrução probatória de uma construção unicamente feita por um órgão, tornando a discussão em torno da titularidade única de atribuições um risco imenso de influenciar os órgãos possuidores dessas atribuições em tornarem-se em fortalezas incomunicáveis, fechadas em si, prejudicando de forma direta a

81 HOFFMANN, Henrique. Legitimidade do delegado de polícia para celebração da colaboração premiada. 2016. https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/311054809/legitimidade-do-delegado-de-policia-para-celebracao-da-colaboracao-premiada. Acesso em 15 mar. 2018.

82 Ibidem.

83 Ibidem.

investigação dada a flexibilidade investigativa e atribuição exclusiva de cada órgão. Sendo essencial na condução das investigações uma comunhão de ações de forma que não se macule qualquer tipo de prova essencial ao esclarecimento dos fatos investigados.

Quanto aos argumentos contrários à Polícia estão o de que no "art. 4º, §6º, da Lei diz que o juiz não participa das negociações 'entre as partes' para a formalização do acordo de colaboração, já que são garantidos os direitos fundamentais do suspeito ou do acusado, devendo agir como terceiro imparcial. Porém, mais adiante, ferindo a Constituição, a lei permite que tal acordo ocorra 'entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público', o que é um contrassenso, já que delegados não integram a relação jurídica processual; e não serão partes de eventual ação penal."

No mesmo sentido o §2º quando estende também a capacidade de requerer a concessão de perdão judicial ao colaborador no âmbito da Polícia também, causando estranheza para alguns pois se trata de um propositor que nem mesmo parte no processo penal prevista é, situação que pode encontrar eventual dissonância com o autor da ação penal (dominus litis), sempre ressaltando a natureza da colaboração premiada que se trata de objeto processual e não pré processual.

Para quem está a favor:

> "Conclui-se que a colaboração premiada deve ser orientada e manejada com observância dos mesmos princípios citados, que orientam a atividade de polícia judiciária, tais como a legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, razoabilidade, celeridade, economicidade e instrumentalidade das formas, não havendo espaço, num Estado moderno e Democrático de Direito, que vive e se organiza sob o império

> das leis, para monopólio institucional desse meio de obtenção de prova."[84]

Aqui é trazida a aplicação dos princípios inerentes a atividade policial que foram descritos na lei de atribuição funcional da Polícia judiciária, por se tratar de objeto de trabalho no cotidiano dos agentes estatais policias estava deve seguir estritamente os princípios gerais que regem essa atividade ante a inexistência de princípios específicos, além das interpretações jurisprudenciais;

> "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR, sob relatoria do ministro Dias Tóffoli, firmou entendimento no sentido de que: No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador (grifos nossos)."[85]

Interpretação cabível é que se trata a colaboração premiada apenas de meio orientador das investigações, inexistindo espaço para que de per si se condene alguém, sem levar em conta qualquer outro tipo de prova confirmadora dos dados obtidos por este meio de produção de prova.

> "Como pontua o também procurador da República Andrey Borges de Medeiros, "de qualquer sorte, mais importante é que

---

[84] GOMES, Rodrigo Carneiro. Fundamentos da polícia judiciária nos acordos de delação premiada. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/fundamentos-policia-judiciaria-acordos-delacao-premiada. Acesso em 15 abr. de 2018.

85 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Informativo 796, de 24 a 28 de agosto de 2015. Disponível em http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm. Acesso em 15 abr. 2018.

> haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime organizado, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas".

Apesar de se tratar a construção legislativa algumas vezes de uma construção falha em manter uma segurança jurídica necessária, foi analisado no artigo citado a evolução legal, distinguindo como entes públicos responsáveis pela orientação principal da colaboração premiada como: "denunciar à autoridade (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990); Chegando até mesmo a se omitir quanto à especificação da autoridade responsável (art. 6º da lei 9.034/94); A autoridade policial ou judicial (Lei 9.080/1995); Colaborar espontaneamente com as autoridades (Parágrafo 5º da lei 9.613/1999); Art. 13 da lei 9.807/1999 – colaborado efetiva e voluntariamente com as investigações, citando no artigo quatorze a especificação: com a investigação policial.

> "Considerando que o delegado de polícia preside a investigação criminal feita por meio do inquérito policial (Lei 12.830/2012), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação."[86]

Indicando em vários argumentos a ligação direta entre o meio de obtenção de prova e o momento ideal para se aplicar o instituto da colaboração premiada visto a sua natureza jurídica: meio de obtenção de prova. Observando-se assim que será uma difícil missão desconstruir argumentos tão consolidados a favor da constitucionalidade do instituto.

A construção dos outros fundamentos quanto à impossibilidade e possibilidade da legitimidade da autoridade policial para firmar o acordo de

[86] ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração Premiada e Polícia Judiciária: a legitimidade do delegado de polícia. Consultor jurídico. 29 de MARÇO de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado#_ftn2> Acesso em 15 abr. 2018.

colaboração premiado serão amparados pelos votos trazidos do debate feito por meio de transcrição dos vídeos do Plenário na Suprema Corte, bem como os outros tópicos referentes ao Sistema Acusatório e os voltados à Constitucionalidade da legitimação do Ministério Público para firmar o acordo de colaboração premiada ainda serão discutidos, no capítulo 3 levados à luz dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

4 ESTUDO DE CASO: ADI 5508 E A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Após levantados os aspectos doutrinários, finalmente discute-se os aspectos trazidos pelo Procurador Geral da República, que foi quem deu início ao questionamentos dos incisos da Lei de Organizações criminosas, e após a solução encontrada pelos ministros, bem como o fundamento de suas decisões para atender à demanda levantada.

De início, e em sede de controle de constitucionalidade, o Procurador Geral da República, elege esta via por se tratar de evidências contrárias à Constituição, em suas palavras, em especial o devido processo legal[87], a moralidade[88], o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição[89], a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por

87 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

88 "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)"

89 "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

membros legalmente investidos na carreira[90], a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública[91].

4.1 Discussão trazida na inicial

Na peça que deu início ao julgamento da questão da legitimidade para propor o acordo de colaboração premiada se levantaram vários aspectos relevantes, sendo a peça dividida em cinco tópicos, a saber: Aspectos introdutórios; Sistema acusatório, papel do ministério público na persecução penal e ilegitimidade de delegados de polícia; legitimidade exclusiva do ministério público para acordos de colaboração premiada; Indispensabilidade de concordância do ministério público em acordos de colaboração premiada; ofensa ao devido processo penal, à segurança jurídica e à moralidade; breve análise comparativa;

Diante da peça que possui quarenta e oito laudas será evidenciado um breve relato das questões levantadas nos capítulos da peça para que melhor se faça o entendimento acerca da resposta judicial votada em sede de julgamento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI.

No primeiro capítulo o autor segue apresentando o instituto da colaboração premiada, bem como sua construção histórica através das leis (como a Lei 8.072, de

90 "§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, [...]"

91 "§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:" I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

25 de julho de 1990,8 a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, a Lei 9.613, de 3 de março de 1998,10 a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, 11 e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002).[92]

Secundariamente, se invocam as características que demonstram a opção de o legislador originário ter adotado o sistema acusatório mitigado, reforçando a delimitação exata na persecução penal, até chegar nos argumentos que reforçam a interferência direta de um ente estatal que não possui capacidade de atuação no processo, mas que ao obter a legitimidade legal para propor acordo de colaboração premiada estaria dispondo de parte ou integralidade de conteúdo concernente exclusivamente ao titular da Ação Penal.

A partir da problemática anterior e baseado principalmente no artigo 129, inciso I da Constituição Federal, o representante do Ministério Público reivindica no terceiro capítulo da ADI 5508 a posição de dominus litis, colocando o Parquet como titular, privativo, da ação penal pública, não havendo hipótese cabível, muito menos hermenêutica, que chegue a tangenciar essa atribuição delegada.

Já no que tange ao conteúdo prático da colaboração premiada, o autor busca uma interpretação que dê vinculação à manifestação do Ministério Público trazida no corpo dos parágrafos questionados, de maneira que não seja cabível à autoridade policial a possibilidade de representação válida de maneira a produzir efeitos em juízo, chegando até mesmo dar caráter obrigatório à participação em todo o processo de negociação por parte do membro do Ministério Público, quando se trate de acordo de colaboração proposto pelo Delegado de Polícia.

[92] Detalhadamente traz a colaboração premiada em seus aspectos embrionários e assistemáticos de evolução legal no Brasil.

Por fim, em seus dois últimos capítulos, se esclarece o motivo resultante da ofensa ao devido processo legal, à segurança jurídica e à moralidade, que tem fulcro principalmente na possibilidade de que se dê prosseguimento as tratativas com órgão incompetente para cumprí-las. Restando ainda para finalizar uma comparação com países da América latina, Norte americanos e a Alemanha, frisando as características no papel da restrição de poderes processuais que se confere as autoridades policiais daqueles Estados em relação a amplitude de atuação da polícia judiciária no Brasil.

São essas demandas que compõem a ADI 5508, objeto de estudo desta pesquisa.

4.2 Análise do julgamento da ADI 5508

A seguir serão apresentados argumentos colocados pelos Ministros de maneira a contrapor argumentos trazidos pelos próprios Ministros, adotando uma postura descritiva e sistematizadora diante do julgamento da ADI em tela.

4.2.1 Da distinção entre colaboração e acordo de colaboração

Uma distinção feita apenas no âmbito do julgamento em relação a parte anterior da pesquisa, o Ministro Fachin que inicia seu voto colocando três pilares fundamentais ao entendimento do instituto debatido, tem como especificidade essencial a distinção entre colaboração premiada e acordo de colaboração premiada.

No primeiro caso, como diferenciado pelo Ministro, como conceito de colaboração se tem qualquer espécie de ato em que terceiro ou até parte na relação processual penal se coloca em posição de colaborar com o representante do Estado.

Evidenciando no voto possibilidade de que hajam diversas hipóteses previstas na legislação em que seja possível se obter algum tipo de benefício em troca de uma atitude em prol do benefício comum, como é o caso do §4º do artigo 159 do Código Penal:

> "Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:
>
> Pena - reclusão, de oito a quinze anos.
>
> [...]
>
> § 4º- Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Ou também como na Lei 8.137/90, no artigo 16, parágrafo único, que define crimes contra a ordem tributária e relações de consumo:

> Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Assim, exemplificando em mais de cinco diplomas legais Fachin elenca situações em que diferentemente do que consta na lei 12.850/13, em que se deve formalizar um acordo de colaboração premiada, um processo bastante simples, em que o trabalho se realizaria sem a necessidade clara de um documento negociado e sim a simples apresentação dos fatos em prol da investigação, esclarecimentos dos fatos ou colaboração voluntária de qualquer forma.

Há que se considerar que mesmo na lei das organizações criminosas em seu artigo 4º não se condicionou a concessão de sanção premial à existência de um acordo celebrado entre o Estado e o colaborador.

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]

Como se vê, se posiciona o ministro a evidenciar hipóteses legais de diferenciação até mesmo dentro da lei 12.850/13 sobre a necessidade ou não da formalização de um acordo, esclarecendo que a novidade trazida pela lei citada traz maior concretização do caráter da garantia oferecida ao candidato, visto que consta da lei os benefícios abstratamente previstos na lei com vistas à concretização no benefício no momento da sentença.

Outro ponto, também citado em voto, decorrente desse enfoque no acordo de colaboração formalizado é o caráter jurídico negocial do uso desse instituto, coloca Dias Toffoli em relatoria no Habeas Corpus 127483, considerado leading case, estabelecendo que:

> "A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração."[93]

Trazendo no mesmo julgado o caráter vinculativo, especialmente quanto à segurança jurídica, em se honrar o compromisso assumido no acordo estabelecido no momento da sentença, devendo obrigatoriamente conceder a sanção premial

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus 127483, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015.

estipulada, como legítima contraprestação as informações oferecidas pelo colaborador.[94]

Essa característica faz inferir a necessidade de maior formalidade para a negociação de uma contraprestação, mesmo que não se especifique na lei 12.850/13, dada a relevância dos princípios que prezam pela segurança tanto no que se refere ao bem estar social tanto no que se refere a garantias do colaborador.

Neste ponto, em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso considera a diferença trazida pelo Ministro Fachin como um insight relevante nesta matéria, não tendo nenhuma outra citação desse aspecto por parte dos outros pares do Tribunal.

Na seara das atribuições necessárias para a celebração tanto de colaboração tanto de acordo de colaboração premiada, devemos conhecer dos agentes participantes, se iniciando pela Autoridade Policial.

4.2.2 Da atuação policial e a colaboração como meio de obtenção de prova

Quanto as atribuições da polícia judiciária, devidamente relacionadas com suas finalidades, temos a principal delas que se relaciona as investigações criminais, trazidas no artigo 144 da Constituição Federal.[95]

[94] Ibidem.

[95] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. [...]

A principal atividade atribuída a estes servidores policiais são as buscas pela apuração da materialidade, autoria e circunstâncias delituosas. E isso por sua vez, faz com que se faça necessário que esse agente público esteja munido das devidas ferramentas para execução de suas atribuições na condução das investigações criminais.

Na visão de Rosa Weber, não se tem restrição de poder do Ministério Público nos termos da norma, já que se tem todos os mecanismos colocados à disposição do Ministério Público e da Polícia judiciária. Voltando-se assim a melhor forma de se obterem as provas necessárias para que se tenha então o esclarecimento de todos os fatos que se transformarem no caso da colaboração premiada em elemento necessário a atuação do Poder Judiciário.

No tocante a negociação possível pela autoridade policial, Dias Toffoli, ratifica a possibilidade, porém limitando-se quanto ao alcance do que for proposto: "se você colaborar e resultar em algo, o juiz na forma do caput do artigo 4º[96], avaliará se você receberá ou não benefício. Dizendo obter dictum que o MP como estado-parte ele tem o poder negocial.".[97] Nesses termos o Ministro ainda indica a necessidade desse nuance da matéria ter julgamento posterior.

A Ministra Rosa no que concerne ao assunto, se reporta ao HC já citado nº 127483 de relatoria do Min. Dias Toffoli, que consagra o caráter de meio de

[96] Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[97] TOFFOLI, Dias. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

produção de prova da colaboração premiada. Definindo a polícia judiciária como autoridade presidente do Inquérito policial, esta investida na face do Estado investigador para propor e representar diligências investigativas segundo as necessidades da investigação, excluindo, na visão dela, qualquer fundamento constitucional que exima a utilização da colaboração pela polícia judiciária enquanto meio de obtenção de prova na fase pré processual.[98]

Finalizando com o argumento que embora a polícia judiciária não possua capacidade postulatória ela detém poderes de representação como presidente do Inquérito Policial pela coleta dos meios de prova conforme a necessidade da investigação.

Celso de Mello ressalta que antes tratada como atividade meramente legal, disciplinada apenas no Código de Processo Penal, a competência da Polícia Judiciária tem na contemporaneidade o caráter constitucional, revestido de maior grau de positividade jurídica, função esta cometida tanto à Polícia Civil quanto a Polícia Federal, que consiste na busca de elementos de informação que objetivam apurar a autoria e materialidade do fato delituoso, bem os elementos que visam a busca pela verdade real, enfocando o caráter de dirigência e presidência pela autoridade policial como de caráter exclusivo.

Neste mesmo ponto concordaram Marco Aurélio, Carmem Lúcia, Dias Toffoli, Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowisk, e Celso de Mello.

Em momento posterior em que se discutia os limites da atuação da autoridade policial na concretização da atividade de colaboração, Dias Toffoli

[98] WEBER, Rosa. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

levanta a questão em que se questiona uma solução para a diferenciação dada por Fachin, no que concerne a colaboração e acordo de colaboração premiada.

No ponto do ministro questionado o entendimento da colaboração como atividade é essencial, visto que a atividade policial tem como principal objetivo a produção de prova, sendo esta uma das naturezas da colaboração, devendo-se no parecer deste estender a atuação negocial somente nos termos da atuação policial.

Nesse aspecto se questiona qual seria a moeda de troca que seria incentivo para a negociação de um acordo com a autoridade policial, ponto a ser tratado em tópico posterior.

Concordando com o argumento, o Ministro Barroso, legitimando a autoridade policial para propor colaboração tanto em sentido amplo como em sentido estrito celebrando o acordo, considera como limite da contraprestação ofertada os limites do artigo quinto da lei 12.850/13, que apesar de não largos, são relevantes e úteis.[99]

Com o quesito, possibilidade de realização do acordo de colaboração premiada pela autoridade policial, que é o objeto central da Ação Direta de Inconstitucionalidade em questionamento, concordaram com a premissa os Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber expressamente em seus votos.

[99] Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

4.2.3 Da limitação da legitimidade do delegado de polícia à fase pré processual.....

Alguns dos ministros se manifestaram expressamente sobre a questão de que o delegado de polícia somente se pronuncie na fase pré processual, na fase em que se investiga e se faz a apuração da materialidade dos fatos.

Como já descrito em alguns pontos anteriores, Rosa Weber tem uma interpretação bastante delimitada das atribuições investigativas da polícia judiciária, inclusive quanto ao tempo limite em que se poderá propor acordo de colaboração premiada.

Baseando-se no §2º do art. 4º da lei 12.850/13[100] então a ministra esclarece a necessidade de que somente na fase pré processual seja admitida a manifestação da autoridade policial com vistas a realização do acordo de colaboração premiada, não devendo após a propositura da ação penal sequer cogitar aceitação.

Outro ponto a se esclarecer foi colocado pelo Ministro Toffoli, na hipótese de que seja concebido pelo juízo uma hipótese de perdão judicial que não esteja na proposta inicial, caso em que o delegado de polícia poderá se dirigir diretamente ao juízo que vai julgar a ação e propor o perdão judicial relatando os benefícios resultantes da colaboração premiada. Independentemente da posição abordada pelo Ministério Público em sua manifestação.

Na hipótese acima, no entendimento do Ministro, caso o juiz receba a manifestação sem a participação do Ministério Público então será cabido a remessa

[100] "§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)."

direta ao Ministério Público pelo juízo sentenciando que finalizará o ciclo substancial da colaboração premiada. Ainda especifica ele não se tratar de uma petição conjunta e sim de duas manifestações diferentes, para cada um dos órgãos.

Alguns dos ministros têm essa atuação da autoridade policial como se ação invasiva fosse, como se afetasse a titularidade a ação penal pública, como ato inconstitucional por parte do delegado que propusesse o perdão judicial.

Para entender essa posição, primeiro estabelece-se uma diferenciação entre perdão enquanto resultante de um pronunciamento judicial e o perdão implícito no que o MP não venha a ofertar a denúncia, nesse campo ele é soberano, mas no primeiro campo não, fica submetido o perdão alinhavado no acordo de delação ao judiciário. [101]

Por esse motivo caso se entenda que o negócio jurídico processual seja negociado pela autoridade policial, sendo feito nos moldes legais, então assim se fixariam os termos do acordo de colaboração premiada, vinculando a atuação judicial e do membro do Ministério Público no decorrer do procedimento.

Devendo-se nesse caso apresentar a interpretação do Ministro Relator quanto aspecto do artigo 28 do Código de Processo Penal, em sua manifestação o artigo foi citado na lei 12.850/13, para aquela situação em que se tenha postura do MP em um patamar que não seja o patamar superior do MP, ou seja, em que o Promotor deixe de apresentar a denúncia, aí claro, como em qualquer situação jurídica poderá o

[101] ROSA, Alexandre Moraes da. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

órgão investir do ofício judicante acionar o 28 e determinar a remessa ao chefe do MP local ou federal.[102]

Já para Carmen Lúcia, além da limitação a própria titularidade da ação há vários exemplos no nosso ordenamento jurídico, inclusive de restrição à possibilidade de o MP conseguir a própria instauração da Ação Penal, como ocorre por exemplo quando se determina o trancamento de uma investigação, quando é decretada a prescrição na fase investigatório, quando não é recebida a denúncia, a legislação em todos os casos já restringe a atuação do próprio membro da acusação em juízo, que também não é pleno como nenhum poder do Estado é considerado absoluto e nem por isso se tem diminuído.

Para a Ministra, se encontra perfeitamente exercível a proposição do perdão pela autoridade policial, na estrita interpretação da leitura da lei.

Mesmo tendo como regra a indisponibilidade da Ação Penal, conforme consagra o Código de Processo Penal: "Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal."[103] Ainda sim, o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública apresenta a possibilidade de flexibilização, devidamente acompanhado dos ditames legais.

Nesse contexto, a Lei 12.850/13 preceitua, como visto, hipóteses de redução da pretensão punitiva ou executória e, chegando a hipótese de perdão judicial, nos

[102] "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

[103] BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 26 abr. 2019.

limites da lei e sancionada pelo juiz do caso, procedimento que tangencia constitucionalmente atribuições do membro do Ministério Público.

Utilizando-se da interpretação com subsídio nos artigos e parágrafos para própria lei Rosa Weber entende que para se dispor sobre aspectos do não oferecimento da denúncia então deve-se acompanhar os termos do parágrafo 4º o artigo 4º ao 7º da Lei 12.850/13.[104]

Noutro ponto, Celso de Mello e Luis Barroso traduzem a apreciação da questão não concordando inicialmente com a posição do Ministro Relator de que a autoridade policial somente possa dispor do que está ao alcance da autoridade que propõe a contraprestação, ponto este visto como detalhe desnecessário pelo Relator em momento de discussão na sessão, já que para este não há sentido em se discutir essa atuação se o fluxo normal da ação é finalizada com a atuação do juízo que sentenciará conforme os requisitos da lei, conforme explicado no tópico 3.2.9.

Gilmar Mendes em resumo de seu voto proferido em sessão, coloca de forma clara o ponto que é visto como divisor de argumentos. Não julgando esse ponto como invasão de atribuições pelo delegado de polícia, mas como possibilidade de aplicação judicial com outro posicionamento da justiça. Já que a lei não prevê que juízo nenhum possa conceber de ofício perdão judicial, sem requerimento ou acordo

[104] "§ 4º: Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor."

processual adimplido. Por outro lado, a lei é clara ao determinar o juiz como operador final da sanção premial, levando em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.[105]

Para Gilmar, essa fundamentação para a sanção premial tira fundamento em norma penal estranha não incriminadora, normalmente normas desta ordem são aplicáveis ex officio pelo juiz. Nesse contexto o termo constitucional a representação do delegado de polícia pela aplicação do perdão judicial, deve ser interpretado de maneira com que o delegado de polícia não possa propor acordo de colaboração premiada, mas nada impedirá que a lei preveja ao juízo poder de aplicar o perdão judicial contra a opinião do Ministério Público.[106]

Outro ponto que reforça a possibilidade da proposição de acordo de colaboração pelo delegado é a grande aplicabilidade cabível as normas que tendem a beneficiar o acusado, independente da contrariedade da acusação, não se vislumbrando maiores problemas nisso, parte da doutrina usa esses pressupostos para admitir benefícios ao colaborador informal. Acusado que muito embora não firme ou não tenha firmado acordo de colaboração colabora de fato alcançando os resultados dos incisos do artigo quarto.

Esse argumento ainda esbarra nos casos em que se busque caráter vinculativo à manifestação do Ministério Público, visto que se teria uma restrição na possibilidade no pedir para o juiz, inabilitando este para decidir sobre demanda dos

[105] "art. 4º [...] § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração."

[106] MENDES, Gilmar. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

dois propositores, mas se elaborando uma sentença com base nos argumentos entabulados pelo Ministério Público.

Quando a autoridade policial faz sua proposta ao colaborador, esta proposta chega em juízo como uma representação, que na visão do Ministro Barroso poderá propor ao juízo que considere determinadas proposições de atenuação da pena, diminuição da pena, abrandamento do regime de cumprimento de pena, se obrigando então a incluir na sua proposta, com a manifestação do Ministério Público, visto a condição daquele de estar mais próximo da produção de prova, reconhecendo o valor do indício trazido pelo colaborador, mesmo que isso não vincule o juízo nem o Ministério Público, terá seu valor quando representado pelo presidente do inquérito policial, portanto o delegado de polícia pode fazer acordos limitados que não interfiram evidentemente com prerrogativas do MP.[107]

Essa premissa é complementada pelo Ministro com os exemplos trazidos com o artigo 5º, sendo o principal papel o compromisso de no acordo a autoridade policial que se beneficiou da colaboração incluir no relatório final a recomendação de que se reconheça ao colaborador determinados benefícios, seja na apenação seja no modo do seu cumprimento, reconhecendo o poder da polícia de celebrar acordo nos limites aqui delineados respeitadas as prerrogativas do MP e o poder decisório do juiz.

4.2.4 Da anuência do MP como condição para a procedibilidade da representação policial

[107] BARROSO, Luis. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

Estendendo-se a linha que o Ministro Fachin levantou, linha adotada por Luis Roberto Barroso, Fux, Rosa Weber e Alexandre de Moraes é a de que havendo concordância do Ministério Público nada haveria a se discordar sobre a procedência do pedido em relação o acordo de colaboração premiada formulado pela autoridade policial propondo o perdão do cometimento.

Questionando tal premissa, o caráter vinculativo necessário trazido pela manifestação do MP que somente ganharia tal força somente quando o juiz se convença ser a posição proposta por este como a mais reta e adequada. Ou seja, restando ao juiz conceder o poder tanto a proposta ofertada pelo Ministério Público ou a proposta feita pela autoridade policial, devendo para tanto ter a opção de escolher entre as opções dispostas pelos órgãos legitimados.

Além disso, devemos fazer a diferenciação da interpretação dada ao texto legal questionado, manifestação se diferencia de anuência por parte do Ministério Público. Caso seja decidido que o acordo entre o MP e o negociado se tornará obrigatório então para o judiciário, se antecipando inclusive o que só pode ser alcançado ao final da instrução processual. Nesse caso até mesmo deixando de lado a análise da eficácia da delação processual, em termos de esclarecimentos de fatos, com um procedimento que foi feito fora do processo crime, conforme pontua o Ministro Marco Aurélio.

Noutro vértice, se coloca o Ministro Dias Toffoli, colocando a impossibilidade de que a autoridade policial intervenha indiretamente na oferta ou não da Ação Penal, não a considerando Estado-parte nem função essencial a justiça, a colocando como função instrumental à justiça.[108]

[108] TOFFOLI, Dias. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

Nesta mesma linha, discorre que essa negativa não faria com que se vede a competência de negociar sanções à polícia judiciária, já que se trata de costume vigente no nosso ordenamento a cópia de ferramentas processuais de outros países de maneira que se adaptam a nossa realidade com o tempo, concluindo a interpretação desse quesito como possível, já que é competente a polícia para entabular acordo que será submetido aos limites do juiz do art. 4º, não podendo o delegado de polícia estabelecer qual será a pena, regime, pena máxima, limitando a atuação da polícia ao âmbito não judiciário, como previsto na constituição.[109]

4.2.5 Da impossibilidade da comparação internacional de eficácia de institutos

Quanto ao caráter internacional do mecanismo tão usado no Brasil, Alexandre de Moraes reconhece que há grande dificuldade em se relacionar países como Alemanha, Espanha, Portugal, Colômbia, já que as funções exercidas por cada um dos órgãos nos respectivos países tem distinção das funções no Brasil exercidas, não havendo subordinação seja hierárquica seja funcional entre o Ministério Público e Polícia.

Sendo citado também por Dias Toffoli a distinção exercida pelo membro do Ministério Público nos Estados Unidos e no direito Italiano, em que o chamado *prosecutor* negocia com amplitude, inclusive a pena, sendo na Itália diferente, já que o juiz é quem vai estabelecer os benefícios nos limites citados no nosso ordenamento como também sendo do detentor do *ius puniendi*, o juiz.[110]

[109] Ibidem.
[110] TOFFOLI, Dias. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

Fatos estes que concretizam a colocação de que cada país possui uma formação dada ao instituto da colaboração premiada, amadurecendo com as devidas adaptações conforme a formação das atribuições dos entes participantes do poder judiciário e colaboradores.

4.2.6 Da presença do MP desde o início na elaboração da colaboração premiada

Em única manifestação acerca do assunto em todo o julgamento, o Ministro Celso de Mello, interpreta o ponto do caráter interpretativo da expressão "com a manifestação" como se esta manifestação tivesse o condão de verificar também a legalidade da medida, nos moldes do controle externo da atividade policial, conforme afirma em seu voto.[111]

Contrariando a extensão do entendimento do Ministro anterior, o Ministro Marco Aurélio em seu voto nega a caraterística trazida pela petição do Procurador Geral da República de que seja o Ministério Público presente desde o início e em todas as fases de elaboração dos acordos de delação premiada, faz com que se estenda a competência do MP em medida desnecessária na visão do Ministro.

Acompanhando Celso de Mello, Rosa Weber coloca como função inerente ao artigo. 129, VII da Constituição Federal[112] o exame prévio do conteúdo da colaboração pelo Ministério Público, decorrente do controle exercido sobre a autoridade policial.

[111] MELLO, Celso de. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

[112] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;"

Na continuidade do seu voto, a Ministra julga parcialmente procedente o pedido sucessivo no sentido de que não será necessária desde o início a presença do membro do Ministério Público, devendo haver obrigatoriamente a manifestação do Ministério Público, veja tópico 4.2.8, e a partir dessa manifestação seja condição de procedibilidade da própria colaboração, ou seja, o juiz sequer conheceria se não houvesse anuência do Ministério Público.[113]

Nesse sentido Ministra Rosa foi seguida pelo Ministro Lewandowski, excetuando-se somente quanto ao julgamento do caráter vinculativo que este se alinhou ao argumento do Ministro Marco Aurélio, não se atribuindo força vinculativa a manifestação do Ministério Público.

4.2.7 Da essencialidade da cooperação institucional

Citada expressamente por seis dos ministros, a necessidade de que Polícia judiciária e Ministério Público não se tornem fortalezas incomunicáveis e não cooperativas é essencial, dentre eles estão: Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Edson Fachin e Celso de Mello.

Devendo ser elevado como princípio base de qualquer discussão trazida ao plenário o interesse público conduz o debate que de maneira nenhuma deve se basear em conflitos corporativistas. Todo e qualquer premissa colocada em conflito, nesse caso, arguida como inconstitucional deve ter argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade, enfocando uma atuação conjunta, cooperativa entre órgãos de investigação e persecução penal.[114]

[113] WEBER, Rosa. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.
[114] MELLO, Marco. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

Alexandre de Moraes no que toca ao caráter necessário dessa atuação conjunta, exemplifica com a morosidade possível ao se constatar um caso em que com as devidas tratativas realizadas pela polícia se apresente ao membro do Ministério Público e este não possibilidade o prosseguimento do processo crime, o arquivando.[115]

Celso de Mello ainda cita voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos do julgamento do RE 593727 MG com repercussão geral, no sentido de que:

> "deveríamos buscar a construção de modelos para superar as deficiências estruturais de cada órgão e instituição e evitar na medida do possível a superposição de atribuições que não raras vezes conduz à impunidade, o Estado Brasileiro para consolidação de sua democracia precisou organizar-se e não perpetuar suas deficiências e mazelas a referência que venha lhe fazer o importantíssimo papel assumido nesse contexto tanto pelo MP tanto pela Polícia Judiciária não significa que o poder judiciário obviamente desconheça os direitos e garantias fundamentais titularizados por todos aqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado quaisquer que sejam os delitos a eles imputados."[116]

Sendo este um retrato real das instituições brasileiras, que possuem este aspecto judicializado nesta ADI, devendo-se estar atento ao perigo de formação de vasos isolados e incomunicantes entre si quanto as suas atribuições, deixando de lado aspectos como economicidade processual e celeridade.

4.2.8 Da essencialidade da manifestação ministerial

Em interpretação restritiva do poder de polícia, Ministro Fachin levanta a possibilidade de que não será possível a formalização de acordo por parte

[115] ROSA, Alexandre Moraes da. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

[116] BRASIL – Superior Tribunal Federal - Recurso Extraordinário : RE 593727. Minas Gerais; Tribunal Pleno; Min. Relator Cezar Peluso; 14 de Maior de 2015; DJ 08/09/2015.

exclusivamente da polícia, impossibilitando o envio do acordo formalizado *per saltum* perante o juízo. Isso significa que o entendimento desse Ministro é que a polícia não poderá sem participação do Ministério Público formalizar acordo de colaboração premiada, porém ainda não se esclarece a extensão dessa participação.[117]

Visto de outra forma, não se tratando de uma ideia oposta, mas de um entendimento que desloca o enfoque para a efetividade do instituto, o Ministro Barroso coloca que não se depende de quem fará o envio, mas de quem homologará o acordo ao final da avaliação dos resultados. Todos esses componentes previstos na negociação podem perfeitamente ser acordados entre a autoridade negocial e o colaborador, sujeitos evidentemente nos termos desse acordo à homologação judicial como qualquer outra colaboração premiada.

Com uma interpretação vinculada aos termos da lei, Luiz Fux coloca a imprescindibilidade da manifestação do Ministério Público como essencial, ou seja, condiciona-se a efetividade da representação feita pela polícia à existência de avaliação e manifestação por parte do membro do Parquet.

O Ministro Fachin seguindo a linha acima, expressa no fim do seu voto o julgamento parcialmente procedente a ADI 5508, esclarecendo ainda que requer:

> "Por arrastamento, declarar como sentido excluído da expressão "ou do delegado de polícia" constante do IV do art. 6º da Lei 12.850/13 de firmar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada."[118]

Relevante aspecto foi colocado pela Ministra Rosa Weber quanto à composição dos elementos jurídicos desse ato de representação da autoridade policial. Referindo-se a manifestação devida pelo Ministério Público como se um

[117] FACHIN, Edson. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.
[118] FACHIN, Edson. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017

adicional fosse, requisito necessário para que a autoridade policial use da ferramenta acordo de colaboração premiada, seguindo a orientação legal.[119]

Dessa forma interpreta que a participação do MP seria conhecida como elemento de existência do acordo celebrado pelo delegado de polícia, porque sem a concordância do MP aquele acordo não teria como ser homologado pelo juízo, não obtendo os elementos para completude do ato da Teoria de Pontes de Miranda.[120]

O Ministro Fachin faz pequena distinção, em discussão em plenário, quanto à classificação do ato que tem natureza complementar ao da manifestação do Ministério Público, citando Celso Antônio Bandeira de Melo ao não considerar o ato como composto e sim como um ato complexo, pois assim dependeria de duas vontades, tanto a da autoridade policial como do Ministério Público.

Neste ponto o Ministro Dias Toffoli discorda, vendo a necessidade apenas quando se trate do parágrafo sexto, sem a participação do juiz, somente seja remetido pelo delegado de polícia que realizou as negociações com o defensor, após manifestação do Ministério Público, aí sim se encaminhando ao juízo para avaliação, descaracterizando o caráter global de elemento de existência sobre a manifestação do Ministério Público.[121]

Votaram expressamente no mesmo sentido, além de Luiz Fux e Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, apenas discordando sobre algumas nuances.

4.2.9 Da ótica finalista

[119] WEBER, Rosa. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.
[120] WEBER, Rosa. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.
[121] TOFFOLI, Dias. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

Nas palavras do Ministro relator, se apresenta o argumento de que tudo estará submetido ao estado juiz, se o estado-juiz acolher em si o que previsto, e isso ocorrerá em sentença já ofertada, a denúncia acolher a representação quanto ao perdão judicial, evidentemente esse ato se torna observável pelo MP.

Isso por si só se torna fato importante, porém alguns ministros decidem aprofundar a relação que a lei traz ao caracterizar como necessária a manifestação do Ministério Público quando se trate de acordo entabulado pela autoridade policial.

Para Alexandre de Moraes, cada instituição tem sua função, da mesma forma que o judiciário não pode obrigar o MP ao oferecimento da denúncia, ou seja, a promover a Ação Penal, entende também que o judiciário, no caso do parágrafo segundo, atendendo a uma solicitação da polícia não pode obrigar o Ministério Público a não atuar.

Trata-se de enfoque voltado para a titularidade, o judiciário pode uma vez oferecida a denúncia rejeitá-la, para tanto, deverá haver a obrigatória concordância no oferecimento do benefício para que seja avaliada pelo judiciário...

Parte interessante a que se propõe o Ministro Edson Fachin é a distinção não sobre as funções exercidas diretamente, mas enfocando quem presentará em juízo o Estado, pois se trata a autoridade policial e o Ministério Público de entes estatais, diferenciando-se somente quanto as funções exercidas.

> "A questão que se põe, nessa linha, é perquirir a qual órgão a Constituição permite que se atribua, pela via legislativa, a competência de presentar o Estado na celebração de um negócio jurídico processual por meio do qual se abre mão, com força vinculante, de uma parcela do poder punitivo estatal."[122]

[122] FACHIN, Edson. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2017.

Sobre o negócio jurídico citado por Fachin, é de evidente clareza a maior amplitude de que dispõe o Ministério Público sobre os benefícios que poderá a autoridade ofertar. O promotor terá a possibilidade de recorrer caso não alcance propósito almejado e negociado, bem como poderá requerer sanção premial, já quanto as atribuições disponíveis ao delegado, este poderá se manifestar por representação, esta que não possui caráter vinculante se tratando de característica opinativa.[123]

Neste ponto concordaram Marco Aurélio, Carmem Lúcia, Rosa Weber, Ricardo Lewandowisk, Gilmar Mendes e Celso de Melo.

4.2.10 Do sistema inovador

Por fim, em discussão elevada por Marco Aurélio e complementada por Alexandre de Morares, os ministros comentam sobre o sistema adotado em São Paulo, o chamado Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO, quanto à divisão feita sobre os juízes que deferem medidas cautelares no âmbito da investigação pré processual, somente após superada a busca pelos indícios de autoria e materialidade incumbidas a autoridade policial e ao Ministério Público em molde cooperativo é que será distribuído ao juízo competente definitivamente, verificando-se desta forma uma maior imparcialidade em torno dos juízes que têm seu primeiro contato com o processo já dotado de provas que foram produzidas e chanceladas por outro membro do judiciário.[124]

4.3 Considerações acerca da deliberação do STF na ADI 5508

[123] MENDES, Gilmar. Voto na ADI 5508, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

[124] Em discussão em plenário, aspecto levantado foi o que no Código de Processo Penal vigente se votou acerca da universalização desse sistema para o país, não obtendo concordância dos parlamentares.

Ao analisar os votos, foi percebido que outros aspectos em torno da discussão principal foram levantados pelos Ministros. Esses paralelos que foram discutidos possuem grande importância para uma compreensão alargada do tema que necessita de guia para uma interpretação adequada e segura. Alguns dos tópicos foram comuns em vários votos; outros, porém, por um só Ministro, não excluindo a sua importância.

Mesmo que de forma indireta, os Magistrados discordam sem discutirem conjuntamente as características discordantes ou até mesmo buscarem uma solução intermediária entre os argumentos, excluindo assim a possibilidade de uma formação colegiada de entendimentos paralelos ao levantamento principal.

A ação direta de inconstitucionalidade trazida pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot possuía como pedidos fossem julgados procedente o pedido para declarar inconstitucionalidade dos trechos indicados acima do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, e em caráter sucessivo, fosse dada interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e de considerar sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante.

No entanto, no decorrer do julgamento foram surgindo tópicos que requerem determinada atenção, como os reais fundamentos que fazem com que o Ministério Público não necessite ter como de caráter vinculante sua manifestação, ou as especificidades trazidas pelo polêmico sistema de distribuição adotado em São Paulo para se aumentar a imparcialidade dos julgamentos.

Apesar de se tratar de um julgamento com bastante interação e discussão em torno da posição dos Ministros, principalmente por parte do relator Ministro Marco Aurélio, ou nos casos de debate sobre os argumentos trazidos por Rosa Weber, muito se conheceu da posição dos Ministros, inclusive travando embates para se concordar em algum ponto e deixar claro o ponto de distinção.

Porém, em alguns votos como foi o do Ministro Fachin, foi solicitado maior clareza no julgamento da demanda, apesar de ser um voto bastante dinâmico e rico sobre a interpretação da matéria.

Dessa maneira, debate-se tanto sobre a eficiência da comunicação efetuada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quanto a maneira com que será operacionalizada a colaboração premiada pelos delegados de polícia, bem como os desdobramentos da cooperação entre órgãos atuantes no poder judiciário, de maneira a se superar embates corporativos e se voltar à eficiência da máquina pública no combate ao crime organizado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentando a colaboração premiada, que é um instituto que obteve grande crescimento devido aos resultados possíveis com a sua operacionalização, pode-se conhecer do contexto histórico, dos procedimentos práticos executórios e de comparações do mesmo instituto em diferentes ordenamentos jurídicos.

Além da contextualização sob a ótica do poder punitivo Estatal, foi conhecido do entendimento esmiuçado sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionou a legitimidade da autoridade policial como agente passível de usar o instituto.

A referida ADI possuía dois pontos claros, discutia: A inconstitucionalidade dos trechos indicados no art. 4º, §§2º e 6º, da lei 12.850, de 2 de agosto de 2013;e, sucessivamente, o requerimento do PGR pela interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada, além de considerar a sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante.

Apesar desta delimitação, foram tratados além desses tópicos, outros pontos (como a distinção estabelecida entre colaboração e acordo de colaboração premiada, da essencialidade da cooperação interinstitucional, e de boas práticas adotadas no Estado de São Paulo na distribuição de Inquéritos Policiais). Alguns votos traziam ao Colegiado uma nova perspectiva a ser incorporada ao debate.

No entanto, em alguns casos, no modo em que foi proferido o voto, repercutia-se de forma que somente se tornava possível discutir alguns tópicos pelos próprios pares, dada a complexidade e a forma em que se formulou o voto.[125] Ademais, na transcrição oral da maioria dos votos, foi percebido que de forma por vezes bastante incisiva o Ministro Marco Aurélio intervia questionando os aspectos divergentes levantados.[126]

Apesar de alguns tópicos terem abordados temas que podem ser objetos de novas pesquisas, podendo chegar até mesmo em alterações legais como é o caso do

[125] Durante o voto de Edson Fachin, ao ser interpelado por Toffoli e Fux, este afirma a importância do que está sendo votado e a necessidade da clareza das decisões.

[126] Como foi a intervenção feita após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, em que o relator se posiciona discordando da existência da objeção proferida pelo ministro, entendendo-a como uma vírgula ao que foi proferido por ele.

tópico 4.2.10, a maioria dos Ministros se esforçou a alcançar os pontos em que foram provocados. Ficou decidido que a Autoridade Policial terá legitimidade para propor o acordo de colaboração premiada, dando os devidos efeitos as nuances explicadas de maneira não restritiva para a Autoridade Policial, restando julgar improcedente o pedido feito pelo Procurador Geral da República quanto as interpretações restritivas proposta na inicial no que toca ao art. 4º, §§2º e 6º.

Formula-se, assim, que a decisão do STF no caso estudado possui bons fundamentos e caráter consolidador. Os magistrados fizeram bom uso da oportunidade para se sanar a dúvida suscitada pela Procuradoria-Geral, não se excedendo quanto a interpretação, considerando a vontade do legislador.

Dessa forma, ainda existem questões a se resolver acerca da colaboração premiada, sendo o tema legitimidade da autoridade policial solucionado, não se omitindo quanto à possibilidade de alguma alteração de entendimento, dado o caráter vivo e de constante alteração do direito brasileiro, devidamente levado em conta o princípio da economia processual.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração Premiada e Polícia Judiciária: a legitimidade do delegado de polícia. Consultor jurídico. 29 de MARÇO de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado#_ftn2> Acesso em 15 abr. 2018.

ARAS, Vladmir Barros. A técnica de colaboração premiada. Blog do Vlad. 2015. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/. Acesso em 16 set. 18.

AVENA, Norberto. Manual de Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzini et al. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. Caderno de relações internacionais, v. 7, n. 13, p. 273-295, ago./dez. 2016. Disponível em <http://twixar.me/h78K>. Acesso em 28 nov. 2018.

BEGGIORA, Murilo Alberti. Delação Premiada. 2016. Monografia. (graduação em direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Delação exige regulamentação mais clara. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 26 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 90.688/PR. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília,12, de fevereiro de 2008.

BRASIL – Superior Tribunal Federal - Recurso Extraordinário : RE 593727 Minas Gerais; Tribunal Pleno; Min. Relator Cezar Peluso; 14 de Maior de 2015; DJ 08/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 14. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230. Acesso em 24 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus 127483, Relator: Min. Dias offoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal pleno, ADI 1570, Rel. min. Maurício Corrêa. dj 22/10/2004; STF, tribunal pleno, RE 593.727, Rel. min. Cezar Peluso, DJ 14/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Informativo 796, de 24 a 28 de agosto de 2015. Disponível em

http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça, Habeas Corpus 45.057, Rel. Min. Arnaldo esteves lima, DJE 21/09/2009.

BRITO, Nayara Graciela Sales. Livro V das Ordenações Filipinas e três institutos atualmente conhecidos no Direito Penal. 05 dez 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,livrov-das-ordenacoes-filipinas-e-tres-institutos-atualmente-conhecidos-no-direito-penal,29842.html. Acesso em: 18 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal: Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. Plea Bargaining no Processo Penal : perda das garantias. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/2123/plea-bargaining-no-processo-penal-perda-das-garantias. Acesso em: 21 set. 2018.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Fundamentos da polícia judiciária nos acordos de delação premiada. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/fundamentos-policia-judiciaria-acordos-delacao-premiada. Acesso em 15 abr. de 2018.

HOFFMANN, Henrique. Legitimidade do Delegado de Polícia para celebração da colaboração premiada. 2016. Disponível em: https://henriquehmc.jusbrasil.com.br/artigos/311054809/legitimidade-do-delegado-de-policia-para-celebracao-da-colaboracao-premiada. Acesso em 15 mar. 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2014.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Delação premiada: Uma realidade sem volta. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em

homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. p. 241-260.

MASSON, Cleber, Vinicius Marçal. Crime organizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método, 2015.

MELO, Jenniffer Scarllet Sampaio Souza de; RUAS, Mauro Magno Quadros. Constitucionalidade da Delação Premiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 26 out. 2017. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/336196-constitucionalidade-da-delacao-premiada-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 02 out. 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MILHOMENS, Eduardo Bruno. Delação Premiada. *In*: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.

MORAIS, Paulo José Iász. A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. P. 365-378.

MPF. Manual Colaboração Premiada. Brasília/DF. - ENCCLA – janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf. Acesso em 17 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

QUINTIERE, Víctor Minervino. Breves reflexões a respeito da colaboração premiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ESPIÑEIRA, Bruno;

CALDEIRA, Felipe. (orgs.) Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017. P. 527-543.

ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Empório Modara: Florianópolis, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 2. ed. Salvador; Juspodivm, 2017.

silva, Eduardo Araújo . Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – lei nº 12.850/13. Disponível em midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf. Acesso em 15 abr. 2018.

SILVA, Fernando Muniz, A delação premiada no direito brasileiro. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais., Minas Gerais, v. 10, n. 17, p. 121-165, jul./dez. 2011. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45259. Acesso em: 17 ago. 2018.

VARGAS, Tatiana de Morais. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal. 2009. Monografia. Graduação em Direito. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009

Ciências Criminais

A RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DESASTRE DE MARIANA

Thaynná de Oliveira Passos Correia

RESUMO

Essa pesquisa pretende avaliar a responsabilidade da pessoa jurídica no caso do desastre de Mariana, em Minas Gerais, à luz do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O intitulado desastre de Mariana ocorreu no dia 05 de novembro de 2015, no subdistrito de Bento Rodrigues, atingindo diversos municípios às margens do Rio Doce, chegando ao estado do Espírito Santo e, consequentemente, ao oceano Atlântico. As pessoas jurídicas envolvidas ativamente da tragédia foram Vale, Samarco, BHP Billiton e VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia. Importa ressaltar que o caso ainda não foi julgado, ficando, o processo, parado durante um longo período. Ao longo do presente artigo, se elucidará as penas as quais as empresas podem incidir. De pronto, destaca-se que a ultima ratio, que seria o fechamento das sociedades empresárias. Exordial, exprime-se que esta não seria a melhor solução, não sendo uma conclusão factível de viabilização da manutenção do meio-ambiente, visto que tal medida implicaria prejuízo não só às pessoas jurídicas, contudo, também, aos trabalhadores que retiram o sustento familiar destas empresas, além da economia da cidade e, consequentemente, do estado, que seriam afetadas caso a sanção escolhida fosse a chamada "pena capital". Deste modo, observa-se que uma multa de grande montante, que causaria efetivo dano às pessoas jurídicas envolvidas, encontraria efetividade maior do que o encerramento destas, atravessando os incentivos econômicos delas aduzidos.

Palavras-chave: Responsabilidade penal. Pessoas jurídicas. Desastre ambiental. Mariana. Minas Gerais; Brasil.

INTRODUÇÃO

A pesquisa a ser desenvolvida analisará a responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas de direito privado envolvidas no caso do desastre de Mariana,

em Minas Gerais (MG). Não será desenvolvida a responsabilidade dos sócios, apenas e tão somente indagar-se-á acerca das empresas envolvidas, tais como Vale, Samarco, VOGBr e BHP Billiton.

A pergunta que rege o presente artigo é: Qual seria a penalização mais adequada para as pessoas jurídicas envolvidas no caso ora em questão, dentre aquelas existentes na Lei de Crimes Ambientais, nº 9605/98 e, subsidiariamente, pelo Código Penal?

Observar-se-á, esmiuçando o artigo em tópicos, a possibilidade sancionatória ante à Constituição Federal, Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998), além do Código Penal, no capítulo um. Outrossim, serão deslindados os crimes imputados a cada uma das pessoas jurídicas citadas na denúncia do Ministério Público Federal[1], no capítulo dois. Ademais, estudar-se-á, ainda, perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região – pelo fato de ser, este tribunal, o primeiro a sancionar uma pessoa jurídica por crime ambiental[2] – a efetividade de penalização das pessoas jurídicas, no tema três, além, de, por fim, escrutinar a importância da responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas para a preservação do meio-ambiente, no tópico quatro.

[1] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

[2] BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional da 4ª Região. Notícia. Publicado em: 24 de abr de 2002. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=2159. Acesso em: 22 de mar de 2019.

O intitulado desastre de Mariana teve seu início em 5 (cinco) de novembro de 2015. Nesta data ocorreu o rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco, na cidade de Minas Gerais (MG). Constatou-se que este foi o maior desastre socioambiental do país no setor de mineração, com o lançamento de 34 milhões de metros cúbicos de rejeitos no meio ambiente[3].

Os poluentes ultrapassaram a barragem de Santarém, percorrendo 55 km no rio Gualaxo do Norte até o rio do Carmo, e outros 22 km até o rio Doce[4]. A onda de rejeitos, composta principalmente por óxido de ferro e sílica, soterrou o subdistrito de Bento Rodrigues e deixou um rastro de destruição até o litoral do Espírito Santo, percorrendo 663,2 km de cursos d'água[5].

Houve a feitura de um Laudo Técnico Preliminar, em 26 (vinte e seis) de novembro de 2015, aponta que "o nível de impacto foi tão profundo e perverso ao longo de diversos estratos ecológicos que é impossível estimar um prazo de retorno da fauna ao local". O desastre causou a destruição de 1.469 hectares, incluindo Áreas de Preservação Permanente (APPs)[6].

---

[3] INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Rompimento da barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Publicado em 16 de mar de 2018. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg

[4] INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Rompimento da barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Publicado em 16 de mar de 2018. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg

[5] INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Rompimento da barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Publicado em 16 de mar de 2018. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg

[6] INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Laudo técnico preliminar. Publicado em 26 de nov de 2015. Disponível em:

Dezenove pessoas morreram na tragédia. Foram identificados ao longo do trecho atingido diversos danos socioambientais: isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; mortandade de animais domésticos, silvestres e de produção; restrições à pesca; dizimação de fauna aquática silvestre em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas usinas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água; e sensação de perigo e desamparo da população em diversos níveis.[7]

Jurisprudência sobre casos de danos ambientais[8], contudo, distintos ao que se trata no presente artigo, dão conta de sanções como a obrigação de demolir construção feita em desacordo com lei ambiental, obrigação de não fazer, coibindo atividades que causem danos a áreas de preservação permanentes, com o argumento que inexiste direito adquirido à degradação ambiental.

---

http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf

[7] INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Rompimento da barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Publicado em 16 de mar de 2018. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg

[8] TRIBUNAL de Justiça do Espírito Santo. 2ª Câmara Cível. Apelação cível. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RUPTURA DE BARRAGEM DE REJEITOS DE MINÉRIO. REPERCSSÕES DELETÉRIAS SOBRE O RIO DOCE. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NA CIDADE DE REGÊNCIA. DANO MORAL INDIVIDUAL INDENIZÁVEL. MENOR. PRESUMÍVEL PERTURBAÇÃO DA ROTINA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES PELA SAMARCO EM ÂMBITO EXTRAJUDICIAL. FUNDAÇÃO RENOVA. NECESSÁRIA MODICIDADE NA FIXAÇÃO DA CIFRA INDENIZATÓRIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. Brenda Alves Garcia. Samarco Mineração S.A. Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. 04 de dez de 2018. Disponível em: https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661791435/apelacao-apl-91483820168080014?ref=serp. Acesso em: 16 de abr de 2019.

Entretanto, o tema desenvolvido no texto é novíssimo na comunidade jurídica, não havendo, portanto, jurisprudência, de fato, consolidada, acerca antes da tragédia. Salienta-se, ainda, que precedentes penais sancionatórios são ainda mais raros[9]. Tanto que, fazendo uma pesquisa jurisprudencial, foram encontrados em grande maioria precedentes cíveis e administrativos[10], tais como por dano moral a moradores que tiveram algum tipo de prejuízo pelo caso de Mariana.

Chegando à denúncia[11] do Ministério Público contra o grupo de empresas e seus devidos sócios, viu-se que os crimes ambientais pelos quais eles estão sendo imputados possui uma imensa lista, tais como crime de poluição qualificada, crimes contra a fauna, crimes contra a flora, crimes contra o ordenamento urbano e

[9] Fora pesquisado nos Tribunais Superiores, onde constatou-se que, apesar de existirem casos acerca da responsabilização penal ambiental a partir de 2013, data do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e 2015, data do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, os casos são escassos.

[10] TRIBUNAL Regional Federal da 4ª Região. Segunda seção. Embargos infringentes. ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. IBAMA. MULTA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). 4 de nov de 2011. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23223381/embargos-infringentes-einf-7007-pr-0000526-3120094047007-trf4?ref=topic_feed. Acesso em: 16 de abr de 2019. TRIBUNAL Regional da 2ª Região. Quinta turma especializada. Apelação cível. AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PROPRIETÁRIA DA EMBARCAÇÃO DE ONDE VAZOU A SUBSTÂNCIA. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO. Disponível em: https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2134905/apelacao-civel-ac-384869-rj-19955001006660-1?ref=topic_feed. Acesso em: 16 de abr de 2019. SUPREMO Tribunal de Justiça. Primeira turma. Agravo regimental. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21434470/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-783538-rs-stf. Acesso em: 16 de abr de 2019.

[11] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

patrimônio cultural, crimes contra a administração ambiental, elaboração e apresentação de declaração de estabilidade falsa ou enganosa, omissão de informação no Relatório Anual de Lavra – RAL – e nos Planos de Aproveitamento Econômico – PAE. Ademais, crimes previstos na legislação penal também foram cometidos. São eles: crime de inundação, crime de desabamento/desmoronamento, crimes de homicídios, impossibilidade e dificultação de defesa das vítimas, crimes de lesão corporal, além de todas as qualificadoras concernentes.

Segundo a denúncia[12], mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, Samarco omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes.

Ademais, também se apurou que a Vale depositava "lama" na barragem de Fundão - proveniente do beneficiamento por ela realizado na Mina Alegria, não dando ciência do fato aos órgãos competentes, deixando assim de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental – consignado no art. 17, IV, da Lei n.º 12.334/10 c/c art. 3º e ss. da Portaria DNPM n.º 416, de 03 de setembro de 2012, e art. 3º, § 1º, da Portaria DNPM n.º 11, de janeiro de 2012 – e dificultou a ação fiscalizadora do Poder Público, uma vez que, tendo dever legal e competências de supervisão, omitiu-se de apresentar, nos procedimentos administrativos minerários junto ao DNPM (Planos de Aproveitamento Econômico e Relatórios Anuais de Lavra), informações sobre a deposição de rejeitos provenientes das unidades de beneficiamento da Vale,

[12] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

localizadas na Mina Alegria, em Mariana-MG, no reservatório da barragem de Fundão, operada pela Samarco, incidindo nos crimes previstos nos art. 68, art. 69 e art. 69-A, §2º, todos da Lei n.º 9.605/95, na forma do art. 70 do Código Penal, em concurso material (art. 69, CP) com os crimes descritos no parágrafo anterior.[13]

Já a BHP Billiton, mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, em razão de sua condição de controladora da Samarco, BHP omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes, razão pela qual, na forma do art. 13, § 2º, alínea "a", art. 18, I e art. 70, do Código Penal c/c arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.605/98, incide nas figuras típicas dos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas "c", "d" e "e", art. 54 c/c § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98.[14]

O Parquet requer, em sua denúncia, a incidência de diversos fatos criminosos, que têm como sanção multa, detenção ou reclusão. Não observou-se na denúncia a reivindicação de punições específicas para pessoas jurídicas, tais como multas

[13] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

[14] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

específicas, proibição de contratar com a administração pública e, até, em último caso, fechamento da sociedade empresarial.

Especificamente, o Ministério Público solicitou as seguintes condenações para as pessoas jurídicas envolvidas:

> SAMARCO MINERACÃO S.A.: art. 13, § 2º, alínea "a", art. 18, I e art. 70, do Código Penal c/c arts. 2º e 3º ambos da Lei n.º 9.605/98; nas figuras típicas dos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas "c", "d" e "e", art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98, em concurso material (art. 69, CP) com os crimes previstos nos arts. 68, 69 e, duas vezes, no art. 69-A, §2º, da Lei nº 9.605/98, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si.[15]
>
> VALE S.A.: art. 13, § 2º, alínea "a", art. 18, I e art. 70, do Código Penal c/c arts. 2º e 3º ambos da Lei n.º 9.605/98; nas figuras típicas dos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas "c", "d" e "e", art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98, em concurso material (art. 69, CP) com os crimes previstos nos arts. 68, 69 e 69-A, §2º, da Lei nº 9.605/98, esses últimos na forma do art. 70, CP, entre si.[16]

[15] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

[16] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

> BHP BILLITON BRASIL LTDA.: art. 13, § 2º, alínea "a", art. 18, I e art. 70, do Código Penal c/c arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.605/98, nas figuras típicas dos artigos 29, caput, §1º, incisos I e II, § 4º, incisos I, III, V e VI, art. 33, art. 38, art. 38-A, art. 40, caput, §2º, art. 49, art. 50, art. 53, incisos I e II, alíneas "c", "d" e "e", art. 54, § 2º, incisos I, III, IV e V c/c art. 58, inciso I, art. 62, inciso I, todos da Lei n.º 9.605/98.[17]

Tem-se, ainda, uma quarta pessoa jurídica inserida na denúncia. A VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia Ltda, responsável pela elaboração dos laudos de segurança da barragem responderá pelo crime de elaboração de laudo ambiental falso (artigo 69-A da Lei nº 9.605/1998), por ter emitido declaração enganosa sobre a estabilidade de Fundão.

Enuncia-se, ainda, que o caso ora a ser discutido desdobra-se em diversas discussões. O primeiro grande litígio a ser resolvido, seria o conflito de competências. Houve discussões envolvendo as competências para julgá-lo. A competência seria estadual ou federal? De pronto, exprime-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a competência deveria ser da Justiça Federal de Minas Gerais, em Belo Horizonte[18].

17 MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão do Ministro Nefi Cordeiro. nº 144.922 - MG (2015/0327858-8). Suscitante: Samarco Mineração S.A., Advogados Eliane Cristina Carvalho Teixeira e outros e Gláucia Mara Coelho. Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Governador Valadares/MG e Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares – SJ/MG. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO

Adiante, ostenta-se que a metodologia a ser desenvolvida na presente pesquisa será a de um estudo de caso cominada com uma revisão bibliográfica.

Previamente, abarca-se que a ultima ratio, ou seja, medida extrema de punição para as pessoas jurídicas envolvidas, seria o fechamento das sociedades empresárias. De pronto, elucida-se que esta não seria o melhor desenlace, não sendo uma consequência praticável de asseguramento da subsistência do meio-ambiente, porquanto que tal medida implicaria em dano não só às pessoas jurídicas, incidindo conjuntamente nesta perda, os trabalhadores, muitas vezes arrimos de família, que resguardam o sustento familiar destas empresas, além da economia da cidade e, logicamente, do estado, que seriam afetadas caso a sanção escolhida fosse a apelidada "pena capital", fazendo um paralelo com o direito penal. Assim sendo, constata-se que uma multa de grande valor, que causaria efetivo prejuízo às pessoas jurídicas envolvidas, encontraria efetividade maior do que o encerramento

ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1515902&num_registro=201503278588&data=20160809&formato=PDF. Acesso em: 22 de mar de 2019.

destas, visto que o maior detrimento para os controladores destas sociedades empresárias, é a perda econômica.

1 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 9605/98

Neste ponto, realizar-se-á a análise da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas à luz da Constituição Federal e a Lei de Crimes Ambientais, nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Será observado, ainda, em que ponto os artigos da Carta Magna e da aludida lei se integram ao caso ora esmiuçado na pesquisa.

Inicialmente, importa ressaltar que, há discussões acerca da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de delitos, onde pesa o argumento de que: "Sujeito ativo é quem pratica o fato descrito como crime na norma penal incriminadora".[19] Do mesmo modo, resta considerar que o mesmo autor, seguindo a doutrina majoritária, diz que "Por ser o crime uma ação humana, somente o ser vivo, nascido de mulher, pode ser autor de crime [...]. A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do Homem".[20] E, similarmente, a chamada "Teoria da Ficção", enuncia que "[...] afirma que as pessoas jurídicas têm existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio lícito da autoridade soberana –, sendo, portanto, incapazes de delinquir (carecem de vontade e de ação)."[21]

---

[19] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - 12ª edição. Editora Saraiva. 2018. V.4.

20 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - 12ª edição. Editora Saraiva. 2018. V.4.

21 PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Responsabilidade%20Penal

Em contraponto, a intitulada "Teoria da Realidade", enfatiza que:

> A pessoa moral não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real (vivo e ativo), independente dos indivíduos que a compõem. Do mesmo modo que uma pessoa física, 'atua como o indivíduo, ainda que mediante procedimentos diferentes, e pode, por conseguinte, atuar mal, delinquir e ser punida'. A pessoa coletiva tem uma personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de agir e de praticar ilícitos penais.[22]

Também para essa corrente, conforme está inserido na Constituição em relação à pessoa jurídica o ponto relevante não é a punição da conduta, já que esta é inerente ao ser humano. A importância está em se punir as atividades que venham degradar o meio ambiente e satisfazer interesses da pessoa jurídica. Essa questão é uma condição para se imputar uma infração penal ambiental ao ente coletivo. A ausência de satisfação de seus interesses é o que inviabilizaria a responsabilização penal da pessoa moral. Observa-se, a partir de então:

> Partindo desta avaliação, desta condicionante imposta pelo legislador, de que o delito há de ser praticado de modo a satisfazer os interesses da pessoa jurídica ou quando menos em benefício dessa, é que se deve analisar o elemento subjetivo do tipo, visto que conduta executiva, material, será sempre exercida a mando do representante legal ou contratual ou ainda do órgão colegiado.[23]

Por conseguinte, corroborando com muito do que antes fora abarcado:

%20da%20Pessoa%20Jur%C3%ADdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf. Acesso em: 21 de mar de 2019.

22 PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%C3%ADdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf. Acesso em: 21 de mar de 2019.

23 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 2ª edição. Editora: Revista dos tribunais. 2000.

> Entendemos que é momento de cessar o mito da punição penal exclusiva da pessoa física, quando se sabe que, no mundo todo, cada vez mais, a delinquência se esconde por trás de pessoas jurídicas – reais ou de mera fachada -, mas que servem aos propósitos da criminalidade de grande relevo, como crimes ambientais e, logicamente, os econômicos, financeiros, contra relações de consumo, tributários entre outros.[24]

Observa-se, portanto, que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tornou-se direito fundamental, presente no documento oficial mais importante do País. Desta forma, há a proibição de retrocesso no que tange-a. A partir deste entendimento, vê-se:

> A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.[25]

Conquanto, saindo da teoria e seguindo para o que realmente existe no Brasil, sobrelevada na Constituição Federal, em seu artigo 225 é genuína a possibilidade de imputação de sanções, incluindo-se penais, à pessoas jurídicas, visto que a Lei Maior enuncia que: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª edição. Editora: Rt. 2013.

25 LEITE, Rubens Morato. Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial. Editora: Revista dos tribunais. 2012.

administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."[26] Além do artigo 173, do mesmo dispositivo:

> A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.[27]

Ou seja, de acordo com o que prevê a Carta Magna, as pessoas jurídicas podem ser punidas penalmente e, ainda, punidas quando ocorram aquelas condutas por parte de indivíduos participantes daquela pessoa jurídica.

Contudo, há um dissenso no que se refere a como punir a pessoa jurídica praticante de crimes. Há dificuldades no âmbito sancionatório do Direito Penal concernentes à discussão ora em debate. O fato de a pessoa jurídica ser considerada uma "ficção jurídica" já impõe barreiras para que se viabilize uma punição.

Todavia, isso não quer dizer que não possam haver sanções às pessoas jurídicas quando cometam crimes através de seus agentes. Há quem realce cinco modelos para punir as pessoas jurídicas, sendo eles: responsabilidade civil, medidas de segurança, sanções administrativas, verdadeira responsabilidade criminal e finalmente medidas mistas[28]. Essas medidas mistas, ainda são exemplificadas em: "a) dissolução da pessoa jurídica (uma espécie de pena de morte); b) Corporation's probation (imposição de condições e intervenção no funcionamento da empresa); c)

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

28 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - 12ª edição. Editora Saraiva. 2018. V.4.

a imposição de um administrador etc." E no caso das medidas de segurança, cita-se o confisco e o fechamento do estabelecimento.[29]

Para sedimentar, ainda mais, a possibilidade de correção penal da pessoa jurídica, cita-se a lei nº 9605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A lei clarifica, em seu artigo 3º, que:

> As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.[30]

Tão logo, não há qualquer dúvida ante a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas. No entanto, é válido ressaltar que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas que figuram, também, como sujeito ativo do fato criminoso.

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica pode acarretar as mais diversas sanções, de acordo com a lei. Desde penas de interdição temporária de direito, que são a proibição de o condenado contratar com o poder público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos; ou, ainda, suspensão de atividades, que será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais; existe, por certo, a prestação pecuniária, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública

29 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - 12ª edição. Editora Saraiva. 2018. V.4.

30 BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos; custeio de programas e de projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas; e, por fim, enuncia-se, no artigo 79 da referida lei, aplicam-se subsidiariamente a Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.[31]

A pena de multa é uma espécie de pena na qual a pessoa jurídica apenada tem a obrigação de desembolsar junto ao Fundo Penitenciário Nacional o valor fixado na sentença. O teor dessa pena tem como base o Código Penal (artigo 49), o qual se aplica subsidiariamente a Lei Ambiental. Seu valor é calculado em dias-multa. A pena de multa mínima a ser fixada corresponde a 10 (dez) dias-multa e a máxima a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A fixação da quantidade de dias-multa leva em consideração o estado econômico do apenado. O valor do dia-multa tem como base o salário mínimo. Nesse caso o valor do dia-multa varia de um trigésimo do salário mínimo a 5 salários mínimos, vigentes na data da prática da infração penal e devidamente atualizados no momento da execução da pena.

Ao contrário da pena de multa, as penas restritivas de direitos a serem aplicadas têm previsão expressa na própria lei especial de meio ambiente, não se aplicando à espécie o Código Penal subsidiariamente. A inicial, suspensão parcial ou total de atividades, incide quando for constatado que a pessoa jurídica condenada já não vinha cumprindo as determinações legais ou regulamentares relativas ao abrigo do meio ambiente, mesmo antes de configurada a infração penal.

31 BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

Posteriormente, a interdição temporária de direitos, não implica na capacidade de a pessoa jurídica exercer suas atividades. Tem como objetivo bloquear por determinado tempo uma das filiais do ente coletivo, uma de suas obras, ou uma de suas atividades.

A terceira pena restritiva de direitos admissível ao ente coletivo é a proibição de contratar com o Poder Público, ou dele conseguir aportes, concessão ou auxílio. No que tange à duração dessas penas restritivas de direitos, deve-se levar em conta a cominação da pena privativa de liberdade prevista no tipo penal.

Por acabamento, há de se mencionar a última sanção prevista no rol das penas que podem ser aplicadas à pessoa jurídica, que é a prestação de serviços à comunidade. Igualmente nela não se aplica subsidiariamente o Código Penal, pois a lei especial cuidou inserir quais seriam as prestações de serviços possíveis de serem aplicadas ao ente coletivo, diferentes, inclusive, das cabíveis às pessoas físicas as quais estão dispostas no artigo 9º nos seguintes termos:

> Art. 9º. A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível.[32]

Seguindo, o custeio de programas e de projetos ambientais impõe à pessoa jurídica condenada a obrigação de custear planos de medidas ligadas ao meio ambiente e de obras e construções ambientais em geral.

[32] BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

A execução de obras de recuperação de áreas degradadas é um tipo de punição que faz com que a empresa apenada seja obrigada a promover obras com a finalidade de resgatar extensões que estejam ligadas ao meio ambiente.

Na sanção referente à manutenção de espaços públicos, o ente moral condenado irá, através de suas próprias forças, zelar por locais públicos que são destinados ao uso de toda a comunidade.

Em final, as contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas implicam na cooperação do ente moral condenado com órgãos públicos que tratam do meio ambiente, bem como aqueles que cuidam das atividades artísticas ou intelectuais. Essa cooperação não é necessariamente financeira, pois manter e custear são outras hipóteses de prestação de serviços à comunidade. Aqui a cooperação pode se revelar no fornecimento de material, mão de obra entre outros, conforma apresenta-se a seguir:

> Essa contribuição não é em pecúnia, pois não se teria um montante a ponderar (quanto o juiz determinaria que fosse pago?) e a lei não fala em manter a entidade (o que significa custeio total por um tempo). Portanto, parece-nos que é efetiva a cooperação, fornecendo material, mão-de-obra e outros elementos concretos para que as entidades satisfaçam suas metas.[33]

Em semelhança às penas restritivas de direitos, a pena de prestação de serviços à comunidade a ser cumprida pela pessoa jurídica terá como duração a cominação da pena privativa de liberdade prevista para o ilícito penal praticado. Como é possível notar, não é admissível a aplicação definitiva de pena privativa de liberdade para à pessoa jurídica pelo fato de a mesma não ser compatível com sua

33 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª edição. Editora: Rt. 2013.

natureza, uma que vez que é evidente a impossibilidade de seu encarceramento, razão pela qual a repreensão corporal só é possível ao ser humano, pessoa física.

Todavia, há de se ressaltar que a pena privativa de liberdade não é a única prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo elencada em seu rol a pena de multa e as restritivas de direitos. Não deixam, portanto, de serem compatíveis com a responsabilização penal do ente coletivo as penas previstas no artigo 21 da Lei nº 9.605/98. Por conseguinte, o fato de não ser possível à aplicação da pena privativa de liberdade na pessoa jurídica não inválida a sua responsabilização penal, pois conforme já mencionado, o ordenamento jurídico pátrio prevê outras sanções em matéria penal.

Deste modo, por tudo enunciado anteriormente, constata-se que a responsabilização penal ambiental, a qual figuram como sujeitos ativos as pessoas jurídicas é permitido e previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela Constituição da República Federativa do Brasil, quanto pela chamada Lei de Crimes Ambientais, nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998, cabendo aos operadores do direito ratificar, por meio de suas decisões, o que já fora determinado.

2 OS CRIMES DO DESASTRE DE MARIANA

Nessa acepção, serão enumerados os crimes do desastre de Mariana, partindo do que abarca a denúncia, sendo esta, o principal objeto deste tópico. Aqui, foi esmiuçada cada parte da denúncia no que concerne as pessoas jurídicas envolvidas no caso ora em questão, VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia, Vale, Samarco e BHP Billiton.

Na denúncia produzida pelo Ministério Público, obtém-se, em folha 210, o seguinte enunciado:

> Apurou-se que as pessoas jurídicas SAMARCO, VALE e BHP, as duas últimas controladoras da primeira, durante todo tempo em que a barragem de Fundão esteve operacional, detiveram pleno conhecimento das situações de risco que lhe comprometeram a estabilidade. Apesar disso, as referidas pessoas jurídicas, ora denunciadas, por intermédio dos membros de seu conselho de administração, de diretores e empregados omitiram, em benefício próprio, diversas ações consistentes com a manutenção da higidez da barragem de Fundão [...].[34]

No documento, há a divisão para tipificação de cada delito de cada pessoa jurídica e física. No que tange a Samarco Mineração S.A., há dizeres que evidenciam o conhecimento de riscos que a Barragem do Fundão oferecia e omissão, por má-fé, do risco os quais existiam, como observa-se em páginas 210 e 211 da denúncia:

> Mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, SAMARCO omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes. [...] Ademais, também se apurou que, apesar de ter conhecimento de que a Vale depositava "lama" na barragem de Fundão - proveniente do beneficiamento por ela realizado na Mina Alegria – bem como de ter consolidado e apresentado as informações constantes de seus Planos de Aproveitamento Econômico e dos Relatórios Anuais de Lavra durante os anos de 2013, 2014 e 2015, deixou de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental e dificultou a ação fiscalizadora do Poder Público, uma vez que, tendo dever legal e competências de supervisão, omitiu-se de apresentar, nos procedimentos administrativos minerários junto ao DNPM (Planos de Aproveitamento Econômico e Relatórios Anuais de

[34] MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

> Lavra), informações sobre a deposição de rejeitos provenientes das unidades de beneficiamento da VALE, localizadas na Mina Alegria, em Mariana-MG, no reservatório da barragem de Fundão, operada pela SAMARCO [...].[35]

Desta forma, nota-se que a mineradora Samarco é acusada de ser sujeito passivo dos crimes intitulados como: matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida (art. 29, caput, lei 9605/98) ; impedir a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida (art. 29, parágrafo 1º, I, lei 9605/98); modificar, danificar ou destruir de ninho, abrigo ou criadouro natural (art. 29, parágrafo 1º, II, lei 9605/98); provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras (art. 33, lei 9605/98); destruir ou danificar de floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção (art. 38, lei 9605/98); destruir ou danificação de vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção (art. 38-A, lei 9605/98); causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização (art. 40, lei 9605/98); destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de

35 MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

logradouros públicos ou em propriedade privada alheia (art. 49, lei 9605/98); desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente (art. 50, lei 9605/98); causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora (art. 54, lei 9605/98); tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana (art. 54, parágrafo 2º, I, lei 9605/98); causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade (art. 54, parágrafo 2º, III, lei 9605/98); dificultar ou impedir o uso público das praias (art. 54, parágrafo 2º, IV, lei 9605/98); ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (art. 54, parágrafo 2º, V, lei 9605/98); destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (art. 62, I, lei 9605/98); deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental (art. 68, lei 9605/98); obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais (art. 69, lei 9605/98); elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão (art. 69-A, lei 9605/98).[36]

Seguindo, a respeito da Companhia VALE S.A., a denúncia expõe, em página 211 e 212, que:

[36] BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> Mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, em razão de sua condição de controladora da SAMARCO, VALE omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes [...]. Ademais, também se apurou que a VALE depositava lama na barragem de Fundão proveniente do beneficiamento por ela realizado na Mina Alegria, não dando ciência do fato aos órgãos competentes, deixando assim de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. Por fim, salienta-se que a sociedade anônima dificultou a ação fiscalizadora do Poder Público, uma vez que, tendo dever legal e competências de supervisão, omitiu-se de apresentar, nos procedimentos administrativos minerários junto ao DNPM (Planos de Aproveitamento Econômico e Relatórios Anuais de Lavra), informações sobre a deposição de rejeitos provenientes das unidades de beneficiamento da VALE, localizadas na Mina Alegria, em Mariana-MG, no reservatório da barragem de Fundão, operada pela SAMARCO.[37]

Por estes motivos, a Vale S.A. foi indiciada pelos crimes tipificados já enunciados anteriormente, relacionando-se às condutas da Samarco S.A..

Já sobre a BHP Billiton Ltda., a denúncia apura, em folha 212, que:

> Mesmo conhecendo a situação típica de incremento de riscos não permitidos, tendo pleno conhecimento de suas responsabilidades como pessoa jurídica responsável pelo empreendimento e dele garantidora, em razão de sua condição de controladora da SAMARCO, BHP omitiu-se, assumindo o risco da produção dos resultados decorrentes.[38]

37 MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

38 MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL

Destarte, a BHP incorre nas mesmas sanções penais das sociedades empresariais outrora mencionadas.

Por fim, A VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia Ltda., foi a responsável pela elaboração dos laudos de segurança da barragem.[39] Desta forma, responderá pelo crime de elaboração de laudo ambiental falso (artigo 69-A da Lei 9.605/1998), por ter emitido declaração enganosa sobre a estabilidade de Fundão.[40]

Cumpre ressaltar que tanto a Samarco S.A., quanto a Vale S.A., a BHP Billiton Ltda e a VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda, também se implica as sanções existentes no Código Penal e Código de Processo Penal, de forma que a Lei nº 9605/98 não é o único dispositivo o qual o Ministério Público se aporta. Consequentemente, consta nos autos da denúncia que a ambas são imputados os artigos 13 do Código Penal, que tem como objetivo demonstrar que não apenas a ação pode dar causa à conduta criminosa, pois, sim, a omissão pode der caracterizada como sendo objeto ativo de um crime.[41] Ainda, destaca-se ao artigo 69, também do Código Penal, que exemplifica o concurso material, que se desenha quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais

Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

39 MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco.

40 BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

41 BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

crimes e artigo 70 do mesmo código, que trata do concurso formal, que se caracteriza quando o agente, mediante apenas uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes.[42]

Cita-se, por conseguinte, a Lei 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que em seu artigo 17 determina que o empreendedor de barragens – o que aplica-se à Barragem do Fundão – obriga-se a informar ao respectivo órgão fiscalizador qualquer alteração que possa acarretar redução da capacidade de descarga da barragem ou que possa comprometer a sua segurança, o que não foi feito por qualquer uma destas três pessoas jurídicas.[43]

Não se pode deixar de abarcar a Portaria DNPM n.º 416, de 03 de setembro de 2012, que consta na denúncia feita pelo MP, que, em seu artigo 3º e parágrafo único textualiza que:

> Art. 3º. As barragens de mineração serão cadastradas diretamente no sistema do Relatório Anual de Lavra – RAL, disponível no sítio do DNPM na internet, juntamente com a declaração dos demais dados do empreendimento. Parágrafo único. O empreendedor ficará obrigado a declarar todas as barragens de mineração em construção, em operação e desativadas sob sua responsabilidade.[44]

42 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

43 BRASIL. Lei que Estabelece a Política Nacional de Segurança das Barragens. Lei nº 12.334 de 20 de set de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

44 BRASIL. Portaria DNPM n.º 416. Publicada em 03 de set de 2012. Disponível em:

E, por acabamento, a Portaria DNPM n.º 11, de janeiro de 2012, que, em artigo 3º verbaliza que:

> Todos os titulares ou arrendatários de títulos de lavra e de guias de utilização, independentemente da situação operacional das respectivas minas (em atividade ou não), deverão apresentar ao DNPM relatório anual de lavra - RAL relativo a cada processo minerário de que são titulares ou arrendatários na forma e prazo estabelecidos nesta Portaria.[45]

Isto posto não foi realizado pelas empresas, que, por este motivo, dificultou a ação fiscalizadora do poder público, trazendo um enorme atraso e estorvo ao Ministério Público.

Há quem defenda que "O bem jurídico tutelado, nesses crimes, é o meio ambiente relacionado à pureza, e limpeza da água, do ar, e do solo, ou seja, do patrimônio natural e à qualidade de vida".[46]

Além, cita-se, ainda, a destruição do meio ambiente artificial o meio ambiente cultural. Abarca-se que deixou-se de tutelar o meio ambiente no aspecto do ordenamento urbano e do patrimônio cultural, desprotegendo, entre outros bens, os arquivos, os museus, os registros, as bibliotecas, as pinacotecas etc., além de lugares especialmente protegidos em razão de valor paisagístico, ecológico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental.[47]

---

http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-416-em-03-09-2012-do-diretor-geral-do-dnpm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

45 BRASIL. Portaria DNPM n.º 11. Publicada em: janeiro de 2012. Disponível em: http://www.anm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-011-em-13-01-2012-do-diretor-geral-do-dnpm/view. Acesso em: 22 de mar de 2019.

46 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 11ª edição. Editora: Saraiva. 2016.

47 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 11ª edição. Editora: Saraiva. 2016.

Por conseguinte, ainda salientando ao que concerne ao meio ambiente cultural, fora publicado na página do Ministério Público de Minas Gerais, em 06 de novembro de 2015, pelo Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda, Coordenador Estadual das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico, síntese a respeito dos danos causados ao patrimônio cultural da região:

> [...] O prejuízo é imenso e irreversível. Ele se refere principalmente a uma capela em Bento Rodrigues, construída no século 18, que remonta às origens do povoado e está totalmente soterrada pela lama. Além disso, dezenas de sítios históricos da época da mineração do ouro na região foram destruídos [...] Bento Rodrigues é um dos mais antigos arraiais de Minas Gerais e toda a região é pioneira no que diz respeito à descoberta do Ouro, além de estar inserida na reserva da Biosfera da Serra do Espinhaço, reconhecida pela Unesco como patrimônio de relevo para toda a humanidade.[48]

Destarte, averiguou-se que o rol de crimes imputados à Vale, Samarco, BHP Billiton e VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia não é pequeno, figurando, tais pessoas jurídicas, como sujeitos ativos em diversos artigos, tanto do Direito Penal, quanto da Lei de Crimes Ambientais, de número 9605, de 1998. Destaca-se, por fim, que não há qualquer condenação dessas sociedades empresárias no que se relaciona ao desastre de Mariana, pois o processo encontrou-se parado durante um longo período, não decorrendo, ainda, seu final. Tão logo, a denunciação destes crimes não implica, necessariamente, em decisão favorável à condenação.

3 DA JURISPRUDÊNCIA: RESPONSABILIZAÇÃO PENAL AMBIENTAL DE PESSOAS JURÍDICAS

[48] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Promotor de Justiça. Publicação de 2015. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/. Acesso em: 22 de mar de 2019.

Sobre a responsabilidade penal ambiental de pessoas jurídicas, faz-se necessário apresentar precedentes existentes em tribunais brasileiros acerca da questão foco de discussão.

Foram investigados diversos tribunais e suas decisões no que concerne à crimes ambientais cometidos por empresas, tais como Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que figura como o primeiro tribunal do País a condenar criminalmente uma pessoa jurídica.[49] Desta forma, ao longo do capítulo, a maior parte das sentenças enunciadas serão deste último tribunal.

Cumpre ressaltar que não há qualquer processo em curso ou trânsito em julgado que realce uma lide da magnitude do desastre de Mariana. Porém, o núcleo, nesta quota do certame é demostrar que existe, sim, possibilidades eficiência para sancionar pessoas jurídicas.

Por conseguinte, denota-se que a primeira condenação de uma pessoa jurídica, no Brasil, transitada em julgado, se deu em 2003, no julgamento da apelação criminal nº 2225 SC 2001.72.04.002225-0, da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da relatoria do Desembargador Élcio Pinheiro de Castro.[50] A Corte analisou recurso de apelação de ente coletivo acusado e condenado em primeira instância pela degradação da flora nativa, entendendo que a imputação restou configurada, conforme ementa que segue:

49 BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional da 4ª Região. Notícia. Publicado em: 24 de abr de 2002. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=2159. Acesso em: 22 de mar de 2019.

50 BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional da 4ª Região. Notícia. Publicado em: 24 de abr de 2002. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=2159. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. EXTRAÇÃO DE PRODUTO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. DEGRADAÇÃO DA FLORA NATIVA. ARTS. 48 E 55 DA LEI Nº 9.605/98. CONDUTAS TÍPICAS. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PROVA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SENTENÇA MANTIDA.
>
> 1.Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3º) bem como a Lei 9.605/98 (art. 3º) inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pess
>
> 2. Nos termos do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo à defesa (pas de nullité sans grief).
>
> 3. Na hipótese em tela, restou evidenciada a prática de extrair minerais sem autorização do DNPM, nem licença ambiental da FATMA, impedindo a regeneração da vegetação nativa do local.
>
> 4. Apelo desprovido (TRF-4, 2003).[51]

Os doutrinadores, majoritariamente, eram contrários à responsabilização penal da pessoa jurídica. Pelo peso que carregava a corrente doutrinária, o judiciário recebia, apenas, acusações contra pessoas jurídicas se houvesse dupla imputação. Ou seja, quando a denúncia era oferecida pelo Ministério Público contra a pessoa jurídica, entretanto, também, em face de seus dirigentes, ao mesmo tempo. Era indeferida denúncia que houvesse cisão para processar a pessoa jurídica de forma individual. A ação penal era proibida de se dar somente em face daquele ente coletivo. Tão logo, observa-se, que, por este motivo, o que se tinha, em verdade, na letra da lei, era algo unicamente teórico. Caso não houvesse êxito em condenar os

51 BRASIL. Justiça Federal. 6ª Vara Federa de Florianópolis. Nº 5009725-87.2012.4.04.7200 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - SC). Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50097258720124047200&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=d0cdcb04444b42b1fbed3adbb39b0612&txtPalavraGerada=Ozqg. Acesso em: 22 de mar de 2019.

dirigentes responsáveis pela conduta destruidora do meio ambiente, impossível seria a propositura de ação penal contra a pessoa jurídica. Para elucidação do que seria, realmente, a teoria da dupla imputação, tem-se que:

> [...] Adotou-se a teoria da dupla imputação, ou seja, é impossível imputar o delito ambiental exclusivamente à pessoa jurídica. Por trás do ato criminoso sempre existe uma pessoa física. Logo, impõe-se descobri-la para que faça parte (necessariamente) do polo passivo da ação penal. Impossível imputar um delito ambiental exclusivamente à pessoa jurídica, visto que, nesse caso, o efeito preventivo do Direito penal desaparece. De outro lado, o Direito penal foi pensado para pessoas de carne e osso. A responsabilidade da pessoa jurídica, a rigor, não é "penal". Ela pertence ao que chamamos de direito judicial sancionador.[52]

Todavia, em agosto de 2013, o Supremo Tribunal Federal alterou esta direção doutrinária e jurisprudencial. Ademais, no julgamento do Recurso Extraordinário 548181/PR, relatado pela Ministra Rosa Weber, em 06 de agosto de 2016, a 1ª Turma do STF decidiu que a dupla imputação corrompe o que estabelece o parágrafo 3º, do artigo 225 da Constituição Federal, o qual não determina que a pessoa moral e as pessoas físicas que a dirigem sejam responsabilizadas conjuntamente em uma ação penal.[53]

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça, em 2015, também mudou seu posicionamento sobre a necessidade da dupla imputação, ajustando-se à orientação da Suprema Corte. Conforme informativo nº 0566 do período de 08

52 GOMES, Luiz Flávio. Crime ambiental: pessoa jurídica: teoria da Dupla Imputação (pessoa jurídica e pessoa física). 2009. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006493/crime-ambiental-pessoa-juridica-teoria-da-dupla-imputacao-pessoa-juridica-e-pessoa-fisica. Acesso em: 22 de mar de 2019.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 1ª turma. Julgado de relatoria da Ministra Rosa Weber. Partes: Ministério Público Federal e Procurador Geral da República; Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e advogado Juarez Cirino dos Santos. 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801. Acesso em: 22 de mar de 2019.

(oito) a 20 (vinte) de agosto de 2015, a mudança ocorreu no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 39.173/BA, da 5ª Turma, da relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. A turma entendeu pela possibilidade de propositura de ação penal em face de pessoa jurídica, em paralelo à apuração da conduta praticada pelas pessoas físicas que dirigem o ente. Tão logo, evidenciou-se desnecessária a dupla imputação. Desta forma, hoje, está pacificado nos tribunais superiores que é despropositada a dupla imputação para que se possa responsabilizar penalmente um ente coletivo.[54]

Destaca-se, ainda, que os entendimentos atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, agora, encontram-se alinhados ao que preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 225 e a Lei 9.605/98, principalmente, em seu artigo 3º, pois, tais dispositivos sempre atentaram-se ao fato de que a pessoa jurídica pode – e deve- ser responsabilizada penalmente por atos que vão de encontro à existência e permanência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isto posto, verifica-se julgados atuais acerca da matéria ora discutida e nota-se, além de tudo, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região figurou-se como sendo um dos mais ativos, ante a responsabilização penal das pessoas jurídicas em geral, corroborando com o que preceitua a Carta Magna e a Lei de Crimes Ambientais.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança. Nº 39.173 - BA (2012/0203137-9). Julgado de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras. Recorrido: União. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1425899&num_registro=201202031379&data=20150813&formato=PDF. Acesso em: 22 de mar de 2019.

Vê-se, por exemplo, o julgado que traz consigo a informação de que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada criminalmente pelo fato de ter destruído floresta típica em área de preservação permanente, delito pertencente ao artigo 38 da Lei de Crimes Ambientais.[55]

Ou, ainda, a imputação de penalidade à empresa que extraiu recursos minerais sem a competente autorização, além de usurpação de matéria prima da União. Nestes termos, tais atos figuram como crimes do artigo 55, da Lei nº 9.605/98 e artigo 2º, da Lei nº 8.176/91.[56]

55 BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5014575-53.2013.404.7200 SC 5014575-53.2013.404.7200. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 28 de set de 2016. DIREITO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/98 DESTRUIÇÃO DE FLORESTA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. PRESCRIÇÃO.

1. A supressão de floresta típica de área especialmente protegida caracteriza a prática do crime do art. 38 da Lei nº 9.605/98.
2. Condenação pela prática do delito do art. 38 da Lei 9.605, com pena hipotética fixada para a pessoa jurídica em 1 (um) ano de detenção, em decisão transitada em julgado para a acusação.
3. É cabível a persecução criminal contra a pessoa jurídica que comete crime contra o meio ambiente, com supedâneo no art. 3º da Lei 9.605/98, quando o delito for cometido por decisão de seu representante legal ou colegiado.
4. Prazo prescricional de 4 (quatro) anos (art. 109, V do CP), lapso temporal este já transcorrido entre a data dos fatos atribuíveis ao Condomínio e o recebimento da denúncia, o que leva à declaração de extinção de punibilidade, em face da prescrição retroativa. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400450163/apelacao-criminal-acr-50145755320134047200-sc-5014575-5320134047200?ref=serp. Acesso em 22 de mar de 2018.

56 BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5001564-97.2013.404.7121 RS 5001564-97.2013.404.7121. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 29 de jun de 2016. DIREITO PENAL. EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO (ART. 55, LEI 9.605/98). USURPAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA DA UNIÃO (ART. 2º, LEI 8.176/91). AUSÊNCIA DE DOLO. DÚVIDA RAZOÁVEL. CONCURSO FORMAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

1. Não havendo evidências no sentido de que não houve dolo de extração de minerais sem a competente autorização (artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98), ou mesmo de usurpação de matéria-prima da União (artigo 2º, caput, Lei nº 8.176/91), mas sim mero equívoco justificado pelas circunstâncias do caso concreto quanto aos dois primeiros fatos delituosos retratados na inicial (erro na delimitação da área de mineração de areia), impõe-se a absolvição dos acusados, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Ademais, cita-se o julgado que obtém por base o fato de que a supressão de vegetação em área do Bioma da Mata Atlântica figura como crime ambiental, presente no artigo 39, da Lei de Crimes Ambientais, além de aterramento de água, presente no artigo 63, outrossim, extração de argila e saibro sem autorização, crime do artigo 55. Observando, portanto, que a Lei 9605/98 traz consigo um imenso rol de crimes e sanções a serem deflagradas à pessoas jurídicas agentes de condutas criminosas ou delituosas.[57]

---

2. O art. 2º da Lei n. 8.176/91 busca tutelar e preservar o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas, enquanto o art. 55 da Lei n. 9.605/98 impõe sanções a atividades lesivas ao meio ambiente, proibindo, dentre outras, a extração de recursos minerais. Na hipótese, ocorre concurso formal, pois com um comportamento lesou-se o patrimônio e o meio ambiente.
3. É cabível a persecução criminal contra a pessoa jurídica que comete crime contra o meio ambiente definido no art. 55 da Lei 9.605/98, com supedâneo no art. 3º da Lei 9.605/98, quando o delito for cometido por decisão de seu representante legal (extração de areia sem regular licença do DNPM e FEPAM). Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395183315/apelacao-criminal-acr-50015649720134047121-rs-5001564-9720134047121. Acesso em: 22 de mar de 2019.

[57] BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5009725-87.2012.404.7200 SC 5009725-87.2012.404.7200. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 24 de fev de 2016. DIREITO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/98 SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO - ARTIGO 39. ATERRAMENTO DE CORPO D´ÁGUA - ARTIGO 63. EXTRAÇÃO DE ARGILA E SAIBRO SEM AUTORIZAÇÃO - ART. 55. CRIME CONTRA ORDEM ECONOMICA (ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91). CONCURSO FORMAL ENTRE O CRIME DO ART. 55 DA LEI 9.605 E DO ART. 2º DA LEI 8.176/91. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

1. A supressão de vegetação em área do Bioma da Mata Atlântica, área de preservação permanente, acima dos limites definidos pelos órgãos de fiscalização ambiental, caracteriza a prática do crime do art. 39 da Lei 9.605/98.
2. O aterramento de corpos d'água, quando não é possível concluir com segurança que se tratavam de lagos de origem natural, não caracteriza o crime do art. 63 da Lei 9.605/98, já que ausente elementar do tipo penal (local especialmente protegido).
3. O art. 2º da Lei n. 8.176/91 busca tutelar e preservar o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas, enquanto o art. 55 da Lei n. 9.605/98 impõe sanções a atividades lesivas ao meio ambiente, proibindo, dentre outras, a extração de recursos minerais. Na hipótese, ocorre concurso formal, pois com um comportamento lesou-se o patrimônio e o meio ambiente.
4. É cabível a persecução criminal contra a pessoa jurídica que comete crime contra o meio ambiente definido no art. 55 da Lei 9.605/98, com supedâneo no art. 3º da Lei 9.605/98, quando o delito for cometido por decisão de seu representante legal. Disponível em: https://trf-

Por fim, menciona-se o recurso em sentido estrito, que carrega o fato de que a inépcia da denúncia em relação aos sócios não determina a finalização do feito, pelo contrário, designa no sentido do prosseguimento do processo no que concerne às pessoas jurídicas denunciadas. Esta informação é significativa, visto que, anteriormente, quando o processo não prosperava em relação aos sócios das empresas, também não iria para frente no que se refere às pessoas jurídicas que empreendem em crime.[58]

Isto posto, este capítulo corrobora com tudo que fora exposto anteriormente. Ou seja, a responsabilização penal das pessoas jurídicas é uma realidade as quais os tribunais estão inseridos. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2013 e, posteriormente, do Superior Tribunal de Justiça, em 2015, os demais foros da justiça brasileira constataram que a teoria da dupla imputação já deveria ter sido superada há tempos, o que, de fato, agora, ocorreu. A partir de então, os demais tribunais do

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310190117/apelacao-criminal-acr-50097258720124047200-sc-5009725-8720124047200?ref=serp. Acesso em: 22 de mar de 2019.

[58] BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 2ª câmara criminal. Relatoria de Jomar Ricardo Saunders Fernandes. Data do julgamento: 28 de maio de 2017. RESCURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA SOB FUNDAMENTO DE INÉPCIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU FUNDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO POSTERIOR À DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. INÉPCIA DA DENÚNCIA SOMENTE EM RELAÇÃO AOS SÓCIOS. DETERMINADO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO NO CONCERNENTE ÀS PESSOAS JURÍDICAS DENUNCIADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A exordial acusatória, apesar de discriminar a suposta conduta ilícita perpetrada pelas pessoas jurídicas, deixou de especificar os fatos inerentes a subsunção das pessoas físicas no núcleo do tipo penal, devendo, portanto, ser mantida a decisão de 1º grau em face dos sócios;

O posicionamento jurisprudencial adotado pelo juízo a quo para rejeitar a denúncia foi alterado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 584.181, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual restou comprovada a responsabilidade penal isolada da pessoa jurídica em crimes ambientais;

Observado os requisitos legais previstos no artigo 41, do Código de Processo Penal, a ação deverá prosseguir contra as pessoas jurídicas denunciadas. Disponível em: https://tjam.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/525941939/2538473020098040001-am-0253847-3020098040001?ref=serp. Acesso em: 22 de mar de 2019.

País verificaram que possuíam aval para sancionar empresas, à parte de seus dirigentes, sendo, o Tribunal Regional da 4ª Região, um dos mais ativos do Brasil.

4 A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL AMBIENTAL DE PESSOAS JURÍDICAS PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO-AMBIENTE

Presentemente, o foco é trazer ao artigo, verbetes, comentários e observações acerca da possibilidade e da relevância da responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas. Neste momento, mostrar-se-á convicções tanto no sentido de impedimento sancionatório destas empresas, quanto posições favoráveis às penalidades.

Traz-se a informação de que, apesar do que textualiza da Lei nº 9605, de 1998 e o Código Penal, há quem critique a possibilidade de responsabilização penal ambiental de empresas, com o argumento de que há "indeterminação dos parâmetros legais de fixação das penas".

Outrossim, alegam que os tipos penais incriminadores da Lei dos Crimes Ambientais não preveem o tipo de pena aplicável à pessoa jurídica e tampouco o tempo mínimo e máximo ao qual a empresa pode ser condenada a cumprir essa pena indeterminada, em divergência ao que ocorre com a pena privativa de liberdade, que, além de ter seu tipo especificado como de reclusão ou detenção, é limitada em seu *quantum* mínimo e máximo em cada crime.[59]

Tem-se, a partir desta demonstração que:

[59] BORGES, Rafael; NASCIMENTO, André. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/opiniao-sancoes-penais-pessoa-juridica-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> A Lei 9.605/98 não estabelece, por exemplo, o prazo máximo por que pode perdurar a pena de interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (artigo 21, inciso II, c/c artigo 22, inciso II e parágrafo 2º), modalidade de pena restritiva de direitos, ou qualquer uma das penas de prestação de serviços comunitários (artigo 21, inciso III, c/c artigo 23). Ao condenar uma pessoa jurídica por crime ambiental, portanto, está inteiramente nas mãos do juiz escolher o(s) tipo(s) de pena aplicável(eis), bem como o tempo de duração da(s) pena(s) porventura escolhida(s). A própria dosimetria da pena de multa traz dificuldades, na medida em que depende de moduladores de difícil definição, como "a situação econômica do réu" (artigo 60, CP).[60]

Considera-se significativo trazer pontos de vistas distintos, calcando-se no ideal de livre arbítrio do doutrinador ou produtor de artigos acadêmicos, contudo, nota-se, ao longo da averiguação do exercício acadêmico, que, apesar de existirem pontos de vista favoráveis e contrários acerca da possibilidade da responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas, a percepção favorável é entendimento dominante entre a comunidade jurídica.

Apesar de tudo que foi explicitado acerca da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, frente à Constituição Federal e a Lei nº 9605/98, há, ainda, como abarcado, quem entenda pelo contrário, seguindo a corrente minoritária, trazendo ao plano de fundo, o princípio da "societas delinquere non potest", o que poderia ser entendido como "a sociedade não pode dar errado" ou "a sociedade não pode delinquir", arguindo que a possibilidade de cogitar, agir e

60 BORGES, Rafael; NASCIMENTO, André. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/opiniao-sancoes-penais-pessoa-juridica-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

executar é aptidão apenas dos seres humanos e a pessoa jurídica seria tão somente uma simples ferramenta na consecução das finalidades almejadas pelo homem.[61]

Contudo, é dominante que a Constituição prevê explicitamente, em seu artigo 225, parágrafo 3º, essa possibilidade, além de todo o arcabouço jurídico existente.

De acordo com a Lei Federal 9.605/98, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, existem dois requisitos para que se possa penalizar a pessoa jurídica:

> a) infração penal ter sido cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; e
>
> b) a infração ter sido cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Todavia, a doutrina desfavorável, que não entende pela possibilidade de responsabilização penal ambiental da pessoa jurídica, considera que em nenhuma situação poderá o ente moral perfazer fisicamente a conduta, se tratando de uma ficção jurídica, o que existe é a atividade de uma pessoa física, que tem um liame com a empresa, realizando uma atividade que se reverterá em prol de ente.[62]

Por conseguinte, outro interessante contexto fático para se trazer à presente pesquisa, é a possibilidade de consideração de crimes ambientais dolosos e culposos, além do dolo eventual – este último, inclusive, sendo o que mais ocorre em matéria ambiental – como o que existe no Código Penal. Explicita-se que a vontade do

61 MEILYNG, Leone Oliveira. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: Efeitos do Disclosure Ambiental. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/1264-5238-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 22 de mar de 2013.

62 MEILYNG, Leone Oliveira. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: Efeitos do Disclosure Ambiental. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/1264-5238-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 22 de mar de 2013.

agente empresarial para produzir o fato delituoso deve ser encarado e julgado. Como tem-se a seguir:

> Os crimes ambientais podem ser considerados dolosos ou culposos. A letra da lei é clara: ou o agente dirigiu a sua vontade para conseguir o resultado, ou ele assumiu o risco de produzi-lo. Este último caso trata-se do dolo eventual, uma das espécies que mais ocorre em matéria de crime ambiental, depois apenas da culposa.[63]

No entanto, apesar de haver a consideração de possibilidade de crimes culposos na legislação ambiental, há a informação de que na legislação penal brasileira, a regra são os crimes dolosos, e a exceção são os culposos.[64] Deste modo, só haverá crime culposo quando expressamente previsto em lei. Portanto, com relação à pessoa jurídica, deve – se ressaltar para a impossibilidade de este ente ser punido culposamente, já que não há expresso em lei tal tipo de responsabilização.[65]

Salienta-se, ainda, a convergência entre a proteção ambiental e o direito à vida, pois, logicamente, danos ambientais graves e irreversíveis podem figurar em mortes e tragédias, bem como o desastre em Mariana, Minas Gerais, objeto do atual projeto de pesquisa. Para evidenciar, reproduz-se:

63 CARVALHO, Charles Pereira de; VELOSO, Samyra Cristielle Dias Leão. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56169/responsabilidade-da-pessoa-juridica-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

64 PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%C3%ADdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf. Acesso em: 21 de mar de 2019.

65 CARVALHO, Charles Pereira de; VELOSO, Samyra Cristielle Dias Leão. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas nos Crimes Ambientais. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56169/responsabilidade-da-pessoa-juridica-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> O fato de ser o meio ambiente um bem de uso comum do povo, conforme definição constitucional constante no art. 225, caput, da Constituição Federal, justifica a punibilidade pelos danos a ele causados. Assim sendo, conclui-se que a proteção ambiental está intimamente ligada ao direito à vida, tanto quanto o próprio art. 121 do Código Penal o está, bem como os diversos dispositivos legais vigentes que incriminam condutas lesivas à vida.[66]

Há, outrossim, uma explicação para que se puna, no direito penal, que é a "ultima ratio" da juridicidade brasileira, as pessoas jurídicas por crimes ambientais cometidos por seus dirigentes. O principal raciocínio é de que nos crimes ambientais mais graves, é praticamente impossível que se chegue a identificar o verdadeiro responsável por aquele atentado, como vê-se a seguir:

> O art. 3º da Lei nº. 9.605/98, que se tornou conhecida por Lei Penal Ambiental, tornou expressa a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma alteração que rompe com tradição secular do Direito Penal brasileiro. Não se encontra ainda doutrina que a justifique, mas sua força reside no argumento de que nos crimes ambientais mais graves jamais se chega a identificar o verdadeiro responsável. Como a Lei n. 9.605/98 não dispõe sobre rito processual, tem-se de cumprir o rito da lei processual penal, ou seja, no interrogatório, deverá depor o representante legal da pessoa jurídica.[67]

O avanço na Lei de Crimes Ambientais vem no sentido de tornar certas infrações que anteriormente eram contravenções, agora como crimes e, tentar resgatar uma lacuna que existia no Código Penal no referente às questões ambientais. Na metade do século, o meio ambiente encontrava-se compartimentalizado entre fauna, flora, água, ar, aspectos culturais, etc.

66 CARDOSO, Marlei. Crimes contra o meio ambiente: a responsabilidade penal em crimes ambientais. 2007. Disponível em: http://www.marliambiental.com.br/artigos/monografia/CRIMES-CONTRA-O-MEIO-AMBIENTE.pdf. Acesso em: 22 de mar de 2019.

67 FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. Editora: Revista dos tribunais. 2002.

Hoje, temos a concepção do um meio ambiente como objeto de tutela jurídica, com a necessária integridade e a interdependência entre todas estas categorias. Isso veio a ser contemplado já na década de 80, e consagrado através da Constituição de 1988. É a partir daí que, efetivamente, o meio ambiente aparece tutelado em outra dimensão.

Antes se encontrava em parte no Código Civil, de forma fragmentária, em parte no Código Penal, e nos instrumentos administrativos, em suas legislações e regulamentações, porém sempre equivocadas, como analisado:

> O avanço na Lei de Crimes Ambientais vem no sentido de tornar certas infrações que anteriormente eram contravenções, agora como crimes e, tentar resgatar uma lacuna que existia no Código Penal no referente às questões ambientais. Na metade do século, o meio ambiente encontrava-se compartimentalizado entre fauna, flora, água, ar, aspectos culturais, etc. Hoje, temos a concepção do um meio ambiente como objeto de tutela jurídica, com a necessária integridade e a interdependência entre todas estas categorias. Isso veio a ser contemplado já na década de 80, e consagrado através da Constituição de 1988. É a partir daí que, efetivamente, o meio ambiente aparece tutelado em outra dimensão. Antes se encontrava em parte no Código Civil, de forma fragmentária, em parte no Código Penal, e nos instrumentos administrativos, em suas legislações e regulamentações, porém sempre equivocadas.

Dispõe-se, também, que a responsabilidade da pessoa jurídica foi prevista constitucionalmente, de modo amplo, no capítulo "Dos princípios gerais da atividade econômica", em seu §5º do artigo 173:

> A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza,

> nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.[68]

Observa-se, por consecutivo, que, as penas atribuídas à pessoa jurídica não alcançam as pessoas físicas integrantes da sociedade, não obstante o parágrafo único do art. 3º afirmar que "a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato".[69]

Não exclui-se, para mais, as teorias para a possibilidade de responsabilização penal ambiental de pessoas jurídicas, como verifica-se em seguida:

> Tem-se que existe a teoria da 'responsabilidade por transferência' ou por 'atribuição' ou, ainda, teoria da 'identificação', que preconiza que "imputação de um crime ao ente coletivo é juridicamente viável quando o autor da infração – sempre uma pessoa física – seja seu representante ou alguém integrante de seu órgão dirigente e sempre que tenha atuado por conta e no interesse da pessoa jurídica. Neste caso, a conduta criminosa praticada pela pessoa física deve ser vista como uma manifestação de vontade do próprio ente coletivo. Assim, se a pessoa jurídica não é dotada de vontade delitiva própria, pode ela, no entanto, atuar por meio de seus dirigentes, que se identificam e concretizam essa vontade ou mente diretiva empresarial ou dos demais entes coletivos.[70]

Contudo, declara-se, ainda, que há uma enorme dificuldade de aplicação desta teoria, pois as grandes empresas funcionam mediante um sistema organizacional complexo e com diversos níveis de poder decisório. Por este motivo,

68 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019.

69 CARVALHO, Charles Pereira de; VELOSO, Samyra Cristielle Dias Leão. Responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56169/responsabilidade-da-pessoa-juridica-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

70 LEAL, Rodrigo José. Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44435/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material/2. Acesso em: 22 de mar de 2019.

a doutrina exibe um modelo teórico diferente, calcado na ideia de uma forma de responsabilidade própria da pessoa jurídica, como esclarece:[71]

> A imputabilidade [neste novo modelo, baseado na responsabilidade própria da pessoa jurídica] ocorreria por meio de um conceito funcional ou puramente normativo, diferente, portanto, do conceito de ação penal como ato de vontade imputável ao indivíduo e a culpabilidade assume uma dimensão social, assentada na ocorrência de uma atividade empresarial deficiente, marcada pela omissão em evitar o cometimento da infração penal.[72]

Tal modelo denominado como "responsabilidade própria da pessoa jurídica", que foi recepcionado há pouco pela lei ambiental brasileira, que exige adotou o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em 2013, e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2015.[73]

Dessa forma, observa-se que a doutrina brasileira se posiciona no sentido de que o art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais, de número 9.605/98, abandonou a adoção da regra da dupla imputação para que se possa responsabilizar a pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental.

Percebe-se que enquanto o Superior Tribunal de Justiça demorou um certo tempo para deixar de corroborar com a tese da dupla imputação, o Supremo

71 LEAL, Rodrigo José. Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44435/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material/2. Acesso em: 22 de mar de 2019.

72 LEAL, Rodrigo José. Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44435/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material/2. Acesso em: 22 de mar de 2019.

73 LEAL, Rodrigo José. Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44435/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material/2. Acesso em: 22 de mar de 2019.

Tribunal Federal, ao contrário, do que vinha sendo decidido, reconheceu a possibilidade de responsabilidade própria ou isolada do ente jurídico como autor de crime ambiental em 2013, quando tal possibilidade ainda era pouco vislumbrada pelos operadores do direito.

Em voto de relatoria de Rosa Weber, em 2013, como esmiuçado em tópico anterior, constatou-se que, ainda, que a teoria da dupla imputação, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, "condicionaria a interpretação e aplicação da norma constitucional do § 3º do art. 225 da Carta Política a uma concreta identificação e imputação também da pessoa física". De acordo com Weber "tal interpretação, estaria restringindo sobremaneira sua eficácia e contrariando a intenção expressa do constituinte originário. Estaria, também, restringindo o alcance das sanções penais e da tutela do bem jurídico ambiental."

Ao final, Rosa Weber salientou que "o § 3º do art. 225 da Carta Política objetiva proteger um verdadeiro direito fundamental de terceira geração, de titularidade difusa, consistindo em comando ao legislador para a instituição de mecanismos de responsabilização civil, administrativa e penal de infratores da legislação ambiental, pessoas físicas ou jurídicas."[74]

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 1ª turma. Julgado de relatoria da Ministra Rosa Weber. Partes: Ministério Público Federal e Procurador Geral da República; Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e advogado Juarez Cirino dos Santos. 2013. Disponível em:

Aludindo a pesquisas que corroboram com a tese, encontra-se dizeres que concordam com a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, assim como as demais apresentadas. Nota-se, todavia, que elenca-se a já mencionada extrema ratio (ou ultima ratio), argumentando no seguinte sentido:

> Ultima ratio da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto do intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social.[75]

Acomete-se, ainda, pela defesa do bem jurídico ambiental, que:

> Pertence à categoria dos bens jurídicos coletivos já que afeta a comunidade como tal, seja de forma direta ou indireta, mediata ou imediata. É um bem jurídico de todos e está estreitamente vinculado às necessidades existenciais dos sujeitos, como a vida, a saúde, a segurança e ainda a recreação".[76]

Abarca-se, para aquilo que considera perfeitamente cabível a responsabilização do ente jurídico, a teoria da Realidade, que hoje pertence à doutrina majoritária. A tese enuncia:

> Que a personalidade jurídica atribuída pelo direito aos entes coletivos, decorre do fato de considerá-los seres reais, os quais

http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801. Acesso em: 22 de mar de 2019.

75 TIBURCIO, Victor. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://victortiburcio.jusbrasil.com.br/artigos/315799950/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

76 TIBURCIO, Victor. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://victortiburcio.jusbrasil.com.br/artigos/315799950/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> se exprimem por meio de características especiais. São detentores de patrimônio diverso de seus membros, possuem vontade própria, manifestada pelos seus órgãos, sendo sua existência fruto de uma realidade, não apenas no plano jurídico, mas também na seara social. Agem independentemente e são tidas como sujeito de direito, posto que podem contrair obrigações e possuir direitos.[77]

Admite-se que não há que se falar que a sanção da pessoa jurídica seja considerada como injustiça àqueles dirigentes ou trabalhadores que não tiveram participação no ilícito. Parafraseando-o, cita-se que "assim como a condenação de um chefe de família traz o sofrimento a todos os seus membros, os quais arcam indiretamente com as consequências da decisão, os componentes do grupamento assumirão o ônus de uma decisão desfavorável contra este."[78]

Discute-se, também, sobre a infringência do princípio da personalidade da pena. O agente autoral considera que tal argumento não se sustenta, visto que o direito penal entende que deve-se perseguir o verdadeiro autor do ilícito penal, seja ele pessoa física ou jurídica.

Para isso, argumenta-se perante a Lei 9.605/98 e artigo 225 da Constituição Federal, pois, são estes os principais dispositivos que corroboram para a aplicação de remédios legais penais para pessoas jurídicas.

Indica-se possíveis sanções em âmbito internacional. Contudo, as consequências não formam qualquer verdadeira penalidade. O Direito Internacional

77 TIBURCIO, Victor. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://victortiburcio.jusbrasil.com.br/artigos/315799950/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

78 TIBURCIO, Victor. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://victortiburcio.jusbrasil.com.br/artigos/315799950/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

não possui um órgão colegiado para julgar e penalizar criminalmente delitos que possuem, como sujeito passivo, o meio ambiente. Há o Tribunal Internacional Ambiental, entretanto, sua função é meramente administrativa.[79]

No Brasil, esmiuçando acórdãos elaborados por ministros do Superior Tribunal de Justiça, é comum encontrar decisões que reconhecem o dano ambiental causado, mas, na esfera penal, ele não pode ser sancionado por não haver crime anterior definindo. Essa relação é deveras debatida pelos legisladores que defendem a causa ambiental, pois, segundo eles, não há lógica haver tantos decretos, portarias, instruções normativas, tão logo, aplicação real regulamentada, se não há preocupação em descrever os crimes conforme sua natureza. É natural, embora esdrúxula, a alegação de insuficiência de provas, que já é um limitador da aplicação da lei nos casos ambientais e, ademais, ainda lida-se com 'erro de tipo' que injustifica os processos contra as pessoas jurídicas.[80]

Abre-se um tópico e conduz-se a indagação sobre a responsabilização penal de pessoas jurídica até os Ministros do Supremo Tribunal Federal, singularizando-se dos demais. Discrimina-se um caso concreto ocorrido no órgão máximo do judiciário, trazendo a informação de que:

> O STF atribuía a responsabilidade penal à pessoa jurídica nos crimes ambientais quando realmente fosse possível apurar a participação direta de um ou mais agentes ligados à empresa na prática do crime ambiental, o que se denominava como teoria da dupla imputação, que já foi citada anteriormente. Contudo, em 6 de agosto de 2013, o Supremo Tribunal Federal

79 SILVEIRA, Paula Maria. Responsabilidade penal ambiental das empresas e corresponsabilidade entre os dirigentes sob a Lei 9.605/98. 2011. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/ic2011/76.pdf. Acesso em: 22 de mar de 2019.

80 SILVEIRA, Paula Maria. Responsabilidade penal ambiental das empresas e corresponsabilidade entre os dirigentes sob a Lei 9.605/98. 2011. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/ic2011/76.pdf. Acesso em: 22 de mar de 2019.

> espantou a comunidade jurídica ambiental ao outorgar responsabilidade penal à pessoa jurídica no caso envolvendo o derramamento de quase quatro milhões de litros de óleo cru em dois rios no Paraná. Neste caso, não foi possível afirmar com certeza quem ou quais pessoas seriam diretamente responsáveis pelo acidente ambiental. Diante desta decisão, o processo penal de responsabilização da pessoa jurídica não mais estava vinculado à apuração de agente ou agentes ativos ligados à empresa como responsáveis pelo ato criminoso. Considera-se uma ruptura da teoria da dupla imputação e passando a utilizar teoria já utilizada em diversos países. Para fins de curiosidade, o julgado possui o número RE 548181, j. 06.08.2013, de relatoria da Ministra Rosa Weber.[81]

Isto posto ocorreu, pois, como já abarcado, é extremamente dificultoso determinar com certeza quem foi o responsável pelo ato criminoso no ambiente de uma grande empresa, como é o caso da Vale, Samarco e BHP. Deste modo, se tem mudado o entendimento da Suprema Corte e consequentemente, a interpretação dos artigos da Constituição Federal que tratam do assunto, dando uma interpretação literal ao narrado no artigo 225, § 3° da Constituição.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi um marco para as discussões acerca da responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas, como observa-se em:

> A decisão do STF foi um marco para as controvérsias sobre a responsabilidade penal ou não da pessoa jurídica em crimes ambientais, mostrando-nos que a entidade coletiva pode sim e deve ser responsabilizada pelos crimes que cometer bem como seus sócios.[82]

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 1ª turma. Julgado de relatoria da Ministra Rosa Weber. Partes: Ministério Público Federal e Procurador Geral da República; Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e advogado Juarez Cirino dos Santos. 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801. Acesso em: 22 de mar de 2019.

82 LIMA, Isabella Dália de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado nos crimes ambientais. 2016. Disponível em:

Por fim, evidencia-se a teoria da culpabilidade pela cultura empresarial de não cumprimento da legalidade, a qual remete que:

> Haja vista a autonomia conferida à pessoa jurídica, esta tem o dever equiparado ao do cidadão de lealdade e obediência ao Estado. Ou seja, ao adquirir os direitos de personalidade autônomos, também lhe faz jus cumprir os seus deveres, arcando com as responsabilidades de suas ações em todas as esferas do Direito, inclusive a penal.83 Assim, sua própria estrutura deverá ser construída de modo a se precaver e antecipar eventuais cenários de descumprimento de imperativos legais.

Reforça-se que o fato de que a responsabilização das pessoas jurídicas é significativa, pois a não culpabilização destes entes causaria insegurança jurídica e a chamada "cultura da impunidade" no meio dos negócios.

Constata-se, ao final deste tópico, que há quem ainda entenda, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, que não se deve responsabilizar o ente empresarial que cometeu ilícitos penais ambientais, embora a Constituição Federal e a Lei de Crimes Ambientais corroboram para esta tese. Contudo, alude-se da pesquisa, que a maior parte dos doutrinadores estudiosos sobre o caso, concluem que deve-se haver, sim, a possibilidade de penalização destas sociedades empresárias, a par dos sócios, para que, assim, haja real efetividade das penas impostas, não somente aos dirigentes, mas, também, às pessoas jurídicas envolvidas em ilícitos.

CONCLUSÃO

https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9545/A-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-de-direito-privado-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

83 FERRARI, Ana Luisa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em:
https://jus.com.br/artigos/64288/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-no-ordenamento-juridico-brasileiro/4. Acesso em: 22 de mar de 2019.

Por acabamento, cinge-se nesta continuidade, as admissíveis resoluções para o evento do desastre de Mariana. Aqui, insere-se as possíveis sanções para as pessoas jurídicas Vale, Samarco, BHP Billiton e VOGBr, que figuram como sujeitos ativos no caso de desastre de Mariana, o qual é objeto do presente artigo.

Salienta-se, primordialmente, que o processo ficou parado por algum tempo, delineando-se na inércia, novamente, neste momento. Tão logo, não há qualquer decisão que possa simbolizar como plano de fundo do presente epílogo.

Desta forma, para chegar ao resultado desta conclusão, precisou-se elaborar uma pesquisa que iniciou-se na Constituição Federal, perpassando a Lei de Crimes Ambientais, chegando ao Código Penal, percorrendo o caminho à jurisprudência e inserindo-se às doutrinas que tratam do caso ora em questão, que, majoritariamente defendem a possibilidade de responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas.

Evidencia-se, neste momento, a predileção pela pena de multa como remédio sancionatório para as pessoas jurídicas. Deste modo, o juiz deve atentar-se para a situação econômica dos infratores, tais quais Vale, Samarco, BHP Billiton e VOGBr Recursos Hídricos e Geotecnia.

Ainda neste segmento, salienta-se que a multa será calculada segundo os critérios do Código Penal, e, em se revelando ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada em até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Assim sendo, o que elucida-se da vigente pesquisa, após a perquirição em precedentes de tribunais, jurisprudência, estudo de artigos e doutrinas, é que a pena mais adequada a ser culminada à VOGBt Recursos Hídricos e Geotecnia, Vale,

Samarco e BHP Billiton, seria a sanção de multa de um grande montante, o qual seria amplamente sentido pelas pessoas jurídicas em questão. .....

Considera-se, de correta aplicabilidade e congruência, também, a penalidade de prestação de serviços à comunidade pelas pessoas jurídicas, sendo efetivados, estes, com a execução de custeio de programas e de projetos ambientais, além de execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Salienta-se que a pena de dissolução das sociedades empresárias, que ocorre quando o capital social da pessoa jurídica é considerado instrumento de crime, e como tal, perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional, não seria a mais oportuna, pelo fato de que causaria danos não somente às pessoas jurídicas, mas, somaria esta atribulação às pessoas que não corroboraram para a prática do ato criminoso, como indivíduos que trabalham nessas empresas e perderiam seu sustento, além de causar a ausência do arrimo de suas famílias.

Ademais, pelo fato de a liquidação forçada configurar como remédio jurisdicional equivalente à pena capital para a pessoa física, visto que não poderia ser diferente, já que a liquidação empresarial, nos moldes da lei figura como sendo **a morte da pessoa jurídica,** a economia tanto do distrito de Bento Rodrigues, quanto da cidade de Mariana e, posteriormente, o estado de Minas Gerais sofreria um enorme rombo com o aniquilamento das pessoas jurídicas sujeitos ativos do delito estudado.

Assim sendo, captou-se, ao longo do estudo do tema ora em questão, que consta na Constituição Federal e na Lei de Crimes Ambientais, de número 9605, de

12 de fevereiro de 1998, a possibilidade de responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas.

Outrossim, constatou-se que os tribunais pacificaram o tema, existindo jurisprudência consolidada tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, além de corroboração dos tribunais regionais e tribunais de justiça pelo país, em prol do entendimento e posteriores decisões que tangem no sentido de responsabilização de empresas, anulando, assim, a teoria da dupla imputação.

Neste tempo, incorpora-se que a responsabilização das pessoas jurídicas deve respeitar o que preceitua todos os dispositivos anteriormente enunciados, além de, subsidiariamente, o Código Penal, nos moldes do que fora textualizado, não ultrapassando os sistemas citados, como todo e qualquer artigo ou lei a ser atribuído, em qualquer ramo do direito, pelos seus operadores.

Ao final, clarifica-se que o foco da responsabilização penal ambiental de pessoas jurídicas não é causar prejuízo às empresas, tampouco sancionar estas sociedades empresárias sem estudos sobre o que, de fato, se construiria efetivo em cada caso concreto. O bojo no empenho para penalizar tais pessoas jurídicas se dá pela e para garantia da contribuição de preservação do meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 11ª edição. Editora: Saraiva. 2016;

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - 12ª edição. Editora Saraiva. 2018. V.4;

BORGES, Rafael; NASCIMENTO, André. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. 2018. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/opiniao-sancoes-penais-pessoa-juridica-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional da 4ª Região. Notícia. Publicado em: 24 de abr de 2002. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=2159. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Lei de Crimes Ambientais. N.º 9.605. Lei de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Lei que Estabelece a Política Nacional de Segurança das Barragens. Lei nº 12.334 de 20 de set de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Justiça Federal. 6ª Vara Federa de Florianópolis. Nº 5009725-87.2012.4.04.7200 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - SC). Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50097258720124047200&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=d0cdcb04444b42b1fbed3adbb39b0612&txtPalavraGerada=Ozqg. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 1ª turma. Julgado de relatoria da Ministra Rosa Weber. Partes: Ministério Público Federal e Procurador Geral da República; Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e advogado Juarez Cirino dos Santos. 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança. Nº 39.173 - BA (2012/0203137-9). Julgado de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras. Recorrido: União. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1425899&num_registro=201202031379&data=20150813&formato=PDF. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão da Desembargadora convocada Diva Malerbi. nº 144.922 - MG (2015/0327858-8). Suscitante: Samarco Mineração S.A. e Advogados Eliane Cristina Carvalho Teixeira e outros. Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Governador Valadares/MG e Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares – SJ/MG. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1515902&num_registro=201503278588&data=20160809&formato=PDF. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão do Ministro Nefi Cordeiro. nº 144.922 - MG (2015/0327858-8). Suscitante: Samarco Mineração S.A., Advogados Eliane Cristina Carvalho Teixeira e outros e Gláucia Mara Coelho. Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Governador Valadares/MG e Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares – SJ/MG. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG.

ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1515902&num_registro=201503278588&data=20160809&formato=PDF. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Ministro Napoleão Nunes Maia. nº 144.922 - MG (2015/0327858-8). Suscitante: Samarco Mineração S.A., Advogados Eliane Cristina Carvalho Teixeira e outros e Gláucia Mara Coelho. Suscitado: Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Governador Valadares/MG e Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares – SJ/MG. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62806284&num_registro=201503278588&data=20160809&tipo=52&formato=PDF;

BRASIL. Portaria DNPM n.º 11. Publicada em: janeiro de 2012. Disponível em:

http://www.anm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-011-em-13-01-2012-do-diretor-geral-do-dnpm/view. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Portaria DNPM n.º 416. Publicada em 03 de set de 2012. Disponível em:

http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias-do-diretor-geral-do-dnpm/portarias-do-diretor-geral/portaria-no-416-em-03-09-2012-do-diretor-geral-do-dnpm. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 2ª câmara criminal. Relatoria de Jomar Ricardo Saunders Fernandes. Data do julgamento: 28 de maio de 2017. Disponível em: https://tjam.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/525941939/2538473020098040001-am-0253847-3020098040001?ref=serp. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5001564-97.2013.404.7121 RS 5001564-97.2013.404.7121. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 29 de jun de 2016. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/395183315/apelacao-criminal-acr-50015649720134047121-rs-5001564-9720134047121. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5009725-87.2012.404.7200 SC 5009725-87.2012.404.7200. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 24 de fev de 2016. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310190117/apelacao-criminal-acr-50097258720124047200-sc-5009725-8720124047200?ref=serp. Acesso em: 22 de mar de 2019;

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. ACR 5014575-53.2013.404.7200 SC 5014575-53.2013.404.7200. 8ª turma. Relatoria de Leandro Paulsen. Data do julgamento: 28 de set de 2016. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400450163/apelacao-criminal-acr-50145755320134047200-sc-5014575-5320134047200?ref=serp. Acesso em 22 de mar de 2018;

CARDOSO, Marlei. Crimes contra o meio ambiente: a responsabilidade penal em crimes ambientais. 2007. Disponível em:

http://www.marliambiental.com.br/artigos/monografia/CRIMES-CONTRA-O-MEIO-AMBIENTE.pdf. Acesso em: 22 de mar de 2019;

CARVALHO, Charles Pereira de; VELOSO, Samyra Cristielle Dias Leão. Responsabilidade das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56169/responsabilidade-da-pessoa-juridica-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019;

FERRARI, Ana Luisa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64288/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-no-ordenamento-juridico-brasileiro/4. Acesso em: 22 de mar de 2019;

FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. Editora: Revista dos tribunais. 2002;

GOMES, Luiz Flávio. Crime ambiental: pessoa jurídica: teoria da Dupla Imputação (pessoa jurídica e pessoa física). 2009. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006493/crime-ambiental-pessoa-juridica-teoria-da-dupla-imputacao-pessoa-juridica-e-pessoa-fisica. Acesso em: 22 de mar de 2019;

INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Rompimento da barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Publicado em 16 de mar de 2018. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg;

INSTITUTO Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Laudo técnico preliminar. Publicado em 26 de nov de 2015. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf;

LEAL, Rodrigo José. Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material. 2015. Disponível em:

https://jus.com.br/artigos/44435/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material/2. Acesso em: 22 de mar de 2019;

LIMA, Isabella Dália de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado nos crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9545/A-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-de-direito-privado-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019;

MEILYNG, Leone Oliveira. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: Efeitos do Disclosure Ambiental. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/1264-5238-1-PB%20(2).pdf. Acesso em: 22 de mar de 2013;

MINISTÉRIO Público Federal (MPF). Denúncia. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-

89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco;

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 2ª edição. Editora: Revista dos tribunais. 2000;

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Promotor de Justiça. Publicação de 2015. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/. Acesso em: 22 de mar de 2019;

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª edição. Editora: Rt. 2013;

SILVEIRA, Paula Maria. Responsabilidade penal ambiental das empresas e corresponsabilidade entre os dirigentes sob a Lei 9.605/98. 2011. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/ic2011/76.pdf. Acesso em: 22 de mar de 2019;

PIERANGELI, José Henrique. Penas atribuídas a pessoas jurídicas pela Lei Ambiental. 2000. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/1688/penas-atribuidas-as-pessoas-juridicas-pela-lei-ambiental. Acesso em: 22 de mar de 2019;

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em: http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%C3%ADdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf. Acesso em: 21 de mar de 2019;

TIBURCIO, Victor. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais. 2016. Disponível em: https://victortiburcio.jusbrasil.com.br/artigos/315799950/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas-nos-crimes-ambientais. Acesso em: 22 de mar de 2019.

TRIBUNAL de Justiça do Espírito Santo. 2ª Câmara Cível. Apelação cível. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RUPTURA DE BARRAGEM DE REJEITOS DE MINÉRIO. REPERCSSÕES DELETÉRIAS SOBRE O RIO DOCE. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NA CIDADE DE

REGÊNCIA. DANO MORAL INDIVIDUAL INDENIZÁVEL. MENOR. PRESUMÍVEL PERTURBAÇÃO DA ROTINA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES PELA SAMARCO EM ÂMBITO EXTRAJUDICIAL. FUNDAÇÃO RENOVA. NECESSÁRIA MODICIDADE NA FIXAÇÃO DA CIFRA INDENIZATÓRIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. Brenda Alves Garcia. Samarco Mineração S.A. Gabinete da Desembargadora Eliana Junqueira Munhos Ferreira. 04 de dez de 2018. Disponível em: https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661791435/apelacao-apl-91483820168080014?ref=serp. Acesso em: 16 de abr de 2019.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Direito Civil, Consumidor e Empresarial



CEUB

A SUCESSÃO NA MULTIPARENTALIDADE: A POSSIBILIDADE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Amanda Cristhina Costa Resende Pacheco

INTRODUÇÃO

A determinação do conceito de família passou por diversas alterações ao longo das promulgações das legislações brasileiras, sendo uma das principais mudanças a ocorrida por meio da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB), que aceitou como formas de constituições familiares diversos outros institutos, além da família tradicional.

O núcleo familiar tradicional era estabelecido com base no matrimônio, formado por laços sanguíneos, em que os descendentes eram submetidos ao poder da figura materna e posteriormente ao poder do *pater,* surgindo a família patriarcal que evoluiu para a família atual regida pelo poder familiar, com uma autonomia maior dada aos filhos e cônjuges. A família, então, era constituída por aqueles que o laço parental unia através do sangue e da relação conjugal.

À medida que a legislação considerava o afeto como um bem jurídico, os agrupamentos familiares foram se ampliando, uma vez que não apenas o parentesco biológico prevaleceu como a única verdade, mas as relações socioafetivas foram ganhando uma enorme relevância, discussão que começou a ser preocupante no

âmbito da filiação para estabelecer a prevalência entre a paternidade biológica ou a afetiva.

Em 2016, para sanar a controvérsia, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a igualdade entre as duas relações parentais, no momento em que estabeleceu que o reconhecimento de uma paternidade socioafetiva não excluía as responsabilidades advindas da paternidade biológica, reconhecendo a existência de uma nova instituição familiar, a chamada multiparentalidade.

A multiparentalidade consiste em um duplo registro, baseados em relações advindas da afetividade e da biologia, porém sem que uma se sobreponha a outra, ou seja, cada qual gera direito e deveres com relação aos filhos, os denominados pela Suprema Corte como efeitos jurídicos próprios.

Entre os principais e mais controvertidos efeitos está o direito à sucessão, substanciado em como será procedido o processo de divisão da herança quando uma única pessoa faz jus à participação no montante tanto do pai biológico quanto do pai socioafetivo, e vice-versa, analisando também a participação dos ascendentes na sucessão dos filhos, sem que seja considerada uma maneira de enriquecimento sem causa, ponto que vem sendo apontando de forma constante pela doutrina como óbice para a regularização da multiparentalidade.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é apresentar a problemática em torno da sucessão aplicada à multiparentalidade, analisando os julgamentos feitos pelo STF, o Recurso Extraordinário (RE) 898.060 de Santa Catarina (SC), tema da Repercussão Geral 622, para observar se seria uma possibilidade de um enriquecimento sem causa por parte dos descendentes, tendo em vista que poderão receber dois montantes de herança, e dos ascendentes, visto que a divisão por linhas será influenciada com o reconhecimento de mais de uma parentalidade.

Quanto à metodologia utilizada para a pesquisa, tem-se a aplicação do método dedutivo e de pesquisa jurídica, através do uso da legislação, doutrina, jurisprudência, artigos e princípios, para, com isso, cumprir com o objetivo da análise a ser realizada, que será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará a integração do afeto do direito de família, analisando o conceito de família e de parentesco; a forma como o afeto foi introduzido como um bem jurídico no ordenamento; as duas formas de parentalidade existentes nos primórdios e por fim, a concepção familiar originada pela junção das duas formas parentais, a multiparentalidade.

O segundo capítulo tratará do âmbito sucessório, adentrando no que consiste o direito sucessório, por meio da especificação das espécies de sucessão e de herdeiros.

No último capítulo será mencionada a problemática da pesquisa, utilizando como base os dois julgamentos do STF e a legislação pátria, para concluir se a sucessão multiparental pode ser abordada como uma forma de enriquecimento sem causa. Logo, será feita uma análise das disposições legais que autorizam o descendente a partilhar a herança do pai socioafetivo e do biológico, e a divisão da herança deste descendente entre três ou mais pais, para depois correlacionar com a consequência do enriquecimento sem causa.

1 A INTEGRAÇÃO DA AFETIVIDADE AO DIREITO DE FAMÍLIA

É de conhecimento geral que o conceito de filiação e os tipos de família estão em constante mudança, acompanhando a evolução do modo de relacionar do ser humano, cada vez mais complexo. Como exemplo disso, tem-se a introdução da multiparentalidade no direito brasileiro, sendo a tradução de um duplo registro

paternal, criando vínculos civis entre dois pais ou duas mães com uma mesma criança.

Para que possam ser entendidos os efeitos que este novo instituto traz para o direito civil brasileiro, é preciso percorrer um caminho dentro das normas que versam sobre o direito de família, analisando em primeira mão o que consiste este vínculo jurídico familiar e como ele é formado, compreendendo também o conceito de parentesco, visto que dele decorre a formação deste agrupamento social tão importante para a sociedade, evidenciado pela classificação em parentesco natural, por afinidade e o parentesco civil, considerado aquele que nasce do vínculo reconhecido judicialmente por ocasião do afeto existente entre os dois pólos da relação, que serão os objetos de estudo do primeiro momento deste capítulo.

Esta importância que o afeto teve para a evolução do direito de família será abordada na segunda parte do estudo, demonstrando como este bem jurídico, que foi resguardado pela Constituição Federal[1] e por algumas leis especiais, a exemplo do Código Civil (CC)[2] e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[3], interfere nas relações humanas, a ponto de proporcionar a criação de uma nova entidade familiar, calcada nas relações socioafetivas em concomitância com os laços biológicos.

As duas formas de vínculos parentais, fundadas na biologia e na socioafetividade, possuem vastas diferenças, desde a sua origem e o seu conceito até o momento em que cada uma vigorou na realidade brasileira, porém, apesar de

[1]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

[2]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

[3]BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

serem tão diferentes, devem ser tratadas da mesma maneira e gerarem os mesmos efeitos, conforme é determinado pela Constituição Federal[4], quando a Carta Magna expressa a vedação de qualquer discriminação entre os filhos, a despeito da sua forma de origem, todos eles devem possuir uma igualdade de tratamento, seja filho adotivo ou biológico. É sobre este ponto que se aterá a terceira análise deste capítulo, o caminho histórico percorrido pela filiação, em que cada tipo se sobrepôs ao outro por certo período até o momento em que começaram a coexistir.

A coexistência da filiação socioafetiva com a biológica é denominada multiparentalidade, um novo instituto do direito de família que permite dois vínculos parentais em um único registro, aquele advindo da concepção genética e o gerado no decorrer da vida, por meio do afeto, por uma livre escolha da própria pessoa, a qual trata o filho como se de fato fosse um ascendente, utilizando até mesmo a expressão filho de criação. Quando estes dois laços se relacionam em concomitância surgem vários efeitos jurídicos e alguns obstáculos, que serão mencionados no discorrer da última parte do capítulo.

1.1 O vínculo jurídico familiar e o parentesco

[4]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A base da sociedade, de acordo com o artigo 226 da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB)[5], é a família, considerada como o alicerce de todas as formas de junção social. Por essa razão, este agrupamento possui um papel fundamental na formação das comunidades e no desenvolvimento dos seus membros, sendo um objeto específico da doutrina jurídica, estudado e analisado pelos civilistas no âmbito do Direito de Família.

A despeito de estar previsto na legislação, a manutenção de tal conjunto de pessoas não decorre com exatidão das leis, pois, como uniformizou a doutrina, a base familiar surgiu antes mesmo da concepção de Estado, tendo sua origem em um fato, em uma simples e livre união de dois ou mais indivíduos, que compartilham interesses morais, financeiros, afetivos e sociais[6], a qual foi reconhecida pelo ordenamento, nascendo, assim, o parentesco, por meio de laços sanguíneos, por afinidade ou pela vontade expressa de constituir um vínculo civil[7].

Apesar do surgimento natural, com enfoque na liberdade dada à constituição familiar, são determinados inúmeros direitos e deveres para este grupo, quando o ordenamento prevê os efeitos jurídicos que dele decorrem, motivo pelo qual forma-se um vínculo jurídico familiar, que deve ser protegido pelo Estado para evitar a sua ruína, agindo como o seu auxiliar[8].

---

[5] BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[6] NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. Novos *vínculos jurídicos nas relações de família*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-07022011-153554. Acesso em: 31 agos. 2018.

[7] NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2015.v.5.

[8] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

Como exemplo dessa proteção pode-se citar a evolução pelo qual se passou o conceito de família, visto que nos primórdios ela era considerada matriarcal, em que os filhos e o lar estavam sujeitos ao poder da figura materna, e, posterior a isso, teve-se a denominada família patriarcal, no qual o poder familiar era reservado ao *pater*, uma autoridade masculina que exercia função política, sacerdotal e jurisdicional, que detinha o poder de decisão sobre tudo à sua volta e o aplicava conforme a sua vontade, inclusive sobre a vida ou morte dos seus filhos e descendentes[9].

Com as legislações atuais, a figura do *pater famílias* foi substituída pelo instituto do poder familiar, concedendo uma maior autonomia para a mulher e para os filhos. As decisões passaram a ser tomadas em conjunto, por ambos os pais, consagrando o princípio da igualdade entre homem e mulher advindo do artigo 226, § 5º da CRFB[10], em detrimento da autoridade concentrada antes com exclusividade nas mãos do *pater*[11].

Apesar de se encontrar em uma constante evolução, pode-se observar que a entidade familiar se pauta basicamente nas relações existentes entre um indivíduo e outro, ou seja, no laço parental que os une, sendo visceralmente relacionada com o parentesco, pois é por meio deste instituto do direito civil que se tem definido um conceito moderno de família, uma vez que são consideradas partes deste

[9]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.5.

[10]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art.226. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[11]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017. v.6.

agrupamento social aqueles que são ligados por meio de uma relação conjugal ou através do parentesco, um vínculo jurídico que possui natureza familiar[12].

Com o parentesco sendo levado em consideração, cabe salientar que a família será formada por aqueles que detêm um ancestral em comum e um laço consanguíneo, classificado como o parentesco natural, substanciado nos ascendentes, descendentes e colaterais que foram concebidos na mesma genética. Neste mesmo viés, é considerada uma entidade familiar aquela que decorre da afetividade existente com a família do cônjuge ou companheiro, constituindo o parentesco por afinidade, quando os parentes do casal são agregados aos seus respectivos núcleos familiares. Por fim, o tipo de parentesco que permitiu a ampliação dos grupos aceitos como uma família, o parentesco civil, visto que é resultante de qualquer outra forma que não seja uma das anteriores, tendo origem em um vínculo jurídico, com enfoque na adoção e na socioafetividade, a citar a família adotiva e a multiparental, que são calcadas em relações baseadas no afeto[13].

Por conseguinte, por ocasião da inclusão do afeto no ordenamento brasileiro, as entidades familiares, reconhecidas pelo direito e baseadas nos laços afetivos, se expandiram, na medida em que a paternidade socioafetiva foi aceita pela jurisprudência como uma forma de parentesco civil, tão importante quanto à biológica, na forma do enunciado 256[14] do Conselho de Justiça Federal (CJF), ao

[12]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2014.

[13]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* direito de família: as famílias em perpesctiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. v.6.

[14]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de direito civil – enunciados aprovados de ns. 138 a 271*. 2004. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view. Acesso em: 24 de agos. 2018. A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

mencionar que a posse do estado de filho é um tipo de parentesco civil, consistindo nos vínculos que poderão ser reconhecidos pelo judiciário, levando em conta a relação de carinho, amor, cuidado e afeto que existem entre os pais e os filhos, para que produzam efeitos pessoais e patrimoniais[15], conforme dita o enunciado 519 da V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal[16].

É, portanto, de enorme importância descrever o valor que o afeto está adquirindo no judiciário brasileiro, através das doutrinas e jurisprudências, uma vez que, por meio deste reconhecimento, a concepção do conceito de família está em constante evolução, na proporção em que surgem novas formas de entidades familiares, formadas em razão da liberdade dada aos indivíduos para constituírem suas famílias.

Ser família é compartilhar desejos e dividir os anseios, propiciando o crescimento dos seus membros, em meio moral, financeiro, social e afetivo, não sendo suficiente o mero laço sanguíneo entre eles, faz-se necessária a presença do afeto para que a família cumpra o seu papel de ser base da sociedade. Dada a sua relevância, o afeto é tratado como um bem jurídico tutelado, recepcionado pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, o qual será objeto de estudo do próximo capítulo.

1.2 O afeto como um bem jurídico

[15]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017. v.6.

[16]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da V Jornada de Direito Civil*. 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/588. Acesso em: 31 agos. 2018. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Como dito em linhas anteriores, tem-se a existência de famílias tratadas como tradicionais, a exemplo da família matriarcal e patriarcal, ligadas pela conexão sanguínea, o critério que vigorou com exclusividade durante um longo período como a única forma possível de constituição familiar. À medida que essas entidades familiares foram evoluindo, surgiu um segundo fato capaz de dar ensejo a formação de um grupo familiar, o afeto.

Por meio dele, os titulares do exercício da paternidade deixaram de ser somente aqueles que geraram a vida, sendo aceitos como pais também aqueles que acolhem, educam e criam como se de fato fossem, ampliando a quantidade de conjuntos familiares e acrescentando a paternidade socioafetiva, além da paternidade biológica. Nesta proporção, a afetividade é caracterizada como um laço criado entre duas pessoas baseada em sentimentos psicológicos, como o carinho, o cuidado, a preocupação, a confiança, englobando também as experiências desagradáveis, pois são representadas por um apego a alguém[17].

Iniciou-se, assim, um novo e relevante fundamento da união familiar, uma vez que a paternidade começou a ser enfraquecida quando desencadeada exclusivamente pela biologia, sem que se comunicasse com o princípio da afetividade. Tal modificação importou no resguardo do afeto pelo ordenamento brasileiro, quando começou a ser considerado como a base dos projetos familiares, no momento em que a convivência familiar se tornou um direito fundamental para propiciar a devida tutela aos filhos[18].

[17]MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias:* amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

[18]CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

O afeto foi elevado, portanto, ao grau de bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, implícito em quatro momentos no seu texto constitucional vigente, que permite não mais fundar a família sem a presença dos laços afetivos. O primeiro dispositivo é o princípio da igualdade dos filhos, previsto no sexto parágrafo do artigo 227[19] do referido diploma, quando garante o tratamento igualitário a eles, sem considerar a sua origem, seja ela biológica ou afetiva, bem como as devidas garantias de igualdade de direitos quando versarem sobre adoção, uma filiação afetiva, sendo o segundo ponto que demonstra a presença do afeto na da Carta Magna[20].

Outro artigo que faz menção a essa característica é o artigo 226[21] da CRFB, quando em seu parágrafo quarto, protege a família formada por qualquer um dos pais e os seus descendentes, ainda que adotivos, concedendo a esse grupo a mesma dignidade de uma família tradicional. Por fim, um dos princípios basilares do direito de família, trazido pelo caput do artigo 227[22] da principal lei brasileira, o princípio

[19]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Artigo 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[20]LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

[21]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 226. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[22]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

da convivência familiar como uma prioridade absoluta da criança e do adolescente, e não a sua origem genética[23].

Pela leitura desse artigo, pode-se depreender que a Lei Maior valorou o afeto acima até mesmo da origem bioquímica do filho, possuindo um valor fundamental, devendo ser observado pelos pais ao exercer o poder familiar, podendo, na falta da afetividade, ser destituídos e substituídos, nos casos extremos, como uma forma de punição pela falta de responsabilidade pessoal para com os filhos[24].

A afetividade também se consubstanciou como um princípio jurídico utilizado pelo direito de família, dada a sua crescente presença nas relações familiares atuais, em virtude de priorizar a dignidade da pessoa humana, ao transformar o filho em um sujeito de direito, retirando a visão tão-só patrimonialista sobre a família, resguardando a todos eles o princípio da convivência familiar, não podendo o judiciário se manter alheio sobre esta nova concepção[25].

Com a proteção dada ao afeto de forma mais evidente nas últimas legislações brasileiras, o seu valor veio crescendo com grande prestígio, influenciando na concepção sobre o conceito de família, uma vez que por meio da afetividade ela começou a ser considerada uma entidade familiar em contexto de fenômeno social[26], partindo da concepção de que família não seria mais apenas um meio para

[23]LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

[24]CABEZÓN, Ricardo de Moraes. *O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares.* 2010. Disponível em: www.oabsp.org.br/comissoes2010/infanto-juvenis/artigos/04.pdf/download. Acesso em: 22 set. 2018.

[25]TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. Brasília: Consulex, 2012.

[26]CARDOSO, Lizarb Cilindro. Família: trajetória do fenômeno social e sua perspectiva jurídica. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14416. Acesso em: 25 de abr. 2018.

sua procriação e a consequente preservação da espécie[27], mas sim para o alcance de seus projetos pessoais e da sua felicidade, prezando, então, pela harmonia das relações, fato que só será evidenciado quando existir a afetividade, não bastando o laço sanguíneo, construindo, assim, a característica eudemonista das relações familiares[28].

1.3 A parentalidade biológica e a parentalidade afetiva

Uma das maiores preocupações do direito civilista brasileiro é no âmbito da filiação, uma vez que detém uma proteção especial do Estado, pelo fato de estar em constante mudança com relação às suas origens, fazendo-se necessário o resguardo de todos os tipos de filiação existentes, para que nenhuma possa ser discriminada e existir sem o devido cuidado legal e jurisdicional, pois não podem ser privadas de nenhum direito e dever cabível, devendo surtir todos os efeitos jurídicos possíveis de cada uma. Porém, essa aceitação nem sempre existiu no ordenamento brasileiro e por muito tempo uma forma de filiação foi reconhecida com exclusividade, razão pelo qual se evidenciaram inúmeros problemas com relação aos outros filhos que não eram registrados e não possuíam seus direitos resguardados, apenas pelo fato de se originarem de uma circunstância fática divergente da convencional.

Para responder estas problemáticas, serão tomadas como base três correntes, que vigoraram cada uma em um espaço de tempo específico, corroborando com os pensamentos de tais épocas. A começar com a que privilegiava o vínculo biológico.

[27]RIBEIRO, Paulo Silvino. Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. 2016. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/familia-nao-apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm. Acesso em: 24 de abril de 2018.

[28]SANDRI, Rhavel Knebel. A paternidade socioafetiva e o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetivo concomitante ao vínculo biológico. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017. Disponível em: http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4768. Acesso em: 14 abr. 2018.

Em virtude do avanço da medicina e com o surgimento do teste de DNA (ácido desoxirribonucleico), o laço sanguíneo tornou-se a única forma de comprovar um parentesco, gerando uma grande certeza científica, desta forma, os pais eram aqueles que o laudo determinava, dando origem a denominada paternidade biológica.

Nesta época, os direitos e deveres da filiação só poderiam ser atribuídos àqueles que possuíam um vínculo sanguíneo e genético com a criança, ainda não se falava em outro tipo de paternidade, muito menos em socioafetividade[29], somente era considerado filiação aquela relação que substanciava uma procriação, aqueles que geraram a vida[30].

Ao passo que a sociedade ia revendo os seus pilares, a legislação também foi se adequando às novas visões existentes, e uma delas era a prevalência da afetividade sobre a paternidade puramente biológica. A ideia seria de que a família deixasse de se constituir somente por aqueles que tiveram uma participação genética em sua formação, a partir de agora os vínculos afetivos e o comprometimento deveriam ser levados em conta ao realizar o registro.

Continua-se a regra de que existiria apenas um nome designando o responsável paterno ou materno, mas que deixaria de ser o biológico, se, em contrapartida, possuísse um afeto maior com outra pessoa. Destarte, aquele com quem tem uma relação de amor é quem deverá arcar com os deveres e poderá

[29]MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. v.9.

[30]DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo : Saraiva, 1997. v.5.

usufruir dos direitos paternais, consistindo a filiação entre aqueles que criavam e acolhiam com amor e cuidado, baseados no afeto e na solidariedade[31].

Cabe salientar que para isso a socioafetividade necessita ser demonstrada por meio da convivência pública e notória. A doutrina brasileira elenca alguns requisitos para a formação da parentalidade afetiva, sendo o primeiro deles o laço de afetividade forte e sólido, somado a um tempo considerável de convivência. O requisito da reciprocidade não seria essencial, uma vez que por meio dele seria possível dispor deste direito, o que não é viável, não necessitando de consenso das partes para reconhecê-la[32].

Através do princípio da igualdade, previsto no artigo 227, §6º da Constituição de 1988[33], teve-se o estopim para o fim da discriminação entre a origem da filiação, proibindo qualquer tratamento diferenciado entre os filhos. De mesmo entendimento começou a se valer o Código Civil de 2002, por meio do seu artigo 1596[34], resguarda a igualdade para todos os tipos de filiação, inclusive foi através do CC de 2002 que outras formas de filiação foram aceitas pelo ordenamento brasileiro,

[31]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias:* de acordo com a lei n. 11.340/06 – lei Maria da Penha e com a lei 11.441/07 – lei de separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[32]CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

[33]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Artigo 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[34]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

quando pelo artigo 1.593[35]permitiu essa abertura, ao mencionar que o parentesco seria civil ou natural se resultar da consanguinidade ou de qualquer outra origem. Foram através desses artigos que o instituto da multiparentalidade iniciou-se a sua aceitação, observando a descendência no aspecto biológico e afetivo.

Ainda com relação ao artigo 1.593[36] do Código Civil brasileiro, foram publicados dois enunciados na I Jornada de Direito Civil,o enunciado 103[37] e o 108[38], bem como o enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil[39], a saber,

> Enunciado 103 - O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.
>
> Enunciado 108 - No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.
>
> Enunciado 339 - A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

---

[35]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

[36]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

[37]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil.* 2002. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734. Acesso em: 12 nov. 2018.

[38]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil.* 2002. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740. Acesso em: 12 nov. 2018.

[39]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da IV Jornada de Direito Civil*. 2006. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369. Acesso em: 12 nov. 2018.

Por último, e a que necessita de um maior enfoque, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), através do Recurso Extraordinário 898.060/SC[40] e

[40]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em

do julgamento da Repercussão Geral 622[41] que determinou que o pai biológico não tivesse a sua responsabilidade extinta por ocasião da existência de uma paternidade

caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". Recorrente: A N. Recorrido: F G. Am. Curiae: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Am. Curiae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Relator: Min. LUIZ FUX. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092. Acesso em: 10 fev. 2019.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Repercussão Geral – 622*. EMENTA: Prevalência da paternidade sócio afetiva em detrimento da paternidade biológica. Leading case: Recurso Extraordinário 898060/SC. Disponível em:

socioafetiva, ou seja, haverá um reconhecimento simultâneo das duas formas e ambas devem ser acolhidas pelo nosso ordenamento.

Para isso, é necessário observar o interesse do filho em questão, sendo um requisito básico para o duplo registro que o descendente tenha o desejo de possuir um vínculo civil tanto com o ascendente biológico quanto com o socioafetivo. Outra condição é que possuam um contato contínuo com os filhos, já que em casos de abandono afetivo, por exemplo, não poderá se fazer uso do duplo registro, prevalecendo somente o afetivo[42].

No âmbito da determinação da relação de filiação, encontram-se na realidade brasileira duas classificações que servem de parâmetro para a origem da filiação, uma baseada em concepções genéticas e sanguíneas e a outra firmada com fundamento na afetividade, na convivência diária e na solidariedade, oriunda de forma voluntária, por sua própria opção, como se o filho tivesse sido de fato gerado.

O ideal seria que esses dois pontos existissem em uma única pessoa, porém, quando não for possível, o judiciário está reconhecendo os dois laços, como uma nova entidade familiar, sem que um se sobreponha ao outro, mas pelo contrário, que os dois sejam valorizados com equivalência, para que os interesses sejam resolvidos pensando na principal pessoa envolvida, o filho. Essa coexistência dos dois vínculos em apenas um registro de nascimento será abordada no próximo capítulo.

1.4 A multiparentalidade

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622 . Acesso em: 10 fev. 2019.

[42]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017. v.6.

Imagine-se uma situação na qual uma criança tenha presenciado o divórcio dos pais e, por conseguinte fora criada pelos dois de maneira separada, mas sem que perdesse a ligação com o pai biológico, visto que ele ainda participava ativamente de sua rotina. Apesar de sua presença constante, a menor passou a ter um convívio melhor com o padrasto, pessoa que proporcionou grandes ensinamentos a ela que, vinculados aos valores transmitidos, vieram a gerar uma tamanha influência na sua vida futura.

Neste diapasão, temos dois vínculos advindos de situações e razões diferentes, porém aos quais pode ser atribuída uma valoração equiparada, do ponto de vista sentimental, uma vez que, de um lado temos o homem que contribuiu geneticamente para a sua formação, com todas as suas implicações legais existentes: assistência material, educacional e moral, e, por outro lado, está aquele que demonstrou comprometimento com a sua criação e construiu uma relação de amor, carinho e afeto, independente de ser o pai registral.

À luz desta situação, surgiu a necessidade da análise sobre como proceder em relação ao nome que deveria constar no registro de nascimento da filha: manter o pai biológico ou substituí-lo pelo pai socioafetivo, ou melhor, e se existisse a possibilidade de ambos coexistirem como os pais registrais da criança, sem que fosse preciso escolher um em detrimento do outro?

Diante desta questão e levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, aliado ao da convivência familiar e da afetividade, o judiciário brasileiro passou pela sua primordial mudança no campo da filiação, deixando de aceitar a paternidade biológica como única e exclusiva verdade absoluta e permitindo ao filho a manutenção de uma relação puramente socioafetiva

para, em 2016, reconhecer a coexistência desses dois vínculos em um mesmo registro[43].

Como consequência, em meados de 2016, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 898.060/SC[44] e da tese de Repercussão Geral

[43]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* direito de família: as famílias em perpesctiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. v.6.

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o

sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A

compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". Recorrente: A N. Recorrido: F G. Am. Curiae: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Am. Curiae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Relator: Min. LUIZ FUX. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em:

622[45], aprovou a possibilidade de um duplo registro paternal, em que a paternidade socioafetiva e a biológica poderiam se comunicar em uma única certidão. Iniciou-se, assim, uma nova concepção da filiação, a que chamamos de multiparentalidade, consubstanciada no acolhimento da afetividade pela Constituição Federal[46] e pelas leis especiais brasileiras, como o Código Civil[47] e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)[48].

Em suma, ser pai ou mãe não é somente contribuir geneticamente para gerar uma criança, apesar de ser de extrema importância reconhecer o laço biológico, mas sem que este prevaleça sobre o vínculo socioafetivo, consistindo em relações que serão construídas com base no afeto, no amparo à criança, no cuidado e no amor, ser pai é, portanto, ser presença. Apesar disso, a figura do pai biológico não fica isento da obrigação para com o filho, ocorrerá a preservação da afetividade, mas coexistirá a responsabilidade deste com aquele que participou da concepção[49].

Nesta situação, surge o tema da multiparentalidade, em que um filho possui uma cumulação de dois pais/mães, exercendo o poder familiar ao mesmo tempo, e, por conseguinte decorrem inúmeros efeitos de todas essas relações, evidenciados, em

---

http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092. Acesso em: 10 fev. 2019.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Repercussão Geral – 622*. EMENTA: Prevalência da paternidade sócio afetiva em detrimento da paternidade biológica. Leading case: Recurso Extraordinário 898060/SC. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622 . Acesso em: 10 fev. 2019.

[46] Vide artigo 226 e 229 da CFRB/1988.

[47] Vide artigo 1593 do CC/2002

[48] Vide artigo 19 do ECA.

[49] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* direito de família: as famílias em perpesctiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. v.6.

especial, no direito à sucessão, a participar da herança dos mesmos[50]. Desta forma, foi determinado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal que será possível o registro de dois nomes como pais ou mães das crianças, culminando em um duplo registro paternal. Além disso, foi estabelecido que cada uma dessas relações irá resultar em seus efeitos jurídicos próprios, entendendo, assim, que das duas decorrerão todos os direitos inerentes a este tipo de vínculo, incluindo a sucessão.

A problemática da aplicação da multiparentalidade nos casos concretos encontra-se substanciada na falta de uma legislação específica para regular a nova alternativa proposta pelos Tribunais Superiores, uma vez que a sua possibilidade já se encontra resguardada pelo Direito brasileiro, não sendo passível de discussão a questão de ser ou não cabível o duplo registro. Apesar dos Tribunais terem o acolhido com razão, valorizando a afetividade tanto quanto a consanguinidade, é preciso que esta nova forma de agrupamento familiar seja prevista na legislação para que não haja dúvidas ou questionamentos sobre a sua configuração e efeitos.

As legislações, por serem anteriores às novas formas de composição da família, não trouxeram as regras referentes ao tema, como exemplo a lei de Registros Públicos, no seu artigo 54[51], mencionando o registro da filiação, mas sem alusão à

[50]WALMENDES, José. *Aspectos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva.* 2017. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/384/1/DISSERTACAOJOSEWALMENDES.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018.

[51]BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 29 abr. 2018. Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: 1°) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; 2º) o sexo do registrando; 3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido; 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança; 5º) a declaração de que nasceu

forma multiparental. Ademais a isso, não é por falta de previsão que deve ser desconsiderado, visto que é garantida por princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, da socioafetividade, da convivência familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da dignidade da pessoa humana, princípios constitucionais que são superiores a lei de Registros[52].

Tem-se um enorme avanço com a CRFB de 1988[53] e o CC de 2002[54], em que proibiram qualquer tratamento diferenciado aos filhos, aceitando inúmeras outras formas de filiação, a citar o enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil[55] que trouxe de forma expressa a filiação consanguínea e a socioafetiva. Desta maneira, podem ser citados alguns dispositivos que permitem a produção dos efeitos pessoais e

---

morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto; 6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido; 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; 9o) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde; 10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; e 11) a naturalidade do registrando.

[52]SILVA, Janaína Lopes da. *O direito à herança em casos de multiparentalidade*. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/14520. Acesso em 26 de abril de 2018.

[53]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

[54]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

[55]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil.* 2002. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740. Acesso em: 12 nov. 2018. Enunciado 108. No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.

patrimoniais da multiparentalidade, como aludido do Enunciado nº 06[56] do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que prega que da paternidade socioafetiva decorrerá todos os direitos e deveres a ela inerentes.

Esta última e mais recente concepção sobre o conceito de filiação é a que gera discussão em torno de todos os efeitos jurídicos, uma vez que dela decorre a possibilidade dos pais terem as mesmas responsabilidades perante a criança. Como a filha conterá uma multiparentalidade em seu registro, formar-se-á um vínculo civil entre três pessoas totalmente distintas, mas com as mesmas obrigações e direitos, visto que serão considerados pais da mesma maneira. Portanto, terão direito à guarda e à regulamentação da visita, bem como ao laço parental que se estenderá a toda família (avós, tios e primos), devendo ser levados em consideração todos os empecilhos que o parentesco gera[57].

Admite-se, portanto, que a multiparentalidade seja uma forma de resguardar aos filhos todos os efeitos que lhes são cabíveis, advindos das relações tanto sanguíneas quanto afetivas, ou seja, seria uma maneira de tutela jurídica a fim de garantir que os direitos decorrentes de um laço paternal sejam cumpridos em plenitude, independentemente do tipo de vínculo que existe[58].

---

[56]INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados do IBDFAM.* 2013. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam. Acesso em: 25 abr. 2018. ENUNCIADO nº 06 DO IBDFAM. Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

[57]ABREU, Karina Azevedo Simões de. *Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento*. 2014. Disponível em: https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento. Acesso em: 13 set. 2018.

[58]WALMENDES, José. *Aspectos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva.* 2017. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/384/1/DISSERTACAOJOSEWALMENDES.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018.

Para regular a aplicação dos efeitos na multiparentalidade, dentre tantas outras questões que são de importante determinação no tocante a esse instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário uma minuciosa previsão legal e jurisprudencial do assunto, uma vez que por se tratar de uma novidade não se encontram materializadas todas as regras, procedimentos, maneiras ou formas que as partes teriam para garantir os seus direitos.

Como dito em outros momentos, não é necessário a discussão se a multiparentalidade deve ou não ser aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que os Tribunais Superiores proferiram decisões reconhecendo o duplo registro paternal, mas, ainda assim é necessária uma legislação prevendo essa nova modalidade de agrupamento familiar, apesar de encontrar respaldo em princípios, como o princípio da convivência familiar, da socioafetividade, da igualdade e, com maior relevância, o do melhor interesse da criança e do adolescente[59].

Ocorre que, por ser uma inovação trazida pelo judiciário, não existe ainda uma regulamentação de forma expressa que permita às partes analisarem todos os dispositivos necessários para pleitear e resguardar o seu direito, por isso será preciso analisar de forma análoga artigos e enunciados já existentes nas legislações, bem como princípios e posições doutrinárias.

É neste ponto que se concentra a intenção do presente trabalho, questionar de que forma o direito brasileiro, através da legislação e das jurisprudências, têm se posicionado a respeito do duplo registro e todas as dificuldades as quais irão passar para alcançar o fim pretendido com esta nova forma de agrupamento familiar:

[59]CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

preservar sempre o melhor interesse para os filhos e garantir a ele o direito a manutenção das duas relações que serão importantes para o seu desenvolvimento.

2 INSTITUTOS DA SUCESSÃO "MORTIS CAUSA"

A multiparentalidade adentrou como uma alternativa no meio jurídico para proteger os dois tipos de vínculos mais importantes de filiação, o vínculo biológico, decorrente da concepção de uma criança e da transmissão de materiais genéticos, e o socioafetivo, aquele formado por pessoas com quem não detém um laço genético, mas que possuem fatores tão relevantes quanto, a citar o amor, cuidado, a solidariedade, a convivência, o carinho, todos traduzidos em uma só palavra: o afeto[60].

Levando em consideração estes dois conceitos, foram demonstradas algumas previsões legais que garantem a coexistência de ambos os pais no registro, a fim de provar que a possibilidade da multiparentalidade não é um assunto a ser discutido, visto que já foi pacificado jurisprudencialmente. O ponto ainda passível de problemática é apenas a aplicação prática deste novo instituto, precisamente como o judiciário deve se portar com relação ao efeito sucessório decorrente das duas relações paternais, sendo necessária a análise da legislação brasileira, com o objetivo de reconhecer se ela é suficiente para delimitar todas as regras para garantir o direito à herança àqueles que tiveram a multiparentalidade reconhecida.

[60]SCALIANTE, Ana Lara Sardelari; GODOY, Sandro Marcos. *Multiparentalidade: efeitos e realidade*. In: Encontro De Iniciação Científica Do Centro Universitário Antonio Eufrásio De Toledo De Presidente Prudente, n. 13, 2017, Presidente Pudrente. Anais... v. 13, n. 13 (2017). ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, Presidente Prudente, 2017. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6255/5958. Acesso em: 21 fev. 2019.

Serão discutidos, nesta presente parte do estudo, os argumentos que resguardam aos filhos o direito de partilhar a herança, pautados em uma análise sobre as disposições legais e doutrinárias existentes sobre o direito sucessório, observando em que consiste o direito das sucessões e qual o significado do seu objeto de estudo, sendo necessário adentrar em algumas regras que são delimitadas por esse âmbito do direito civil.

Pode-se citar, como umas das principais regras apontadas pelo direito sucessório, a especificação das espécies de sucessão existentes, que serão abordadas no segundo momento deste capítulo, sendo determinadas como a sucessão legítima e a sucessão testamentária, explicitando os seus conceitos, requisitos e a forma como se manifesta na sucessão.

Tão importante como as espécies de sucessões, têm-se os tipos de herdeiros, uma vez que eles são os principais interessados nos efeitos da transferência patrimonial do *de cujus*, coexistindo os herdeiros legítimos, testamentários e legatários. Na terceira parte analisada neste capítulo serão determinadas as diferenças entre cada um, os seus direitos e deveres e o montante a que eles possuem direito na sucessão do defunto.

Ao final deste capítulo, será possível conhecer os pontos principais dos institutos da sucessão, que são de extrema importância para que se possa determinar como ocorrerá a sucessão na multiparentalidade, que é o que se espera obter com êxito no fim deste estudo.

2.1 Direito das sucessões

O direito sucessório possui estreita relação com o direito de família, já que a sucessão ocorre, em geral, no âmbito familiar, como será demonstrado no decorrer

desta pesquisa. Neste viés, quando as relações socioafetivas foram pouco a pouco incorporadas ao conceito de parentesco, por meio do grande avanço dado pela legislação e jurisprudência brasileira ao acrescentar essa forma de constituição familiar, fez-se necessária a avaliação prática dos seus efeitos, não existindo somente no meio teórico, como um princípio, mas por análise de suas consequências no ordenamento jurídico, com grande importância no campo desse específico direito.

A origem deste ramo subsiste no Direito Hereditário romano e germânico, quando o primeiro filho, do sexo masculino, substituía o seu pai em cada uma das suas relações jurídicas, em especial na religião, uma vez que cada família possuía o seu culto, e transmitir as obrigações para alguém impedia que a religião familiar fosse extinta. Este herdeiro, que se responsabilizava pela perpetuação do culto, já possuía o direito a adquirir a herança, enquanto os outros precisam praticar alguns atos para que pudessem partilhar os bens[61].

O direito das sucessões contemporâneo, uma área do Direito Civil, é o marco legal regulador da transferência de todo o acervo patrimonial de uma determinada pessoa, que será conhecida como "*de cujus*", em razão de sua morte, para uma ou várias pessoas, nomeadas como herdeiros[62], além de estabelecer as regras referentes aos seus direitos e obrigações contraídos por natureza econômica. Sugere que subsistirá um novo adquirente desses bens, em substituição ao defunto, o antigo titular dos referidos direitos[63].

[61]GAGLIANO, Pablo Stolze;FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

[62]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v.7.

[63]NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

Ocorre que a substituição a que se refere o direito sucessório é em sentido estrito, somente quando originada por uma causa *mortis*, visto que se entende por esse fenômeno no sentido lato todos aqueles negócios jurídicos que se fundem em uma transmissão do objeto da relação, gerando a substituição do mesmo ou de um sujeito, porém por um ato *inter vivos*, os quais não são considerados como temas a serem vistos pela sucessão civilista[64].

O direito à aquisição do patrimônio do morto surge, portanto, no exato momento da morte, em que se abre a sucessão, para que seja feita a transferência da herança ou do legado ao herdeiro ou legatário, por meio da lei, ou do testamento, se o *de cujus* expressar a sua última vontade. Nestes termos, a declaração da morte, em regra, é um requisito para que se operem as normas sucessórias, determinando que o herdeiro seja nomeado o titular dos direitos e obrigações, tomando o lugar do defunto, que deu causa a essa substituição através da extinção da sua pessoa natural[65].

O tempo da abertura da sucessão, supramencionado acima, é estabelecido pelo princípio *droit de saisine*, que rege o processo sucessório, ao qual determina que o direito a partilhar a herança seja adquirido no exato momento em que o indivíduo sujeito da discussão da divisão vem a falecer, visto que o "pacto de corvina" veda o contrato de herança de pessoa viva, pois é uma antecipação da sucessão de forma ilegítima, considerando somente que se tenha uma expectativa de direito, sendo

[64]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* sucessões. Salvador: JusPodivm, 2016.

[65]MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

necessária a comprovação da morte, por meio da certidão de óbito no Registro Civil[66].

Apesar da relevância dada à autenticidade da morte real, ocorrida com a morte cerebral, quando o cérebro deixa de funcionar, existem duas exceções que também permitem a sucessão, a morte presumida sem a declaração de ausência e a com a ausência declarada de forma definitiva. O primeiro caso é devido ao desaparecimento do corpo da pessoa, que já se encontrava em risco de vida ou daquelas que estavam em campanha militar ou prisioneiras, que não foram encontradas em até dois anos após o final da guerra. A segunda hipótese diz respeito à morte presumida por meio da ausência, sem que haja indícios do motivo pelo qual desapareceu e nem que corria perigo de vida. Cada uma delas gera o efeito da partilha, mesmo que não seja classificada como *mortis causa*[67].

A partilha será realizada considerando o patrimônio líquido que o defunto houver deixado depois de abatidas todas as dívidas, sendo responsabilidade dos herdeiros a resposta pelos débitos existentes na força da herança de cada, extinguindo o patrimônio passivo para que o ativo que ainda existir seja dividido entre eles, por força da lei ou pelo ato da última vontade do morto, se deixado testamento[68].

A sucessão é considerada um efeito em que uma pessoa passará a ser o titular dos bens de outra no momento em que estiverem diante de uma morte real, propiciando à abertura do direito sucessório. Em suma, consiste na transferência de

[66]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[67]TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

[68]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

bens para aqueles considerados seus herdeiros, após a sua morte, uma vez que pelo princípio de *saisine* a herança só é aberta com o falecimento[69]. Nesta esteira, cabe salientar algumas considerações entre a sucessão e afetividade.

Em primeira mão, a ordem legítima dos parentes e cônjuge ou companheiro do sucedido foi definida pela presunção de afetividade que ele teria com os sucessores, com quem teria mais proximidade e um maior afeto seria o primeiro na lista de chamamento à herança, sem detrimento da ordem legal estabelecida. Um segundo ponto é o fato de um grau mais próximo gerar a exclusão de um grau que esteja posterior a esse, ou seja, o legislador deu preferência às pessoas que seriam mais próximas do *de cujus*, estando os filhos em primeiro lugar, mesmo que afetivos. Conclui-se, então, que até mesmo na sucessão o afeto foi levado em consideração, à medida que impõe a ordem de preferência baseada na proximidade dele com as pessoas ao seu redor[70].

Por fim, feitas as considerações que dão causa ao início do processo sucessório entre o *de cujus* e os seus sucessores, com destaque ao momento que ocorre a sucessão, que segundo o princípio de *saisine* é de transmissão imediata condicionada ao evento morte, cabe, a seguir, pontuar a definição das espécies sucessórias que podem influenciar a forma dessa transmissão entre os próprios

[69]OLIVEIRA, Natália. *Você sabe os conceitos introdutórios do Direito das Sucessões?*. 2017. Disponível em: https://nataliafoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/480283454/voce-sabe-os-conceitos-introdutorios-do-direito-das-sucessoes. Acesso em: 29 abr. 2018.

[70]SILVA, Maico Pinheiro da; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani. Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório. *Revista Jus Navigandi*. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio. Acesso em: 12 de abr. 2018.



sucessores e o cônjuge, se houver, sob a perspectiva da inserção do fator da socioafetividade e da multiparentalidade.

2.2 Espécies de sucessões

Conforme supracitado sobre a origem do direito sucessório brasileiro, baseado nos direitos romanos e germânicos, surgiram as espécies de sucessões que são regidas pelo Código Civil[71], a legítima, cujo nascimento ocorreu no direito germânico, que ignora o testamento e partilha a herança somente entre os herdeiros legítimos, e a testamentária, oriunda da possibilidade que o defunto possuía de testar todo o seu patrimônio nos tempos mais remotos em Roma[72].

O sucessor será chamado a suceder através das determinações testamentárias, obedecendo à última vontade do morto, sendo a denominada sucessão testamentária ou por meio da inclusão do herdeiro pela legislação, em que consiste a sucessão legítima, mesmo que exista um testamento válido que regulamente o que será feito com uma parte do patrimônio, ou seja, as duas espécies podem coexistir, desde que observados alguns requisitos, explicitados a seguir[73].

É válido salientar que um tipo não se sobrepõe ao outro, com uma maior importância, mas sim serão estabelecidas a depender das características de cada processo, observando os requisitos necessários para ambos, suas regras, hipóteses e maneiras que podem gerar os efeitos da partilha, para que possam determinar o

[71]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

[72]MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

[73]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

quinhão a que cada herdeiro terá direito, respeitando as disposições legais e se adequando para cumprir o desejo do sucedido.

2.2.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima, também chamada de sucessão legal ou *ab intestato*, é aquela que tem os seus efeitos definidos por lei, determinando quem serão os legítimos a sucederem ao defunto, se o mesmo não realizou esta escolha em vida, ou seja, não existe um testamento. Além disso, ocorre quando o ato de última vontade for considerado nulo ou caduco e também com relação aos bens que não foram testados[74].

Nesta forma de se proceder a divisão se observa o vínculo familiar entre o sucessor e o sucedido, levando em conta a presunção do vínculo afetivo que se constrói no seio familiar. Com a finalidade de garantir o cumprimento da premissa de preservar o afeto, foi estabelecida a ordem de vocação hereditária, um rol que prevê, de maneira taxativa, aqueles que serão chamados a sucessão, observando a sequência preferencial dada pela legislação, visando resguardar esses herdeiros do ponto de vista patrimonial, para que possam manter a integridade familiar[75].

A ordem de vocação hereditária é determinada pelo artigo 1.829 do Código Civil[76], organizando a preferência entre quatro classes de herdeiros. A primeira

[74]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

[75]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* sucessões. Salvador: JusPodivm, 2016.

[76]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da

compreende os descendentes, sem limite de graus, fazendo jus a essa nomenclatura os filhos, netos, bisnetos e assim por diante, em concorrência com o cônjuge ou companheiro do defunto. A segunda classe contém os ascendentes, em que se incluem os pais, avós, bisavós, tataravós, pois não possui limite fixado, concorrendo também com o cônjuge ou companheiro. O terceiro a ser chamado é o cônjuge ou companheiro, na falta dos dois parentescos anteriores. E, por último, os colaterais, que se limitam até o quarto grau, compreendendo os irmãos, tios, sobrinhos, tios-avós, sobrinhos-netos e primos. Os três primeiros grupos previstos pelo referido artigo possuem a garantia do direito à legítima, visto que, na existência de qualquer um deles, o *de cujus* só poderá testar a metade do seu patrimônio[77].

Observa-se que o cônjuge/companheiro está presente em três classes, as duas primeiras dividindo o seu direito com os descendentes, devendo seguir as regras de cada regime de casamento, e com os ascendentes, não obstante o regime contraído, e na terceira recebendo a herança de forma isolada, porém é sabido que cada grupo opera a exclusão dos posteriores, pois o grau mais próximo dentro de uma mesma classe é privilegiado[78].

Em concorrência com os descendentes, o cônjuge ou companheiro terá direito a herdar naquilo em que não for meeiro, ou seja, participará da sucessão quando o regime de casamento ou da união estável for o da participação final nos

separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

[77]TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

[78]NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

aquestos, da separação voluntária de bens e da comunhão parcial, se existir bens particulares[79].

Diferentemente acontece na concorrência com o grau de ascendência, os quais serão chamados na falta da primeira classe. Neste ponto, o cônjuge fará jus ao direito de partilhar em qualquer regime que for estabelecido com o morto. Apesar de participar nas duas classes, o cônjuge ou companheiro ainda é chamado em terceiro lugar de forma isolada, adjudicando todo o patrimônio na falta dos descendentes ou ascendentes[80].

Por último, são chamados os colaterais, seguindo a ordem dos graus estabelecidos pelo direito de família, em primeiro os irmãos, tanto os bilaterais quanto os unilaterais, que receberão a metade dos outros; na falta destes, são chamados os parentes de terceiro grau, os sobrinhos e os tios, nesta ordem; e em pé de igualdade os de quarto grau, primos, tios-avós e sobrinhos-netos, que somente farão parte da sucessão quando não existir nenhum outro parente em classe anterior[81].

Na hipótese de não existir nenhum legitimado pela ordem de vocação hereditária, para que os bens não fiquem vagos e sem dono serão devolvidos para a Fazenda Pública, por meio da declaração de vacância e depois de transcorrido o

[79]MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

[80]TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

[81]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

prazo de cinco anos, após a abertura da sucessão, sem a manifestação de qualquer herdeiro reivindicando a herança[82].

Nestes termos se opera a distribuição dos bens na sucessão legítima, considerando a ordem preferencial determinada, além da exclusão das classes e graus posteriores. Porém, a herança será partilhada de modo igual entre os parentes que existirem em cada classe somente se o morto não expressou a sua vontade por meio de um testamento. Na presença do último ato de vontade deve-se fazer cumprir as suas disposições, consistindo na sucessão testamentária.

2.2.2 Sucessão testamentária

Entre as espécies de transmissão sucessórias mais antigas, está a sucessão testamentária. Apesar de estar disposta legalmente de forma diversa do que já fora praticado em Roma e no próprio Código Civil de 1916[83], essa forma de transferência da sucessão não perdeu seu valor e importância no ordenamento jurídica civilista vigente.

Nascida da individualização da propriedade privada, ainda na época romana, por meio da necessidade do pater determinar um perpetuador da religião doméstica, através de indicação íntima e pessoal de um herdeiro para cumprimento das obrigações, direitos e deveres, a sucessão testamentária se tornou importante para a definição da forma com que o *de cujus*, ou o pater, se relacionava com seus bens,

[82]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

[83]BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

chegando a ser considerado por notórios juristas romanos como o mais grave ato da vida do cidadão[84].

O código Civil de 1916[85], por sua vez, organizou e positivou no ordenamento pátrio as velhas disposições testamentárias que eram praticadas pelos povos visigodos, o qual adotara modalidades específicas, como o testamento aberto, cerrado, o particular e o *per palavra ou* nuncupativo, além do testamento conjuntivo, que não serão destacadas por não ser a regra vigente, uma vez que o código civil atual contempla espécies ordinárias, considerando o testamento público, o cerrado, o nuncupativo e o particular, acrescentando as formas especiais de testar, a seguir expostas[86].

Antes de adentrar na forma como podem ser dispostas as disposições testamentárias, cabe salientar a respeito do seu conceito, que prevê a transferência patrimonial, através da manifestação da vontade do morto, fazendo uso de um testamento ou de um codicilo. Esta maneira de dispor sobre os seus bens traduz a liberdade de testar da forma como bem entende, desde que resguardado o direito à legítima, visto que existindo descendentes, ascendentes ou cônjuge, só a metade dos bens pode ser distribuída de forma livre[87].

Essa liberdade de escolher o jeito a ser dividido o patrimônio é consubstanciada por meio do testamento, considerado um negócio jurídico de característica unilateral e espontânea, gratuito, sendo muitíssimo solene e

[84]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

[85]BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

[86]GOMES, Orlando.*Sucessões.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[87]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016.

personalíssimo, em que conterá as disposições testamentárias a respeito do total ou de uma parte dos bens a serem inventariados e divididos entre os herdeiros ou legatários. É o meio também de se valer de determinações não patrimoniais, a exemplo do reconhecimento de um filho, nomeação de tutores, a disposição sobre o próprio corpo, a serem reveladas e cumpridas após a morte[88].

Antes da morte existe apenas uma expectativa de direito, pois o direito à herança de pessoa viva é vedado pelo *pacta corvina*. O fim da pessoa natural é que produz a eficácia do testamento, a partir do momento em que gera a abertura da sucessão, e garante o direito que os herdeiros terão sobre a totalidade do patrimônio ou somente parte dele, retirando a legítima do rol de objetos a serem testados[89].

Por produzir efeitos posteriores ao evento morte, a revogabilidade do testamento é uma característica trazida pela legislação, razão pelo qual permite a sua alteração a qualquer tempo, mesmo que outras pessoas não possam manifestar oposição ao testamento enquanto o testador estiver vivo[90].

Neste viés, caso exista um testamento posterior ao outro e incompatível com o primeiro, ocorrerá a revogação deste, deste que seja válido. A validade deste ato pressupõe a figura de um testador capaz dispondo sobre objetos lícitos, na forma como determina a lei. A capacidade para testar apenas não está presente nos incapazes e naqueles que não estão em pleno discernimento, a despeito de uma causa transitória ou permanente. Assim, aqueles maiores de 16 anos, com total discernimento e expressão livre da vontade possuem capacidade testamentária, devendo ser observada no momento da elaboração do negócio jurídico, caso seja

[88]CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

[89]NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

[90]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

superveniente não é suficiente para invalidar o objeto. Da mesma forma acontece quando a pessoa era incapaz no ato de elaborar e depois adquire capacidade, o testamento não será validado[91].

Para alegar a validade de um testamento, requerendo a sua nulidade ou anulabilidade, o interessado terá cinco anos, contados a partir do registro, na forma do artigo 1.859[92] do Código Civil, feito por mandado do juiz. Os vícios do consentimento provocam a anulabilidade do negócio, por dolo, erro ou coação, quando oriundos com a real intenção de corromper a vontade do testador, demonstrada por meio de atos fraudulentos, no prazo de quatro anos depois do conhecimento do vício. Enquanto a nulidade acometerá o disposto quando não seguir as determinações legais ou a capacidade testamentária[93].

Não estando acometido com nulidades ou anulabilidades, o testamento será considerado válido, podendo ser feito de várias formas diferentes, previstas em um rol taxativo, sendo classificadas como ordinárias e especiais ou extraordinárias. Os testamentos ordinários são realizados em situações comuns, sem um motivo específico para ser feito de uma maneira diferente, é o testamento público, o cerrado e o particular. Enquanto os especiais dependem de uma circunstância específica, consistindo em uma alternativa dada para algumas situações excepcionais, é o marítimo, o aeronáutico e o militar[94].

---

[91]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v.7.

[92]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

[93]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016.

[94]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil:* sucessões. Salvador: JusPodivm, 2016.

O testamento público é realizado na presença de um tabelião e de duas testemunhas que não sejam impedidas, que irá lavrar o ato no livro de notas, seguindo todas as declarações do testador, motivo que gera uma maior segurança publicidade ao feito, deixando aberto para todos tomarem conhecimento das suas intenções. O cerrado consiste naquele em que o próprio testador irá escrever ou por alguém que ele determinará, prezando sempre pelo segredo, devendo passar pela aprovação da lavratura pelo tabelião, que deve ser fechado e guardado para ser revelado só no momento da abertura da sucessão, não podendo ser violado antes ou aberto pelo testador, sob pena de revogação. Já o testamento particular é escrito pelo testador, lido na presença de pelo menos três testemunhas e assinado por elas e pelo próprio, difere do testamento público porque não exige a presença do tabelião e nem do registro em cartório[95].

As referidas maneiras de dispor sobre os bens são realizadas com circunstâncias comuns, mas quando surgirem situações excepcionais também é permitido a confecção do testamento, desde que observadas as formas especiais já trazidas pelo código civil. O primeiro tipo é o denominado testamento marítimo, a ser feito quando se encontrar em uma viagem a bordo de um navio nacional, de guerra ou mercante, na presença de duas testemunhas e do comandante. A diferença para o testamento aeronáutico é o transporte, poderá ser utilizado quando a viagem for a bordo de aeronave militar ou comercial, é testado perante uma pessoa que o comandante designa. Os dois serão guardados pelo comandante e entregues para as autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional[96].

[95]MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

[96]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

A última espécie de testamento especial é o militar, é uma prerrogativa dada aos militares ou pessoas que estão a serviço das Forças Armadas de realizarem o ato de última vontade, sem a presença de um tabelião, mas perante duas ou três testemunhas, quando estiverem a serviço dentro do país ou fora dele, em praça sitiada ou em locais com comunicação interrompida. Em situações de combate ou ferimentos de guerra, o testador poderá narrar as disposições, testando de forma oral, correspondendo ao testamento nuncupativo[97].

Os dois primeiros tipos de testamento só serão válidos quando o testador não possuir alternativa para testar, como quando o navio se encontrar em um porto com desembarque, porque a forma extraordinária deve ocorrer quando for impossível estar em terra firme para se utilizar das formas comuns. Cabe salientar também que, caso o testador não venha a falecer em noventa dias após o desembarque ou quando se encontrar em um local que consiga testar na forma ordinária, os três testamentos serão caducos se não o fizer na forma ordinária. A exceção é prevista para o testamento militar, se for registrado e assinado pelas testemunhas e pelo testador, não será objeto da caducidade[98].

Todos os tipos de testamento possuem a mesma importância, não se sobrepondo um aos outros, possuindo apenas diferenças nos requisitos, pois cada um possui particularidades que precisam ser seguidas, sob pena de nulidade. Cabendo salientar que todas essas formas são previstas em lei, mas é vedado o testamento conjuntivo, ou seja, o testamento feito por duas ou mais pessoas que

[97]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016.
[98]NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

dispõem as suas vontades em um único documento, não se permitindo essa ação, em razão do testamento ser personalíssimo[99].

Além dessas espécies de testamentos, tem-se o codicilo, um pequeno código, que não precisa observar todas as regras testamentárias, apesar de ser necessária a capacidade, visto que será utilizado para dispor sobre certas situações que são limitadas, como nomeação de testamenteiro, disposições sobre enterro ou sobre bens móveis e objetos de uso especial[100].

É válido salientar que tanto no codicilo quanto no testamento a legítima deve ser preservada, ou seja, na presença de descendentes, ascendentes e cônjuge, metade da herança deve ser garantida a eles, a outra metade está livre para ser testada da maneira como o testador dispuser, quando as duas espécies de sucessão coexistem tem-se a sucessão mista[101].

As disposições de cunho patrimonial e extrapatrimonial só poderão ser feitas por meio do testamento, ressalvadas as hipóteses do codicilo, e devem se atentar quanto à quantidade que precisa ser reservada para a legítima a ser dividida entre os descendentes, ascendentes e cônjuge. Neste caso, a sucessão legítima e a testamentária irão coexistir, cada uma corroborando para o cumprimento dos seus efeitos, a fim de correlacionar a vontade legislativa com a do *de cujus*, e partilhar os bens entre os herdeiros, seguindo a classificação imposta a eles, demonstrada a seguir.

2.3 Tipos de herdeiros

[99]TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

[100]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[101]GOMES, Orlando.*Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O direito sucessório tem como objeto principal a herança, o conjunto de bens, direitos e obrigações do defunto, e para efetuar a partilha faz uso de duas espécies, a legítima e a testamentária, cada uma com suas peculiaridades e requisitos, com a finalidade de garantir o cumprimento das disposições legais e adequar à última vontade do testador, caso exista. Para tanto, precisam ser determinadas as pessoas que farão jus ao recebimento deste patrimônio, os denominados herdeiros.

A classificação dos herdeiros segue alguns conceitos específicos, fazendo-se valer de vários tipos de herdeiros, como os herdeiros legítimos, testamentários ou os legatários, a depender da forma como a sucessão será regida, pela lei ou pela vontade do sucedido, cada qual com suas modalidades de herdeiros específicos.

A sucessão legítima é determinada aos herdeiros legítimos e necessários, os que são fixados pela lei, através da ordem de vocação hereditária. Por sua vez, a testamentária beneficia os herdeiros legatários, quando recebe um objeto certo, de forma individualizada, ou quando os valores já estão determinados pelo testador, e também os testamentários, que possuem o direito a um patrimônio indeterminado, recebendo a quota-parte ou uma fração, que pode chegar a 100% (cem) de toda a herança, na hipótese de não existirem herdeiros necessários[102].

Apesar da existência de diferentes classificações, podem constar na mesma sucessão todos os tipos de herdeiros, uma vez que serão entregues os bens destinados aos herdeiros legatários e após ser feita a divisão aos testamentários, considerando o limite da metade do patrimônio, a outra metade será partilhada entre os herdeiros necessários, levando em conta cada conceito e especificidade[103].

---

[102]NOGUEIRA, Claúdia de Almeida. *Direito das sucessões:* comentários à parte geral e à sucessão legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

[103]GOMES, Orlando.*Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

2.3.1 Herdeiros legítimos e necessários

A sucessão legítima só prevalece sobre a testamentária em hipóteses da falta de um testamento, quando o mesmo não versar sobre todos os bens ou ainda quando for considerado caduco ou nulo, ou seja, a ordem de vocação hereditária será utilizada com relação ao patrimônio que não foi disposto em testamento, distribuindo esses entre os parentes do defunto, por meio da presunção de proximidade que o direito sucessório atribui a esse tipo de herdeiro, os herdeiros legítimos, que compreende os necessários e os facultativos[104].

Presume-se que se o *de cujus* não realizou um testamento sobre os seus bens é porque aceitou a ordem determinada pela legislação, acrescentando ao fato também a proteção destinada a sua própria família, para que a integridade física e patrimonial dos mesmos fosse preservada, vindo a contribuir para ajuda financeira daqueles com quem conviveu[105].

Essa convivência e presunção de proximidade favorecem os herdeiros legítimos, quando a lei dispõe a sequência preferencial em que deve ser atribuída a herança do sucedido, fundamentada na família, por direito sanguíneo e matrimonial, entrando em discussão agora o direito socioafetivo. Os sucessores legítimos são, portanto, os descendentes, os ascendentes, ambos sem limitações pelo grau de parentesco, o cônjuge e os colaterais, estes últimos só até o quarto grau[106].

---

[104]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*: de acordo com a lei n. 11.340/06 – lei Maria da Penha e com a lei 11.441/07 – lei de separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[105]WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009.

[106]GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Essa ordem preferencial tenta resguardar a vontade presumida do autor de privilegiar em primeiro lugar os seus descendentes e logo após os seus ascendentes, as duas classes concorrendo com o cônjuge ou companheiro que também será chamado a suceder de forma exclusiva, ocupando a terceira posição na ordem hereditária. Os colaterais, presentes na quarta classe, somente participarão da sucessão não existindo nenhuma classe antecedente, uma vez que a classe só partilha quando não há herdeiros na classe anterior. Esse é o rol dos herdeiros legítimos, formado pelos parentes mais próximos do sucedido, classificação oriunda da sucessão *ab intestato*[107].

Dentro dessa classificação existe uma subdivisão, que considera os herdeiros necessários e os herdeiros facultativos, ambos recebendo a título universal, uma fração. A primeira compreende os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, as três classes iniciais da ordem preferencial, são chamados assim porque possuem o direito garantido a metade do patrimônio total, limitando a possibilidade de o testador atingir esse valor, apenas podem ser excluídos da sucessão por meio de manifestação expressa do sucedido, nas hipóteses de renúncia, deserdação e indignidade[108].

De forma diversa ocorre com os herdeiros facultativos, não lhes sendo reservada uma quantia certa, razão pelo qual o testador pode dispor do valor integral herança quando o seu seio familiar apenas for composto por parentes colaterais até o

[107]FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
[108]CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

quarto grau, considerados os herdeiros facultativos, nomeados assim, pois podem ser excluídos por meio do testamento, além da indignidade e da renúncia[109].

A herança será dividida, portanto, entre os herdeiros legítimos, chamando cada classe na ordem preferencial que procede a exclusão das demais, devendo observar a existência ou não de herdeiros necessários para que possa ser reservada a legítima. Feitas essas considerações, é relevante apontar também os beneficiados pelo testamento, que podem dividir o posto de sucessores com os herdeiros legais.

2.3.2 Herdeiros testamentários e legatários

Dado o já exposto sobre formas de sucessão, e, como o tópico acima descreve, a sucessão de bens do falecido se concretiza na transmissão para os herdeiros. Esses mesmos herdeiros podem estar dispostos na legislação pátria, a quem são dados o título de herdeiro legítimo e os herdeiros necessários, pois são eles quem receberão os bens, independente da vontade do testador, desde que não haja impedimentos legais, pois a eles é dado o direito de herança sobre os bens do *de cujus*. Contudo, a legislação deu ao testador a possibilidade de instituir outro tipo de herdeiro para a sucessão: o herdeiro testamentário e o herdeiro legatário.

A legislação brasileira possui regulamentação do "poder de testar", que resume na capacidade do indivíduo, ainda em vida, de dispor de seus bens e o seu direcionamento após a sua morte, de forma que exerça ao mesmo tempo os direitos da autonomia da vontade e o exercício do poder de propriedade[110]. No entanto, por

[109]CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

[110]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.



costume, os brasileiros não têm habitualidade de testar os bens em vida, deixando a divisão oficial de bens a cargo do próprio processo de inventário e restrito aos herdeiros legítimos, mas caso deixe determinado em vida pode se utilizar de duas formas: o herdeiro testamentário e o legatário.

Os herdeiros testamentários farão jus ao recebimento da herança por meio da vontade do testador, herdando uma parcela do total da herança disponível. A cláusula de divisão testamentária pode definir uma fração do total a ser transmitida a um herdeiro, que podem ser àqueles que já receberam obrigatoriamente a legítima, como também pode ser um terceiro sem ligações sanguíneas com o testador[111].

Vale ressaltar que a disponibilidade de recursos a serem testados não pode exceder os 50% do total de patrimônio, pois essa parte é reservada, por força de lei aos herdeiros necessários, não podendo ser disponibilizada por meio de testamento, seja dividida em partes indeterminadas ou especificada nos legados[112].

O legado é um bem, certo e determinado que seja transmitido, por meio do testamento, em razão da autonomia da vontade e do exercício do direito de propriedade. Gagliano e Pamplona destacam em sua obra que a essência do legado é ser um bem individualizado, a qual descreve como "uma liberalidade mortis causa a título singular" e destaca o erro ao se referir a um legado como "legados universais", já que a universalidade de bens é referente aos herdeiros legítimos ou testamentários ao todo, por meio da fração ideal[113].

[111]CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

[112]GOMES, Orlando.*Sucessões.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[113]GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

Os herdeiros legatários, então, receberão a sua parte da herança através de um bem identificado, individualizado e especificado na cláusula de divisão testamentária. As mesmas regras referentes à legitima dos herdeiros necessários se aplicam com as cláusulas de legado, em que não podem ultrapassar o valor de 50%. Porém se não houver herdeiros necessários e existir bens a dispor, o testador, também chamado de legante, possui a liberdade de dispor a totalidade de seus bens como legados. Para fins práticos, a individualização, especificação e identificação de bem certo e determinado garante menos conflitos, desde que respeitados os limites legais, em eventual processo de inventário ou por haver ocasionais conflitos entre os sucessores.

3 A SUCESSÃO MULTIPARENTAL

O vinculo parental, supradito em tópico anterior, era evidenciado pelos laços biológicos e sanguíneos, com predominância do critério biológico. Até o presente, esse critério vem coexistindo e/ou sendo substituído pelas relações parentais baseadas na convivência cotidiana, que fundamentam a paternidade do tipo socioafetiva. Em 2016, com a criação do instituto da multiparentalidade, o judiciário permitiu a existência concomitante dos dois vínculos, garantindo à criança a possibilidade de possuir um duplo registro paterno ou materno.

Destas relações decorrerão inúmeros efeitos civis, sendo o principal foco do presente trabalho o efeito sucessório aplicado neste duplo registro paternal, uma vez que se precisa estabelecer de que forma será regulamentada a efetivação desta prerrogativa dada aos pais e filhos que foram beneficiados com a multiparentalidade, pois ela gera alguns direitos que devem ser respeitados e resguardados, mesmo que exista uma lacuna no ordenamento quando se refere ao duplo registro.

Posto isso, é importante observar como a legislação brasileira trata desta situação e analisar se o ordenamento jurídico consegue determinar as regras imprescindíveis para a materialização do laço multiparental na nova realidade familiar prevista na Constituição Federal[114]. É o objetivo da primeira parte deste capítulo, delimitar as justificações legais, doutrinárias e principiológicas que permitiram a garantia do direito à herança das duas relações filiais reconhecidas pelo judiciário.

No entanto, mesmo que a multiparentalidade já se encontre aceita como uma nova forma de concepção familiar, a sua aplicação ainda se esbarra em alguns obstáculos advindos da sucessão. Um deles é o questionamento se o recebimento dos montantes referentes às duas heranças seria um caso de enriquecimento sem causa, evidenciando a tendência meramente patrimonial que os filhos poderiam ter ao pleitear o reconhecimento destes dois vínculos.

A última exposição de conteúdo deste trabalho irá focar na análise das consequências patrimoniais advindas do reconhecimento da multiparentalidade, visto que o que se deseja ao conceder esse benefício da coexistência do vínculo biológico com o afetivo, sem que seja preciso um ser mais importante que o outro, é apenas aperfeiçoar as relações familiares e reconhecer que nem sempre a família se forma apenas com base na biologia, mas sim por meio do amor e do cuidado, e não para fins tão-somente calcados na possibilidade financeira de cada pai.

3.1 A previsão legal e jurisprudencial da sucessão na multiparentalidade

[114]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

Os princípios constitucionais da afetividade, da igualdade entre os filhos e da convivência familiar formaram uma base para a aceitação da multiparentalidade[115], introduzida como uma saída para a resolução do conflito entre as duas formas de paternidades por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC[116] e da

[115]SCALIANTE, Ana Lara Sardelari; GODOY, Sandro Marcos. *Multiparentalidade: efeitos e realidade*. In: Encontro De Iniciação Científica Do Centro Universitário Antonio Eufrásio De Toledo De Presidente Prudente, n. 13, 2017, Presidente Pudrente. Anais... v. 13, n. 13 (2017). ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, Presidente Prudente, 2017. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6255/5958. Acesso em: 21 fev. 2019.

[116]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas

interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". Recorrente: A N. Recorrido: F G. Am. Curiae: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Am. Curiae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Relator:

análise da Repercussão Geral 622[117], reconhecendo a relevância deste assunto, por envolver, em especial, aspectos jurídicos e sociais.

O recurso dizia respeito a um pai biológico que se recusava a cumprir as obrigações patrimoniais perante a sua filha, justificando que já existia um laço afetivo com o homem que manteve este vínculo com ela por mais de vinte anos. Neste caso, restou decidido que uma paternidade não se prevaleceria sobre a outra e poderiam coexistir, não excluindo as responsabilidades de cada uma[118].

Restringindo-se a uma análise literal do que fora determinado no julgamento do recurso extraordinário e da repercussão geral, o direito sucessório está presente na cumulação de vínculos, uma vez que a tese determinada diz que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos

Min. LUIZ FUX. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092. Acesso em: 10 fev. 2019.

[117]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Repercussão Geral – 622*. EMENTA: Prevalência da paternidade sócio afetiva em detrimento da paternidade biológica. Leading case: Recurso Extraordinário 898060/SC. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622 . Acesso em: 10 fev. 2019.

[118]SANDRI, Rhavel Knebel. *A paternidade socioafetiva e o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetivo concomitante ao vínculo biológico*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017. Disponível em: http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4768. Acesso em: 14 abr. 2018.

jurídicos próprios" [119], assim como o enunciado número 9 do IBDFAM prevê que "A multiparentalidade gera efeitos jurídicos"[120].

Por "efeitos jurídicos próprios" entende-se que cada vínculo de filiação acarretará todos os direitos que já são determinados pelo Código Civil, incluindo o direito à partilha da herança, motivo pelo qual os descendentes biológicos e afetivos serão incluídos como herdeiros legítimos e necessários, necessitando de uma análise legal e jurisprudencial sobre a maneira como ocorrerá a sucessão, em virtude de serem legitimadas, para a lei civilista, a receber a herança as pessoas que já estavam nascidas ou concebidas a época da abertura da sucessão, privilegiando sempre os descendentes, garantindo a herança a todos os filhos, com os mesmos direitos, na forma do artigo 1.834 do CC[121].

A presença dos descendentes está configurada entre as figuras dos herdeiros necessários, que independente da vontade do falecido, terão direito a partilhar a metade dos seus bens, consistindo neles a principal preocupação do legislador, que determinou como descendente todas as espécies de filiação, a citar o socioafetivo, biológico e adotivo, uma vez que, com o reconhecimento da filiação, serão partes da família e serão ligados pelo vínculo de parentesco.

---

[119]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Repercussão Geral – 622*. EMENTA: Prevalência da paternidade sócio afetiva em detrimento da paternidade biológica. Leading case: Recurso Extraordinário 898060/SC. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622 . Acesso em: 10 fev. 2019.

[120]INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados do IBDFAM*. 2013. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/conhecaoibdfam/enunciados-ibdfam. Acesso em: 25 abr. 2018.

[121]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Para fins legais, qualquer um dos mesmos deverá ser tratado de forma igual, mesmo após a morte dos seus pais, por força do princípio da isonomia no tratamento dos filhos, determinando que, a partir do momento em que foi reconhecido como tal e o judiciário acolhendo o duplo registro, fazem jus ao direito dos quinhões igualitários, visto que é vedado qualquer tratamento diferenciado aos descendentes reconhecidos, independente de qual tenha sido a origem do vínculo entre pai/mãe e a criança. Neste diapasão, caso tenha demonstrado de forma pública a posse de estado de filho, de maneira que fique claro que, por meio do afeto, os pais o tratavam como um, resta comprovado o direito do filho socioafetivo à partilha da herança, da mesma forma como o descendente genético[122].

Nestes termos, ele será incluído na sucessão como um herdeiro necessário, fazendo parte da ordem de chamamento da vocação hereditária. Como consequência, será chamado a receber uma parte do montante da legítima, garantindo o seu direito de partilhar a herança quando seu pai ou sua mãe socioafetivos vierem a falecer[123]. O ponto principal em discussão é este mesmo filho socioafetivo ter direito à herança também do pai biológico, vez que são possuidores dos mesmos direitos que todos os outros.

Com relação a este ponto controvertido, o ordenamento jurídico não traz nenhuma vedação legal, traduzindo, então, que é possível o direito às duas heranças, partindo do pressuposto de que como não se deve haver discriminação entre os

[122]RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Multi-hereditariedade no direito sucessório: reflexos da multiparentalidade e o princípio da saisine*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 01 nov. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,multi-hereditariedade-no-direito-sucessorio-reflexos-da-multiparentalidade-e-o-principio-da-saisine,56983.html. Acesso em: 28 abr. 2018.

[123]WALMENDES, José. *Aspectos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva.* 2017. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/384/1/DISSERTACAOJOSEWALMENDES.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018.

filhos, não deve ocorrer também entre os pais, preservando a igualdade. De forma que o judiciário, ao garantir que esse instituto fosse incorporado no direito brasileiro, permitiu, ainda que de forma não expressa, todas as consequências legais que dele decorrem[124], com maior relevância na questão sucessória, para que não viole o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II da CF[125].

A VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, contribuiu para a incorporação do direito sucessório na multiparentalidade, ao aprovar o enunciado 632 que considera que "Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos"[126].

Ademais, alguns autores, como Almeida e Rodrigues Júnior, acrescentam também o fato de que é uma forma de preservar o filho que foi privado de uma relação de amor e carinho com o genitor, garantindo-lhe, pelo menos, os direitos a que faz jus devido à relação biológica, como a sucessão, visto que faltou uma relação eudemonista[127].

---

[124]SILVA, Maico Pinheiro da; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani. Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório. *Revista Jus Navigandi*. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio. Acesso em: 12 de abr. 2018.

[125]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[126]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil*. 2018. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

[127]ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR RODRIGUES, Walsir Edson. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2012.

Neste viés, o filho socioafetivo reconhecido terá direito a participar da partilha dos bens do seu pai socioafetivo, na mesma proporção que os descendentes sanguíneos, bem como terá direito também à sua parte da herança advinda do seu ascendente sanguíneo, vez que o reconhecimento da filiação implica em direitos e efeitos como se fossem de um mesmo tronco familiar e compartilhassem o mesmo sangue. Assim, qualquer que seja a sua origem, afetiva ou biológica, estará aceita a multiparentalidade, incluindo o filho multiparental como herdeiro legítimo[128].

Enfim, é evidenciado que por mais que não tenha uma lei que defina expressamente esse direito, os filhos socioafetivos são amparados pela Constituição, pelo Código Civil e até mesmo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente[129]. Desta maneira, não se pode existir requisitos extralegais para que possam usufruir o direito que possuem de fazer parte do quinhão legal da herança do ascendente, visto que é um respaldo garantido a todos os filhos, independente da origem do seu vínculo paternal.

Outro efeito gerado no âmbito sucessório é relacionado ao direito de todos os ascendentes partilharem a sucessão dos filhos. Tem-se o respeito à dignidade humana como princípio base que permite essa garantia, uma vez que o patrimônio será transmitido aos herdeiros com a finalidade de proporcionar uma vida mais digna dentro da sociedade, de modo que, para empregar o direito fundamental previsto na Constituição[130], serão aplicadas as disposições referentes ao direito das

[128]SILVA, Janaína Lopes da. *O direito à herança em casos de multiparentalidade*. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/14520. Acesso em 26 de abril de 2018.

[129] Vide artigo 226 e 229 da CFRB/1988; artigo 1593 do CC/2002 e 19 do ECA.

[130]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

sucessões para todos os parentes socioafetivos, incluindo os ascendentes, sem ocorrência de discriminação[131].

Da mesma maneira como é vedada a ocorrência de discriminação entre as várias hipóteses de se originar um vínculo com o filho, é proibido também o tratamento diferenciado aos pais, quaisquer que sejam as formas em que se foram originados, biologicamente ou afetivamente, todos tendo direitos com relação ao filho. Desta forma, caso o filho faleça antes dos seus pais e na falta de descendentes, a herança será destinada aos seus ascendentes, sendo eles advindos de uma relação construída com o afeto ou por meio da concepção.

Apesar de que nos tribunais essa questão ainda não ter sido suscitada, por meio dos ascendentes socioafetivos e biológicos requerendo a divisão de herança do seu descendente, ela já se faz presente como uma controvérsia no ordenamento brasileiro, visto que a aceitação da multiparentalidade pressupõe a produção de efeitos nos dois âmbitos, sendo que os filhos terão os direitos relacionados aos vários pais e mães, e vice-versa, os múltiplos pais ou mães poderão se valer dos direitos do filho, inclusive fazendo jus ao recebimento do quinhão hereditário[132].

Nas situações mais comuns, pautadas na relação familiar brasileira formada por apenas dois ascendentes em primeiro grau, o Código Civil[133] estabelece que a divisão entre eles ocorra por meio das linhas, ou seja, à linha paterna e à linha

---

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

[131]CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

[132]SCHREIBER, Anderson. STF, *Repercussão Geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos*. 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982. Acesso em: 21 mar. 2019.

[133]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

materna caberá, respectivamente, a metade do montante[134]. Com a recente reformulação do conceito de relação parental, essa regra precisou ser analisada para a possível aplicação em casos com mais de dois ascendentes no primeiro grau e consequentemente mais de quatro em segundo grau.

Seguindo a determinação literal da legislação, a herança seria partilhada através das linhas, metade para cada uma, em que esse montante ainda seria repartido entre os ascendentes socioafetivos e biológicos, recebendo cada um deles ¼ do patrimônio total. Porém, feita a divisão desta forma, estaria o intérprete da lei ferindo o preceito constitucional da isonomia dos direitos, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal[135], contrariando os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade[136].

Sendo assim, a posição que garantiria uma condição igualitária entre os pais e mães é a divisão para todos de forma idêntica, em que a herança será dividida em três partes, cabendo a cada um 1/3 do total, conforme se depreende do Enunciado 642 da VII Jornada de Direito Civil[137]:

> Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança

[134]DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[135]BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[136]TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

[137]BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados *da VII Jornada de Direito Civil*. 2015. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019

> deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Da mesma forma deve-se valer a interpretação com relação aos avós, bisavós e os demais graus de ascendência, a repartição da herança faz-se de forma mais justa quando dividida entre a quantidade de ascendentes, cada um sendo considerado uma linha sucessória, herdando de maneira igualitária, com a interpretação contrária ao Código Civil[138].

Com o reconhecimento da multiparentalidade, a pessoa teria, então, a existência de múltiplos pais ou mães, devendo proceder a divisão entre todos eles. Na regra geral, essa divisão é feita entre as linhas, ou seja, metade para a linha paterna e metade para a linha materna. Porém, nesse caso peculiar, a repartição mais adequada seria por considerar cada ascendente como se uma linha fosse, cada qual fazendo jus a um terço do montante total, visto que, para Christiano Cassettari, a parte que contém um múltiplo vínculo não pode ser diminuída perante a outra, consequentemente dividir igualmente é uma solução mais proporcional ao caso, ajustando a aplicação da lei que não estava preparada para abranger essa hipótese[139].

3.2 O duplo registro e o enriquecimento sem causa

Fora mencionada anteriormente a possibilidade de a herança ser concedida aos filhos socioafetivos e biológicos, bem como os filhos decorrentes do vínculo afetivo terem pleno direito à herança do pai biológico, de forma concomitante com a do pai socioafetivo, porém, este entendimento ainda esbarra em um grande

[138]GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CORDEIRO, André Luís Nunes Novaes. O acolhimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos nos direitos sucessórios dos ascendentes. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, v. 23, n. 5558, 19 set. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/68624. Acesso em: 21 mar. 2019.

[139]CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

obstáculo: a falta de uma lei específica que regulamenta todas as formas, procedimentos, requisitos e, principalmente, as regras que pais e filhos deveriam respeitar para que o seu direito a reconhecimento da herança seja garantido.

Coexistindo a relação biológica com a afetiva, tem-se a multiparentalidade e os efeitos sucessórios decorrentes de ambas as relações, os dois serão herdeiros necessários daquele que os reconhece como filho, e o mesmo concorrerá na herança dos dois pais que tiver[140]. Porém, por não possuir uma regulamentação específica, inúmeras consequências são provenientes deste instituto, entre elas a possibilidade do enriquecimento sem causa, visto que uma pessoa estaria participando de dois inventários como um descendente.

Para determinar se a dupla herança pode ser considerada uma possibilidade do enriquecimento sem causa, faz-se necessário observar no que consiste esse objeto do direito civil, uma vez que o enriquecimento é proibido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que receber um ganho patrimonial sem que seja proveniente da existência de um negócio jurídico anterior ou de uma legislação que garante essa vantagem é inviável, a luz do princípio que veda o enriquecimento sem causa, com o intuito de proteger as relações patrimoniais[141].

Este instituto é previsto pelo Código Civil de 2002[142], mas é aplicado para todo o sistema jurídico, com a finalidade de evitar o enriquecimento injustificado de

[140]SILVA, Janaína Lopes da. *O direito à herança em casos de multiparentalidade*. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/14520. Acesso em 26 de abril de 2018.

[141]PANTALEÃO, Leonardo. *Teoria geral das obrigações:* parte geral. São Paulo: Manole, 2005.

[142]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018. Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

uma parte à custa da perca patrimonial da outra, sem que tenha se baseado em um motivo permitido pela legislação, por ato jurídico ou por decisões judiciais. Nestes termos, podem ser elencados alguns requisitos para a constituição do enriquecimento sem causa, sendo eles a falta de um motivo relevante, o ganho patrimonial à custa de outra pessoa que deve ser relacionado com o empobrecimento de outrem, e a obrigação de devolução do valor recebido[143].

Considerando tais pressupostos, conclui-se, na regra geral, que a multiparentalidade proporcionar o direito a uma dupla herança não se caracteriza como um enriquecimento sem causa, visto que a prerrogativa de participar da sucessão de quantos ascendentes ou descendentes tiver será determinada por interpretação legislativa e constitucional, à medida que não se pode incorrer em tratamento diferenciado decorrente da origem da filiação.

Sendo assim, se existir a relação parental, tanto biológica quanto socioafetiva, em que pressupõe o convívio e um vínculo nas duas situações, não pode haver impedimentos para que essas duas relações gerem os efeitos e direitos previstos no sistema jurídico. Mesmo que a dupla herança possa significar um ganho patrimonial substancial, não configuraria um enriquecimento sem causa, vez que é um direito dos ascendentes e dos descendentes participarem da sucessão socioafetiva e biológica. Para tanto, é preciso que ambos os vínculos tenham sido reconhecidos e que essa seja a realidade da família, que exista efetivamente um laço tanto com o lado biológico quanto com o socioafetivo[144].

---

[143]VARGAS, Isadora Formenton. Enriquecimento sem causa: análise da descarga argumentativa em caso julgado pelo TJRS em 1986 e novos comandos ao intérprete com o Código Civil de 2002. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 197-211, abr. 2018.

[144]BRANDT, Fernanda. *Direito acontecendo na união estável, IX*. São Paulo: Ledri Print, 2017.

Entretanto, o judiciário deve estar atento aos pleitos que visam meramente um crescimento financeiro, considerando que o objetivo do reconhecimento da filiação multiparental é para que a família seja resguardada pela legislação. A intenção do judiciário ao permitir esse agrupamento familiar é frisar pela valoração do amor e do afeto, e não apenas pelo interesse patrimonial. Porém, ainda que perceba que o objetivo da pessoa ao requerer o reconhecimento da multiparentalidade seja meramente financeiro, não é possível apenas supor os seus propósitos subjetivos, precisam reconhecer a sua paternidade ou maternidade, sendo ela socioafetiva ou biológica, e delas reconhecerem todos os seus direitos e deveres[145].

CONCLUSÃO

Percorrendo todo este caminho e analisando o viés referente à falta da legislação necessária para a regulação e aplicação satisfatória do instituto da multiparentalidade, pode-se observar que a questão, apesar de ser um passo muito grande para a evolução do Direito de Família, ainda gera pontos controvertidos, principalmente no direito à sucessão, vez que uma mesma pessoa possuiria direito a mais de uma herança, por serem inerentes a ela todos os direitos e deveres que decorrem de cada exercício da paternidade, seja ela biológica ou afetiva.

O assunto se materializa de uma forma polêmica, visto que não se encontram de forma expressa leis e artigos determinando a maneira como o judiciário deverá se posicionar frente à controvérsia, abrindo margem para o juízo se posicionar de uma

[145] MIOLA, Ana Luisa Imolene; ROSA, Karine Azevedo Egypto. Multiparentalidade: prevalência de interesses meramente patrimoniais?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 163, ago. 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19310&revista_caderno=14. Acesso em: 05 mar. 2019.

forma discricionária, tendente a conceder o direito a participar da partilha dos dois inventários. O objetivo deste presente trabalho era justamente analisar como a sucessão poderá ocorrer perante a declaração de uma dupla parentalidade.

Para que a meta fosse cumprida, fez-se necessário, primeiramente, analisar a delimitação conceitual de família e parentesco, considerando a importância que o afeto obteve por meio da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual surgiram novas concepções familiares, que deixaram de se basear somente na biologia e passaram a ser pautadas também na socioafetividade, para no fim reconhecer a coexistência dessas duas relações, originando a multiparentalidade.

Foi apresentada a questão sobre como deveria ser procedido com relação ao registro, pois a partir da decisão do STF o registro biológico e o socioafetivo poderiam constar em uma mesma certidão, observando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o da convivência familiar e da afetividade, dando origem à multiparentalidade, quando os dos dois vínculos decorrerão em inúmeros direitos e consequências, principalmente no âmbito sucessório.

Neste viés, visto que o trabalho trataria da multiparentalidade correlacionada com a sucessão, foi preciso estudar particularmente este instituto, abordando o que consistia essa parte do Direito Civil, delimitando o que significa a sucessão, que se materializa no ordenamento brasileiro em duas espécies, a legítima e a testamentária. Essas duas formas de partilhar a herança, mencionadas no discorrer do segundo capítulo, possuem suas particularidades e características, sendo uma delas os tipos de herdeiros diferentes, os legítimos e necessários, e os testamentários e legatários.

Determinando o que ocorre, em regra, na sucessão mais comum, surge a problemática da pesquisa de como devem se proceder no caso da sucessão multiparental. Um obstáculo encontrado para a prática deste novo instituto é a falta

de legislação que contenha as regras e procedimentos, de forma expressa, que permite a garantia do direito a partilhar a herança, tanto para os descendentes quanto os ascendentes. A discussão teórica tem como objetivo analisar como o direito brasileiro se posiciona sobre o duplo registro, através de instrumentos e dispositivos aplicados de forma análoga.

O fato de não se encontrar expressamente na legislação brasileira não é suficiente para negar os direitos às partes, conforme fora mencionado no decorrer do presente trabalho. Os princípios constitucionais, alguns artigos de diversas leis e, principalmente, jurisprudências de tribunais superiores e enunciados de Institutos garantem e preservam todos os direitos que ambos os tipos de paternidade substanciam.

Ao determinar que da paternidade socioafetiva decorram todos os direitos a ela inerente, é possível a inclusão do filho socioafetivo como um herdeiro necessário, porque os descendentes se enquadram no rol de herdeiros, fazendo jus à meação da herança, uma vez que é vedado o tratamento diferenciado entre os filhos. A partir do momento que é reconhecido como filho e o judiciário acolhe o duplo registro, já se subentende que participará do processo de inventário. O ponto passível de discussão é este filho socioafetivo concorrer tanto na herança do pai biológico, quanto na do afetivo. Observando que na legislação não existe nenhuma vedação legal referente ao assunto, conclui-se que será possível, visto que o reconhecimento da filiação importa todos os direitos que dela decorre.

No terceiro momento de análise, foram trazidas as legislações utilizadas para corroborar com o entendimento de que a herança é possível para os dois tipos de filiação, além de considerar os princípios como da igualdade, sendo resguardado pela Constituição, Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois não é

cabível que existam requisitos extralegais para usufruir do quinhão legal do ascendente.

Da mesma maneira ocorre com a sucessão referente aos ascendentes, não sendo permitida a diferenciação entre os pais, no momento em que se encontra aceita a paternidade ou maternidade biológica e afetiva naquele caso, todos os pais/mães terão garantida a possibilidade de partilhar a herança dos seus descendentes, procedendo a divisão entre eles, como se cada um fosse uma linha sucessória, dividindo, então, entre a quantidade de pais existentes.

Alguns doutrinadores levantaram o questionamento se o recebimento de duas heranças seria considerado um enriquecimento sem causa, porém, tal argumento não pode ser aplicado, porque a vantagem patrimonial tem uma justa causa que a ampara, a legislação civil sucessória permite aos descendentes socioafetivos e biológicos o direito à herança, independente da forma como se originou a filiação.

Conclui-se, portanto, que pode ser concedida a tutela jurisdicional da dupla herança para aqueles, que ao pleitear o reconhecimento de dois vínculos paternais, têm por objetivo apenas reconhecer a equiparação do afeto à consanguinidade, privando pela boa relação com os pais, devendo o judiciário agir com bastante cautela neste ponto. Além disso, faz-se necessário a determinação legal dessas possibilidades, porém, enquanto o legislativo não evolui nesta questão, o direito à herança deve ser amparado na multiparentalidade, aplicando analogia em todos os artigos referidos acima, somados aos princípios constitucionais mencionados, porque a falta de uma previsão legal específica não é razão suficiente para a não garantia do direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. *Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento*. 2014. Disponível em: https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento. Acesso em: 13 set. 2018.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR RODRIGUES, Walsir Edson. *Direito civil*: direito de família. São Paulo: Atlas, 2012.

BRANDT, Fernanda. *Direito acontecendo na união estável, IX*. São Paulo: Ledri Print, 2017.

BRASIL. [Constituição(1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil.* 2002. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734. Acesso em: 12 nov. 2018. (I jornada enunciado 103)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil.* 2002. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740. Acesso em: 12 nov. 2018. (I jornada enunciado 108)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da IV Jornada de Direito Civil*. 2006. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369. Acesso em: 12 nov. 2018. (IV jornada enunciado 339)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da V Jornada de Direito Civil*. 2012. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/588. Acesso em: 31 agos. 2018. (V jornada enunciado 519)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados *da VII Jornada de Direito Civil*. 2015. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019. (VII jornada enunciado 642)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da VIII Jornada de Direito Civil*. 2018. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019. (VIII jornada enunciado 632)

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *III Jornada de direito civil – enunciados aprovados de ns. 138 a 271*. 2004. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view. Acesso em: 24 de agos. 2018. (III jornada enunciado 256)

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Recurso Extraordinário. *RE 898.060/SC*. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados

Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor

interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais". Recorrente: A N. Recorrido: F G. Am. Curiae: Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Am. Curiae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Relator: Min. LUIZ FUX. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Repercussão Geral – 622. EMENTA: Prevalência da paternidade sócio afetiva em detrimento da paternidade biológica. Leading case: Recurso Extraordinário 898060/SC. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622 . Acesso em: 10 fev. 2019.

CABEZÓN, Ricardo de Moraes. *O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares.* 2010. Disponível em: www.oabsp.org.br/comissoes2010/infanto-juvenis/artigos/04.pdf/download. Acesso em: 22 set. 2018.

CARDOSO, Lizarb Cilindro. Família: trajetória do fenômeno social e sua perspectiva jurídica. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14416. Acesso em: 25 de abr. 2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 1997. v.5.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias:* de acordo com a lei n. 11.340/06 – lei Maria da Penha e com a lei 11.441/07 – lei de separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* direito de família: as famílias em perpesctiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. v.6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CORDEIRO, André Luís Nunes Novaes. O acolhimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos nos direitos sucessórios dos ascendentes. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, v. 23, n. 5558, 19 set. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/68624. Acesso em: 21 mar. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2017. v.6.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Enunciados do IBDFAM.* 2013. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam. Acesso em: 25 abr. 2018. (ENUNCIADO nº 06 e 09 DO IBDFAM).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias:* amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MIOLA, Ana Luisa Imolene; ROSA, Karine Azevedo Egypto. Multiparentalidade: prevalência de interesses meramente patrimoniais?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 163, ago. 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19310&revista_caderno=14. Acesso em: 05 mar. 2019.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2000. v.9.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2015.v.5.

NOGUEIRA, Claúdia de Almeida. *Direito das sucessões:* comentários à parte geral e à sucessão legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

NUNES, José Carlos Amorim de Vilhena. Novos *vínculos jurídicos nas relações de família.* 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-07022011-153554. Acesso em: 31 agos. 2018.

OLIVEIRA, Natália. *Você sabe os conceitos introdutórios do Direito das Sucessões?.* 2017. Disponível em: https://nataliafoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/480283454/voce-sabe-os-conceitos-introdutorios-do-direito-das-sucessoes. Acesso em: 29 abr. 2018.

PANTALEÃO, Leonardo. *Teoria geral das obrigações:* parte geral. São Paulo: Manole, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Multi-hereditariedade no direito sucessório: reflexos da multiparentalidade e o princípio da saisine*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 01 nov. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,multi-hereditariedade-no-direito-sucessorio-reflexos-da-multiparentalidade-e-o-principio-da-saisine,56983.html. Acesso em: 28 abr. 2018.

RIBEIRO, Paulo Silvino. *Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. 2016.* Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/familia-nao-apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm. Acesso em: 24 de abril de 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v.7.

SANDRI, Rhavel Knebel. *A paternidade socioafetiva e o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetivo concomitante ao vínculo biológico*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017. Disponível em: http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4768. Acesso em: 14 abr. 2018.

SCALIANTE, Ana Lara Sardelari; GODOY, Sandro Marcos. *Multiparentalidade: efeitos e realidade*. In: Encontro De Iniciação Científica Do Centro Universitário Antonio Eufrásio De Toledo De Presidente Prudente, n. 13, 2017, Presidente Pudrente. Anais... v. 13, n. 13 (2017). ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, Presidente Prudente, 2017. Disponível em:

http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6255/5958. Acesso em: 21 fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. STF, *Repercussão Geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos*. 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982. Acesso em: 21 mar. 2019.

SILVA, Janaína Lopes da. *O direito à herança em casos de multiparentalidade*. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/14520. Acesso em 26 de abril de 2018.

SILVA, Maico Pinheiro da; LATINI, Lucas Maldonado Diz; PELLIZZONI, Nelton Torcani. Multiparentalidade e seus efeitos no direito sucessório. *Revista Jus Navigandi*. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57418/multiparentalidade-e-seus-efeitos-no-direito-sucessorio. Acesso em: 12 de abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das sucessões. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Brasília: Consulex, 2012.

VARGAS, Isadora Formenton. Enriquecimento sem causa: análise da descarga argumentativa em caso julgado pelo TJRS em 1986 e novos comandos ao intérprete com o Código Civil de 2002. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 197-211, abr. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2009.

WALMENDES, José. *Aspectos sucessórios decorrentes da filiação socioafetiva.* 2017. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/384/1/DISSERTACAOJOSEWALMENDES.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018.

.

ELABORAÇÃO DE PROJETO DE LEI VERSANDO SOBRE A DEVOLUÇÃO DE ADOTANDOS AINDA NA FASE DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO: UMA PROPOSTA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CASSAÇÃO DA HABILITAÇÃO DOS ADOTANTES

Ana Carolina Petrosino Alves

1 INTRODUÇÃO

À comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa; e de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo à última decisão terminativa

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência proposta que altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências, para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção, por motivos infundados, durante o estágio de convivência.

Convém explicar que o estágio de convivência é o período anterior à sentença definitiva de adoção, em que a criança ou adolescente a ser adotado passa um tempo com a família adotante, a fim de se verificar se entre eles há algum vínculo afetivo e amoroso. O estágio terá prazo máximo de 90 dias, conforme fixado no art. 46 do Estatuto da Criança e Adolescente. Em se tratando de adoção nacional, o estágio de convivência pode ser dispensado quando já há laços de afetividade entre adotados e adotantes e, quando for fixado o estágio de convivência, o juiz que determinará o

prazo. Em se tratando de adoção internacional, o estágio de convivência é obrigatório e não pode ser dispensado. Deverá ser cumprido integralmente em território nacional, ou seja, no Brasil. Hoje, com a lei 13.509 de 2017, o prazo é de, no mínimo, 30 dias, independentemente da idade.

No estágio de convivência, a criança ou adolescente cria expectativas quanto a família, e, por não entenderem direito o que é o estágio, em se tratando de adotandos "de primeira viagem", não sabem que ele é somente de um tempo que passarão com os adotantes para verificar o laço de afinidade. Como nesse estágio a expectativa dos indivíduos a serem adotados é grande, havendo dano a criança ou adolescente, há de se falar em indenização. Além do mais, a devolução pode acarretar em problemas emocionais nos adotandos, tendo eles sido ou não inseridos num contexto de devolução aos institutos, que consequentemente podem ficar mais inseguros e desconfiados, tendenciando a não dar muito valor ao estágio de convivência, ou seja, não querer se entrelaçar muito com a futura família, o que faz com que esta pense que a criança não quer criar vínculos.

Ao decorrer do Projeto de Lei, serão expostas algumas situações em que foi julgado favorável ou não à criança o pedido de indenização, seja ela por danos morais, existenciais ou materiais, na forma de alimentos ou de tratamentos psicológicos. Para isso, ou seja, para o cabimento de indenização, serão citados os pressupostos que caracterizam o ato ilícito, para que assim se mostre que a indenização dada à criança ou adolescente não veio como uma forma de enriquecimento ilícito, mas sim como uma forma de reparar o prejuízo decorrente do ato ilícito.

2 DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ATO ILÍCITO

Com a finalidade de minimizar e enfrentar o número de devoluções de adotandos crianças ou adolescentes às instituições durante o período do estágio de convivência, e assegurar a aplicação da responsabilização civil aos pretendentes da adoção que praticam tal ato, foram realizadas diversas pesquisas às análises jurisprudenciais sobre a forma de como a indenização cível recai no assunto. O diagnóstico efetuado aponta que, por mais que não haja dados estatísticos oficiais, crianças e adolescentes devolvidos para abrigos realmente existe. Só no Distrito Federal, por exemplo, no ano de 2016, 2 pessoas foram devolvidas (5 e 13 anos de idade); em 2017, 5 crianças foram devolvidas (6, 7, 9, 10 e 11 anos de idade) e 3 adolescentes (13, 14 e 14 anos de idade); em 2018, até o mês de agosto, 2 crianças e 1 adolescente devolvidos (8, 10 e 14 anos)[1].

A devolução aos abrigos cria efeitos psicológicos negativos nos indivíduos que tiveram o processo do estágio de convivência da adoção desfeito, sendo este a última medida que antecede o deferimento da medida adotiva, e, por isso, a criança e o adolescente já criou expectativas com a suposta família, além de ter gerado vínculos com a mesma, ficando devastada quando ocorre a sua devolução.

Diante desse cenário, verifica-se a real necessidade da responsabilização civil dos adotantes que devolvem a criança ou adolescente para os abrigos por motivos injustificados, tendo em vista que são essas ações que efetivamente podem fazer com que crie nos devolvidos danos irreparáveis que podem influenciar na vida pessoal e acadêmica do adotado, que passa a se sentir humilhado, rebaixado e é possível começar a apresentar um comportamento antissocial ou de revolta com o próximo, dificultando que alguém o queira adotar novamente.

[1] Informações obtidas com pesquisa feita na Vara da Infância e Juventude do DF (Quadra 909, Módulo D/E - Asa Norte, Brasília - DF, CEP 70790-090). A informante não quis se identificar.

Nesse sentido, compreende-se como responsabilidade civil o dever jurídico de indenizar um prejuízo causado ao se praticar algum ato que viola o direito de alguém, causando-lhe dano. No Direito, a teoria da responsabilidade civil procura identificar quais condutas danosas estão sujeitas a ser reparadas e como a reparação ocorrerá (que, na maioria da vezes, será por indenização). A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. Diz-se responsabilidade subjetiva aquela em que é necessária a prova de culpa para que o dano causado possa ser indenizado. Deste modo, o agente só será considerado o responsável civil se for constatado a presença de um dolo ou culpa. A responsabilidade objetiva prescinde de culpa, isto é, um dano poderá ser reparado sem que haja a culpa do agente causador, devendo apenas haver o nexo de causalidade, ligado ao dano.

Conforme o art. 944 e seu Parágrafo único, do Código Civil (CC), deverá ser medida a extensão do dano para que seja calculado o valor da indenização, a fim de que não haja desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Deste modo, o Direito Civil não distingue a culpa do dolo para fixar o dever de indenizar, mas há interferência do grau de culpa para fixação do quantum indenizatório (enunciado 46 da Jornada de Direito Civil[2]).

No caso de pedido de desistência da adoção ainda no estágio de convivência, gera-se um ilícito indenizável, falando-se em responsabilidade subjetiva, em que a culpa há de ser provada para que suscite o dever indenizatório. O ilícito indenizável se dará a partir do momento em que uma criança ou adolescente cria vínculos com os pretensos pais e estes decidem por não quere-los mais, por motivos desconhecidos

[2] A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano[,] não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

por parte do adotado. Neste momento, será tarde, de maneira que o afeto da criança ou adolescente com os futuros pais já foi criado.

"No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido"3. Por esse ângulo, são vários os danos que podem ser reparados por meio do ressarcimento: dano patrimonial, dano moral, violação aos direitos da personalidade (como uso do nome, corpo e imagem), dano em ricochete, dano indireto, perda de uma chance e lucros cessantes. Porém, apesar das múltiplas formas de responsabilização civil, a que será retratada no atual projeto de lei compreenderá a reparação do direito patrimonial, moral, existencial violado e a perda de uma chance. Tais modalidades serão retratadas mais a frente.

A responsabilidade civil, antes de ter sua previsão no Código Civil de 2002, já era expressa no Código Civil de 1916 e foi novamente retratada na Constituição Federal de 1988. Este diploma legal trouxe a questão da indenização por dano moral (art. 5º, incisos V e X), a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º), a responsabilidade por ato judicial (art. 5º, inciso LXXV), a responsabilidade por dano nuclear (art. 21, inciso XXIII, alínea "d") e a responsabilidade por danos ao meio ambiente (art. 225, §3). Para Cavalieri4, a diferença entre o Código de 1916 para o Código atual é que o primeiro era subjetivista, já o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva, uma vez que foi o sistema moldado ao longo do século XX pela Constituição Federal e leis especiais. Contudo, a responsabilidade objetiva estará

[3] GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.
[4] CAVALIERI, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88.

sempre expressa em disposição legal e, caso não estiver, então significará que a responsabilidade é subjetiva.

Para meios de se caracterizar uma responsabilidade civil, há o art.186 do Código Civil, o qual relata que aquele que pratica alguma ação ou omissão, negligência ou imprudência, causando dano a outrem, comete ato ilícito, devendo reparar a pessoa lesada. Ou seja, toda conduta contrária a norma jurídica é ilícita. Nesse sentido, existe a responsabilidade civil subjetiva, em que a culpa caracterizará o conceito de ato ilícito e, por isso, deverá ser provada. A culpa não é um pressuposto geral da Responsabilidade Civil, mas sim elemento essencial da Responsabilidade Subjetiva.

Para a configuração da obrigação de reparar o dano causado à criança ou adolescente que retornou ao orfanato ainda no estágio de convivência, como a responsabilidade prevista aos desistentes da adoção é a subjetiva, há de se observar os três pressupostos desta responsabilidade: conduta culposa humana, dano e nexo causal. Então, conforme art. 186 do CC, a conduta humana baseia-se em ação ou omissão, que motiva a reparação de um dano causado por dolo ou por culpa. Este último decorre da negligência, imprudência ou imperícia do agente, ou seja, decorre de ações que exigem cautela para serem realizadas, e o autor do dano assim não observou. Já o dolo diferencia-se da culpa porque, nele, o autor age com a vontade de causar o dano, o autor age com dolo. Por fim, o nexo causal é a ligação entre a conduta culposa humana e o dano causado.

A obrigação de indenizar só existe quando alguém pratica uma conduta danosa a alguém. Contudo, nem todo ato danoso é ilícito. O art.188 do Código Civil prevê os casos de excludentes de ilicitude em que, embora a conduta realizada tenha causado dano a outrem, não viola o dever jurídico, uma vez que está sob previsão

legal. São eles: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo eminente.

Exercício regular do direito é um direito exercido em conformidade com a lei. Legítima defesa é repelir uma injusta agressão, utilizando de força necessária, de modo que não exceda o limite do necessário. O estado de necessidade é a conduta que é praticada para afastar perigo eminente.

Há também as excludentes da responsabilidade, as quais rompem o nexo causal, rompem o nexo entre a conduta e dano, ou eliminam a culpa na conduta do agente, de tal forma que afastam o dever de indenizar. São excludentes de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima; fato de terceiro; caso fortuito e força maior; e cláusula de não indenizar (em âmbito contratual). Pela regra do art. 929 e 930 do Código Civil, a priori, as excludentes de ilicitude não excluem o dever de indenizar, ensejando o direito de regresso do causador direto ao real culpado. No entanto, para ser excluída a responsabilidade no fato de terceiro, este deve estar revestido de características do caso fortuito (inevitabilidade e imprevisibilidade do ato).

Os casos de crianças e adolescentes devolvidos à adoção são de responsabilidade civil subjetiva, umas vez que deve ser comprovada a culpa dos adotantes em devolver o adotando por motivos não plausíveis. E a culpa pode ser caracterizada tanto por meio do dolo (intenção de lesionar) ou por meio da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia).

Nesse sentido, com vistas a atender concomitantemente os princípios constitucionais e norteadores do Direito de Família e a necessidade proeminente de indenização aos devolvidos, devendo o juiz observar cada caso, propõe-se a

obrigação da compensação moral[5], bem como a reparação por danos materiais, na forma de alimentos[6] ou de tratamento psicológico[7], e danos existenciais.

[5] EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar.
(TJ-MG - AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data de Publicação: 06/04/2018)

[6] APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. - O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança. - A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. - Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. V.V.P. EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEFERIDA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõe a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de seja construído e fortalecido o vínculo filial. - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda. - O ato ilícito, que gera o direito a reparação, decorre do fato de que os re queridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, deixando expressamente a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a

No entanto, sabe-se que antes dos adotantes poderem adotar, é obrigatória a participação em um curso preparatório para a adoção. Tal curso, realizado por uma equipe psicossocial da Vara da Infância e da Juventude, possui a intenção de preparar os futuros pais adotivos, sendo esclarecidas suas dúvidas e expectativas. No curso são citadas, também, as dificuldades referentes a ter um filho adotivo, bem como as dificuldades no ato de adotar, além dos pretensos pais terem a oportunidade de ouvir depoimentos de crianças e adolescentes já adotados e de sua família. Sabendo disso, o presente Projeto de Lei também propõe que, quando a família do adotando decidir em devolver-lhe ainda no período do estágio de convivência, o magistrado apresente aos adotantes desistentes a opção para realização de um curso, semelhante ao de capacitação desempenhado no início do procedimento da adoção, de modo que, antes que ocorra a obrigação civil indenizatória e a cassação da

criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano. Assim, considerando o dano decorrente da assistência material ceifada do menor, defere-se o pedido de condenação dos requeridos ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete. - Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, por não ter o menor capacidade cognitiva neurológica de perceber a situação na qual se encontra, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.(Desª Hilda Teixeira da Costa) Ação civil pública - Ministério Público - Legitimidade ativa - Processo de adoção - Desistência - Devolução da criança após significativo lapso temporal - Indenização por dano moral - Ato ilícito configurado - Cabimento - Obrigação alimentar - Indeferimento - Nova guarda provisória - Recurso ao qual se dá parcial provimento. (Des. MR)

(TJ-MG - AC: 10481120002896002 MG, Relator: Hilda Teixeira da Costa, Data de Julgamento: 12/08/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/08/2014)

[7] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA PARA ADOÇÃO TARDIA ESTABELECIDO. CRIANÇA DEVOLVIDA. DANOS PSICOLÓGICOS IRREFUTÁVEIS. PENSÃO MENSAL CAUTELARMENTE FIXADA. NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS PSÍQUICOS. O estágio de convivência que precede adoção tardia se revela à adaptação da criança à nova família e, não ao contrário, pois as circunstâncias que permeiam a situação fática fazem presumir que os pais adotivos estão cientes dos percalços que estarão submetidos. A devolução injustificada de criança com 9 anos de idade durante a vigência do estágio de convivência acarreta danos psíquicos que merecem ser reparados as custas do causados, por meio da fixação de pensão mensal

(Agravo de Instrumento nº 2010.067127-1, de Concórdia, Câmara Especial Regional de Chapecó, Relator: Guilherme Nunes Born. Data de Julgamento: 25.11.2011)

habilitação, seja dado aos adotantes uma segunda oportunidade de tentarem a reconexão com a criança ou adolescente que seria seu filho futuramente.

O curso, o qual ocorrerá antes da sentença de inabilitação e de responsabilização civil dos adotantes, será proposto pelo juiz e conterá a participação tanto dos pais ainda não adotivos, quanto da criança ou adolescente a ser adotado. Isto porque a finalidade do curso é recriar os laços familiares e, para tanto, é necessária a participação de ambas partes, a fim que seja proporcionado maior tempo juntos e, com isso, maior interação entre eles.

No entanto, o curso supracitado, por se tratar de apenas uma sugestão apresentada pelo magistrado, não será obrigatório, estando a critério dos desistentes da adoção a aceitação ou não no seu comparecimento. Havendo aceitação ao comparecimento no curso, este terá o prazo de 4 meses. Não havendo aceitação na participação do curso, será feita a análise à inabilitação e à responsabilização civil por desistência da adoção por motivos não plausíveis ou injustificáveis. Convém ainda explicar que o fato do adotante aceitar a fazer o curso não o exclui da possibilidade em ser responsabilizado civilmente ou cassada sua habilitação da adoção futuramente. O curso vem somente como uma forma de tentar restabelecer o vínculo afetivo entre adotante-adotado, e não como um modo de isentar futuramente o adotante desistente da obrigação civil indenizatória ou da cassação da habilitação.

Portanto, em resumo, ao ser requerido a devolução do adotando ainda no período de estágio de convivência, por motivos injustificáveis e implausíveis, será proposto pelo magistrado um curso preparatório à adoção, a ser realizado de forma não mandatória conjuntamente entre os pretensos pais e filhos, de modo a restaurar a conexão entre eles. No entanto, se houver a presença no curso de reestabelecimento de vínculos e mesmo assim os pais insistirem na devolução, os

mesmos não estarão isentos do pagamento de indenização ou na cassação da habilitação para futura adoção. Nesse caso, a responsabilidade dos desistentes continuará sendo subjetiva, ou seja, existirá o devido processo legal - que ocorrerá mesmo se não aceito a participação no curso, uma vez que o devido processo legal trata-se de um Direito Constitucional - e também haverá a indispensável formação de provas que comprovem que os motivos da devolução do adotando, no estágio de convivência, foram infundados.

3 DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A adoção é um ato jurídico em que um indivíduo assume como filho alguém que não é de sua linha natural. Para que isso ocorra, os genitores da criança ou do adolescente devem ser destituídos do poder familiar, sem que haja alguém da família natural que possa cuidar, de maneira substituta, dos infantes. Conforme art. 41 do ECA, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes; É o ato de tornar alguém, que não é do mesmo sangue (não é de filiação natural), seu filho.

Para que a medida ocorra, dependerá de alguns requisitos previstos no ECA: Decisão judicial, prolatado pelo juiz, a fim de gerar efeitos; Consentimento dos pais biológicos, exceto se estes forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar; consentimento do adotando, se ele tiver mais que 12 anos de idade; Estágio de convivência, tempo em que será utilizado para verificar se o provável futuro adotado se identifica com a família; 16 anos mínimos de diferença de idade entre o adotante e adotado; e que os interessados tenham 18 anos ou mais.

A adoção é uma medida prevista na Lei da Adoção e no Estatuto da Criança e do adolescente. Nela e na Magna Carta, é explícito o direito a Dignidade da Pessoa Humana[8], o direito à convivência familiar[9] e o direito à personalidade.

O direito a convivência familiar é o direito que a criança ou adolescente possui em não ser retirado de seu âmbito familiar sem um motivo justo e justificável. Na adoção, esse direito mostra-se presente a partir do momento que o indivíduo é posto em uma família substituta que será capaz de proporcionar a ele essa convivência.

Para o sistema jurídico, toda pessoa dispõe de personalidade. Ter personalidade é ter uma proteção, e essa proteção se apresenta com os direitos de personalidade. Quem é pessoa, então, merece a proteção dos direitos da personalidade.

[8] Art. 227, CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 15, ECA. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 18, ECA. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

[9] Art. 19, ECA. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 229, CF. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Na forma do art. 1º do Código Civil, quem tem personalidade possui capacidade jurídica. Esta é a aptidão para a prática de atos jurídicos. É direito de personalidade tudo aquilo que é necessário para se ter dignidade.

Conforme o Enunciado 274, jornada de Direito Civil, os direitos de personalidade, os quais não são regulados de forma taxativa, são expressões da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, contida no art. 1º, inciso III, da CF[10]. Não se consegue conceituar dignidade, porque é um conceito aberto, mas os constitucionalistas reconhecem a possibilidade de afirmação de um conteúdo mínimo de dignidade: a) integridade física e psíquica; b) liberdade e igualdade; e c) o direito ao mínimo existencial. Ou seja, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o garantidor dos direitos que toda a pessoa deve receber, como os diretos fundamentais e sociais, a fim de assegurar uma existência humanitária e digna a todos.

Com o advento da Lei da adoção, esta passou a ser um instituto que visa proteger especialmente a criança e o adolescente que, por estarem em situações de mais vulnerabilidade, seus interesses devem estar acima do interesse dos pais ou da família, observado o princípio do melhor interesse para as crianças e adolescentes e a Doutrina da Proteção Integral. A finalidade da adoção é dar a criança e adolescente um lar e uma família, e não o contrário.

A Doutrina da Proteção Integral, no Brasil, não surgiu somente com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu também com vários textos antecedentes a esta: em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem,

[10] Art. 1º, CC. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
II - a dignidade da pessoa humana;

com a Declaração Universal dos Direitos das Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959 e a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, que consolidou tal doutrina, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1990. Para tal Doutrina, as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos postos a uma pessoa adulta, além de gozar de proteções advindas em Leis especiais, pelo fato de serem pessoas ainda em desenvolvimento, não devendo nunca esquecer que a eles deve ser dado tratamento de prioridade. Nesse contexto, a forma de aplicação da Doutrina da Proteção Integral, adotada pelo o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 3º[11], é oferecer todos os direitos fundamentais às crianças e adolescentes, que são carecidos devido a condição de ser humano, resguardando as leis especiais para elas instituídas por causa da condição de estar evoluindo. Desse modo, as crianças e adolescentes passam a ser considerados sujeito de direitos, capazes de usufruir seus direitos, exercer obrigações e ser responsabilizada civil e criminalmente por seus atos, e não mais objeto de direito dos pais.

Ao ser respeitado o direito a Proteção Integral aos infanto-juvenis, surge então o princípio do melhor interesse para os mesmos. Neste Princípio, ao ser analisado uma problemática que envolva uma criança ou adolescente e um adulto responsável a eles, a forma de se resolver o caso concreto é analisando o que seria melhor para a criança ou jovem. Nesse sentido, a autoridade judicial ao aplicar o Princípio posto, levará em consideração o que for mais benéfico, e este se prevalecerá.

[11] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

3.1 Dos motivos indefensáveis causadores da desistência da adoção e, consequentemente, da responsabilidade civil dos adotantes e cassação da habilitação

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 39, parágrafo 1º, traz que a adoção é um ato irrevogável. Ou seja, depois que ocorre o trânsito em julgado da sentença definitiva da adoção, esta não pode ser desfeita, por força do artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, que impede a distinção entre filhos biológicos e adotivos e, caso haja e o adotado seja devolvido, isso será tratado como crime, o de abandono de incapaz. Contudo, no artigo 35 do ECA mostra-se possível que a devolução do adotado sobrevenha antes de finalizar o processo da adoção, antes do trânsito em julgado.

Salienta-se que, na adoção, a devolução e a revogabilidade são institutos diferentes. A devolução do adotado ocorrerá ainda na fase da guarda provisória, não havendo ainda a sentença definitiva da adoção. Já, a revogação consiste em revogar algo que já se finalizou, e como no estágio de convivência não houve ainda a decretação da adoção, não se fala em revogação da adoção. Ao ser pedida a desistência da adoção, no estágio de convivência, surgirá a devolução da criança ou adolescente ao orfanato anteriormente ocupado. Já quanto a revogação, não poderá ocorrer, porque, caso acontecesse, seria após a sentença judicial prolatada pelo juiz, a qual concretizaria o ato adotivo, e isto não pode haver, por conta do caráter de irrevogabilidade da adoção previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se, porém, após a sentença definitiva de adoção a criança ou adolescente vir a ser abandonado pelos pais adotivos, esta conduta não é considerada revogação da adoção, mas sim abandono de incapaz, crime previsto pelo Código Penal.

Por inúmeras vezes, os motivos para a devolução são injustificáveis, como o fato da criança ou adolescente brincar com o brinquedo do outro irmão[12] ou roncar[13].

[14]Outros fatores que também deixam os pais adotantes inseguros em razão da adoção, é o fato da criança comer demais: crianças que vêm de casas de instituição chegam com a necessidade de comer tudo, porque têm medo que aquela comida que está ali seja que nem a do abrigo, contada e com horário certo. E, ao encontrar os filhos mexendo na geladeira a noite, os pais ficam assustados. Outra coisa que as crianças fazem e que deixam os adotantes inseguros é pegar tudo de todo mundo, porque nos abrigos não existe individualização, tudo é dividido entre os colegas (por exemplo, uma boneca. Ela não é só de uma única menina, e sim de todas. A boneca tem que ser dividida entre todas). Então os pais adotantes pensam que a criança está furtando os bens do coleguinha da escola, mas não é bem assim. Há crianças que também regridem, voltando a fazer coisas que não deveriam fazer em sua idade, como por exemplo, uma criança de 9 anos de idade que volta a querer a mamar ou volta a fazer xixi na cama.

No processo da adoção, é traçado pelo adotante o tipo de perfil que deseja para a criança e adolescente a ser adotado: a cor, o sexo, a idade, raça, se é portador de alguma doença ou não e se deseja/aceita que possua ou não irmãos a serem

[12] SPECK, S.; e QUEIROZ, E. F. O sofrimento psíquico nos casos de devolução de crianças adotadas. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 12, Belo Horizonte, 2014 [Mesa Redonda]. [S.l.: s. n.], Anais..., p.9. Disponível em: http://www.psicopatologiafundamental.org.br/uploads/files/vi_congresso/Mesas%20Redondas/60.2.pdf . Acesso em: 06 novembro. 2018. p. 9.

[13] Ibidem

[14] REDE ABRIGO. **O que é estágio de convivência para a adoção**. 2017. (4m47s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xOuyvYb9jx8>. Acesso em: 06 nov.2018

adotados conjuntamente. Porém, sabe-se que o processo da adoção é muito longo e demorado. Isso faz com que os adotantes ampliem o perfil escolhido, admitindo que a criança seja maior, ou de outra cor, raça ou sexo do que se pretendia inicialmente. Essa é uma das outras razões pelas quais ocorrem devoluções aos abrigos. Muitas vezes, o futuro pai ou mãe não está pronto para receber uma criança que não seja do mesmo sangue e, ao ampliar o perfil do adotado, a situação só piora.

Outros acontecimentos que fazem com que o órfão seja devolvido são: o estágio de convivência ocorre depois da vinda de um vinculo biológico, situação em que os adotantes já não estão mais interessados no ato; a não adaptação da criança à família (neste caso, quase sempre é posta a culpa no adotado); e a efetivação da adoção de outra criança que não era a que se queria.

4 DOS DANOS E DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Um dos requisitos para ocorrer a adoção é o estágio de convivência, previsto no art. 46 e parágrafos, do Estatuto da Criança e Adolescente. O estágio de convivência é o período em que se verificará a adaptação da criança ou adolescente com a família e no novo lar. Antes do procedimento da adoção se efetivar, os candidatos à adoção devem passar por esse estágio. Contudo, o possível adotando, ao ir para casa de seu(s) futuro(s) adotante(s), não possui conhecimento que essa etapa do procedimento de adoção é apenas uma fase provisória e que, se os adotante não o quiser mais, poderá devolvê-lo ao lar de acolhimento. Isto porque na Lei inexiste vedação legal abordando o assunto. Como dito, o que existe é o artigo 39, parágrafo 1º, do ECA, o qual consta que a adoção é um ato irrevogável. O momento que a adoção se torna irrevogável é quando já houve a sentença definitiva da adoção.

Sendo assim, a devolução do adotando no período antecedente a guarda definitiva representa uma lacuna na lei, que nada dispõe sobre.

Muitas famílias acabam desistindo injustificadamente da adoção durante o período de convivência, mesmo existindo um laudo de satisfeita adequação da criança ao novo lar, fazendo com que a crianças e adolescentes volte ao acolhimento institucional, obrigando-os a esquecer todo afeto que foi proporcionado durante o período de estágio probatório. O período de adaptação é necessário, mas não dá direito aos adotantes em devolver o adotando por motivo injustificado, fazendo-o que sofra rejeição novamente.

Importante sempre salientar que o estágio de convivência foi criado para a criança ou para o adolescente e não para os pais adotantes. Sendo assim, caso se queira fazer a devolução da criança ou adolescente, desde que seja feita a fim de corresponder com o melhor interesse da criança e adolescente e por um motivo plausível, o momento seria durante a guarda. A devolução poderia ocorrer unicamente se fosse para beneficiar o adotando. O artigo 35 do ECA dispõe que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado. Porém, esse artigo não é usado como fundamento legal para que ocorra a revogação da guarda provisória, dado que só se revoga algo que já está finalizado, o que não é o caso do estágio de convivência, porque neste período não houve ainda a decretação de adoção.

É certo que há muita discussão a respeito do tema estágio de convivência, que viria justamente para constatar se houve adaptação da criança na família e esta com aquela. No entanto, como dito acima, o Direito de Família, a Lei da Adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente já reconheceram, com base nos princípios relativos a matéria, como um direito relativo à criança e adolescente, que foi feito

para o favorecimento destes e exclusivamente para eles, e não para os pais. Esta mesma explanação é dada para que na devolução não seja aplicada a tese de exercício regular do direito.

Com o objetivo de tentar oferecer à criança ou adolescente uma vida de qualidade que seria dada a eles caso a adoção tivesse sido efetivada, já que foi dada a eles uma certa expectativa quanto a obtenção de vantagens, além da indenização moral e alimentar, existe, também, a possibilidade da responsabilização patrimonial pela perda de uma chance: a chance de ter tido a oportunidade de se adquirir benefícios advindos com adoção.

A indenização material dos adotantes viria para proporcionar aos adotandos devolvidos acesso a psicólogos que os ajudem a superar possíveis traumas. Algumas decisões judiciais também julgaram a favor de pagamento de prestações alimentares[15], em razão do ato ilícito cometido, uma vez que a adoção deve ser vista com seriedade. Uma pessoa que se propôs a adotar não pode simplesmente devolver a criança ou adolescente por motivos injustificáveis e banais, porque ser pai também significa enfrentar dificuldades, seja o filho adotado ou não, e, não sendo adotado, sendo biológico, os adotantes não o dariam para adoção.

[15] AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PAGAMENTO DE PENSÃO A MENOR ADOTADO - ABANDONO - NECESSIDADE DE AMPARO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. A presença dos requisitos estampados no art. 273 do CPC viabiliza a antecipação dos efeitos da tutela. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais Sendo a adoção medida excepcional e irrevogável, bem como dever da família assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária do menor, há de se deferir a antecipação de tutela para depósito de pensão à menor adotada e abandonada pelos seus pais.
(TJ-MG - AI: 10459130007865001 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento: 30/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2014)

Havendo dano que interfira no comportamento do devolvido, causando-o sentimento de tristeza, fracasso e perda da esperança de poder ser adotado outra vez, além da indenização moral, pode-se falar também em danos existenciais.

Dano moral é a lesão a direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, devendo-se desconsiderar o mero mal estar ou aborrecimento do cotidiano (III Jornada de Direito Civil - Enunciado 159). Tal dano é consistente em imposição de uma indenização cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade compensatória (compensar a vítima) e de punição ao infrator, a fim de prevenir que fatos semelhantes aconteçam, garantindo a segurança jurídica (caráter preventivo). Segundo o enunciado 458 da V jornada de direito civil, o grau de culpa do ofensor deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral. Como o presente Projeto de Lei é motivado por comprovadas devoluções injustas de crianças ou adolescentes aos orfanatos (comprovadas porque o fato será analisado por uma equipe psicossocial e jurídica), o dano moral será fixado com base no motivo injusto determinante à essa devolução.

O dano existencial é uma nova modalidade de dano imaterial, criado pelo direto italiano, e que pretende conferir maior proteção à pessoa em suas relações familiares, intelectuais, sociais e profissionais, garantindo a qualidade de vida do indivíduo. É o dano que afeta a vida de relações (presente) e o dano a projeto de vida (futuro). O primeiro caracteriza-se pela impedimento da vítima manter ou concretizar relações sociais, afetivas, profissionais em um nível de normalidade, uma vez que a criança, por sentir-se mal consigo e ficar com um sentimento de culpa como se tivesse feito algo errado, tem a tendência em se fechar no âmbito pessoal, não querendo manter relações com mais ninguém. O segundo afeta as expectativas da vítima com relação ao seu futuro, fazendo com que ela se sinta insuficiente para

conseguir algum emprego no futuro, ou até mesmo uma família. Distingue-se do dano moral, que trata da afetação/violação de um direito de personalidade, materializado pelo abalo à honra, constrangimento, angústia. O dano existencial trata da impossibilidade da vítima exercer uma atividade concreta na área pessoal, familiar, social que afete a concretização de sua dignidade. Os danos existenciais se refletem não apenas no âmbito moral e físico, mas comprometem também suas relações com terceiros.

Uma vez que foi solicitada a desistência da adoção no período de estágio de convivência, a criança poderá sofrer um trauma de difícil reparação, já que esta já estava se acostumando com a família que viria a ser sua. Não há qualquer norma que proíbe a desistência da adoção na fase de estágio de convivência, porém essa prática atinge as crianças, devendo os pretensos adotantes serem responsabilizados. O estágio de convivência não pode ser visto como um estágio probatório a ser a favor do adotante, porque não é. O estágio foi criado para priorizar o , o qual é o detentor de direitos e princípios legais.

Assim, o presente Projeto de Lei visa defender a possibilidade de responsabilização civil do pretendente à adoção caso desista da medida durante o estágio de convivência, desde que a causa da desistência não seja um motivo razoável e proporcional. Não sendo a motivação forte o suficiente, será defendida a possibilidade de indenização por meio de danos morais, obrigação alimentar e dano material, caso necessário.

A responsabilização civil se formou a partir da mudança da CF/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambos foram importantes para representar a criança e adolescente no âmbito da família, sem que pudessem ser tratados com desigualdade entre outros filhos biológicos e fazendo com que os pais adotantes

supra as necessidades materiais e afetivas que a criança precisa. Caso algum desses dois lhe falte, a jurisprudência já reconhece como sendo uma infração à CF/88 e do Código Civil, devendo resultar em danos morais, existenciais e/ou patrimoniais.

Com a renovação do Código Civil de 2002, o direito de família passou a se comunicar com a responsabilidade civil, porque trouxe a aquele a possibilidade de ressarcimento pelos danos causados no âmbito familiar. Antes, o direito de família era parte do Código Civil, porém não se difundia à responsabilidade civil, uma vez que esta, apesar de estar no mesmo código, possuía um caráter mais patrimonial, enquanto o direito de família possuía um caráter mais existencial. No entanto, com o advento do dano moral e de sua crescente utilização, passou-se a reconhecer a possibilidade de compensar um direito violado que pertencia ao direito de família e, mais futuramente, foi reconhecido que a responsabilidade civil não só se comunica com o direito de família em casos que envolvem danos morais, mas também danos patrimoniais e existenciais. Assim, levando em conta os direitos da criança e do adolescente no âmbito do direito de família, possibilitou a responsabilização de causadores de danos tanto no âmbito cível quanto no penal.

Com a previsão dos artigos 927 e 186 do CC, entende-se que aquele que causar dano a outrem precisa reparar o dano causado. Esse dano não precisa acontecer com a intenção de causar mal ao outro, e nem precisa haver a comprovação da má fé, porque também viola direito e causa dano a outrem aquele que age por ação ou omissão voluntária, imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, aquele que culposamente devolve uma criança ou adolescente para o abrigo deve responder pelo ato, uma vez que nesta atitude se feriu diversos direitos inerentes a eles, como o direito a não descriminalização (se fosse filho biológico, não ocorreria a devolução), o direito a pertencer a uma família, além do direito a

dignidade da pessoa humana. E mesmo que a devolução ocorresse tendo em vista o mais benéfico e o melhor interesse para a criança ou adolescente, uma vez que não convém ao adotado ficar em uma família que não o quer, deveria haver uma compensação a estes caso se sintam atingidos com a decisão de voltarem para o orfanato, porque ocorre muitas vezes de o adotando se apegar à família e não entender o porquê de ter sido mandado de volta para a instituição, além de correr o risco de serem ridicularizados pelos colegas, pelo fato de terem sido devolvidos e, como já dito anteriormente, ficar constado em seu histórico, dificultando que alguém o queira adotar.

A maioria dos casos de devolução do adotando para o acolhimento institucional dá-se por motivos intrínsecos aos adotantes, e não à criança ou adolescente. Porém, pode ocorrer do adotando não se dar bem com a família, assim como esta não dar bem com ele. Quando isso sobrevém, pode acontecer do adotando não ficar abalado psicologicamente. À vista disso, no campo da responsabilidade civil pela devolução do adotando durante o estágio de convivência, sendo observado que foi respeitado o Princípio do melhor interesse e que a criança ou adolescente devolvido não se sentiu comovido com a devolução, a ele não caberá, como efeito da desistência da adoção, o direito a indenização.[16]

[16] AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ADOÇÃO. DEVOLUÇÃO DA MENOR DURANTE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS. RECURSO DOS ADOTANTES. ALEGAÇÃO DE MEDIDA DESPROPORCIONAL E PUNITIVA. ACOLHIMENTO. ADOÇÃO TARDIA. PROCESSO INTERROMPIDO JUSTIFICADAMENTE. AUSÊNCIA DE ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA À NOVA FAMÍLIA. REABRIGAMENTO QUE ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA MENOR. ABUSO DE DIREITO NÃO EVIDENCIADO. ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS INAPLICÁVEIS. A desistência da adoção durante o estágio de convivência não é uma ilegalidade e somente gera o dever de indenizar quando constatado o abuso de direito. No entanto, nos casos em que o reabrigamento é devidamente justificado através de parecer técnico que demonstra a dedicação e empenho de todos os envolvidos, mas a total ausência de adaptação da menor à nova família, o fracasso do estágio de convivência não

Por isso, verifica-se a possibilidade de uma responsabilização civil perante os adotantes desistentes, inclusive, pois, com essa desistência, há a quebra de um dos principais princípios do Direito Constitucional e do Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Há também a ruptura do Princípio da Afetividade. Este princípio, apesar de estar implícito na Constituição Federal, se revela em muitos artigos da lei, sendo ele necessário para a proteção do jovem, de modo que não o falte afeto e não ocorra o abandono afetivo.

Com essa medida, tenta-se corrigir não apenas o problema do abandono, ensejando em responsabilização material e/ou extrapatrimonial, em forma de dano moral, precisando existir, com a existência do evento danoso, prejuízo à integridade psicológica, mas também assegura a utilização mais eficiente da lei da adoção e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5 DA CASSAÇÃO DA HABILITAÇÃO DOS ADOTANTES

Com vistas a melhorar a eficiência dos objetivos da adoção, que é trazer ao adotando um lar, o presente Projeto de Lei altera alguns artigos pertinentes a adoção, mais precisamente em relação a devolução do adotando ao abrigo durante estágio de convivência e a cassação da habilitação dos adotantes que desistem da medida durante o processo adotivo por motivo insustentável, permitindo que sejam aplicadas indenizações de caráter moral ou patrimonial, que serão empregadas a critério da autoridade julgadora. A quantia indenizatória, caso haja, será depositada

---

gera conduta passível de indenização, pois atende ao princípio do melhor interesse do menor. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-SC - AI: 40297625720178240000 Lages 4029762-57.2017.8.24.0000, Relator: Rubens Schulz, Data de Julgamento: 26/04/2018, Segunda Câmara de Direito Civil)

em poupança vinculada ao juízo até que o(a) menino(a) completasse a idade imposta pelo juiz.

No que diz respeito à cassação da habilitação dos adotantes que desistem da medida durante o estágio de convivência, existia um Projeto de Lei em trâmite que define as medidas aplicáveis diante da desistência. Trata-se do Projeto de Lei número 370/2016, de autoria do senador Aécio Neves, que pretende acrescentar no art. 46 do Estatuto da Criança e Adolescente o artigo 46-A, que disporá sobre a desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência e como se dará a cassação da habilitação. Para isso, as justificativas dadas pelos abdicantes para poderem renunciar a medida serão analisadas. No artigo criado, a cassação da habilitação do pretendente à adoção se dará sem prejuízo a outras possíveis responsabilizações cíveis.

Sobre a cassação da habilitação, houve um caso em 2016 de um casal, Marcos e Paula, que, após passar por todas as fases necessárias para adquirir a habilitação de adoção, foi chamado para conhecer os irmãos DIONES e ISABELI, que na época contavam com 11 e 2 anos de idade, respectivamente. O casal teve dois encontros com as crianças, com duração de 1 hora cada. Após um tempo aproximado de 30 dias, as crianças foram chamadas para passar o dia na residência dos adultos, situação em que fez Marcos e Paula desistirem da adoção, pelos seguintes motivos: Isabeli não parava de chorar e não queria se alimentar direito, além de terem insinuado que a menina parecia possuir problemas neurológicos. Já Diones pulou na piscina da residência do casal, mesmo sendo avisado a não fazer, além de ter gasto R$ 250,00 em jogos no celular, além de tomar muitos medicamentos, fato este que dificultaria a cuidar do menino. Com a desistência da ação de adoção, houve uma sentença, que determinou a exclusão do casal do cadastro nacional de adoção, por

julgar que Marcos e Paula não estavam aptos a serem pais, uma vez que na primeira dificuldade, se é que possa se chamar de dificuldade, desistiram. Depois de um certo tempo, o casal entrou novamente com um pedido de habilitação para adoção, situação que foi deferida. O Ministério Público, então, interpôs recurso de apelação, inconformado com a sentença que reconheceu a nova habilitação dos adotantes, sustentando que ao casal falta maturidade para poder adotar. Ao recurso foi dado provimento, e o casal continuou com sua habilitação cassada. O caso foi julgado em 2018.[17]

Veja a Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. SENTENÇA REFORMADA. Embora a sentença tenha declarado os requerentes habilitados para a adoção, extrai-se dos autos que não apresentam condições para tanto, vez que desistiram dos protegidos após a primeira dificuldade encontrada, demonstrando não estarem preparados para a assunção da responsabilidade pretendida. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077189793, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 30/05/2018).[18]

17https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585713256/apelacao-civel-ac-70077189793-rs/inteiro-teor-585713267.

18 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul RS. AC 70077189793. PEDIDO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. [...]. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data de Julgamento: 30/05/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2018.

Não obstante, diante da formalização legal da desistência injustificada da adoção ainda no estágio de convivência e a convergência das regras de adoção para melhores resultados, faz-se necessária a modificação da Lei, a fim de que esta possa garantir o melhor interesse para a criança ou adolescente.

Importa frisar que o estágio de convivência é uma medida relativa aos adotandos e que não pode ser usado como forma de se alegar exercício legal do direito dos pais para devolver a criança ou adolescente. O adotando é o real possuidor do direito de estágio de convivência, com o fim de conhecer melhor sua futura provável família, sendo os direitos das moças e rapazes prevalecentes sobre os direitos do adotantes. Sendo assim, em caso de injusta devolução pelos pais adotantes aos abrigos, a estes não será possível alegar que a devolução é um direito adquirido pelos pais a partir do momento que participam do estágio de convivência.

É claro que haverá casos em que a adoção realmente será vista como conflitante, tanto para os prováveis futuros pais, como para os prováveis futuros adotandos. Nestes casos, será feito um estudo com uma equipe psicossocial e jurídica que, ao analisar os desistentes e os motivos que o levaram à desistência, terá objetivo de dizer se o motivo para a devolução foi plausível, bem como se foi benéfico para o devolvido. O prazo para tal estudo será estipulado pelo juiz, no tempo que este entender ser necessário. No entanto, há casos, como já falado, em que a devolução durante o estágio de convivência é feita por motivo indesculpável, devendo, nestes efeitos, ocorrer a responsabilização civil no caso do arrependimento da providência.

Vale explicar que a equipe psicossocial e jurídica, chamada de equipe multidisciplinar, é formada por profissionais ligados a área da psicologia, da assistência social e da jurídica. Todos da equipe trabalharão juntos, com o intuito de contribuir ao juízo na sua decisão. Como a equipe multidisciplinar será responsável

por conversar, buscar entender os motivos e orientar a criança ou adolescente e aqueles que fariam parte da sua família, ao final será entregue ao juiz um laudo, que dirá qual a situação que se passa no caso.

6 CONCLUSÃO

Portanto, a depender da situação, reconhece-se o direito ao pagamento de danos morais, patrimoniais ou obrigações alimentícias aos devolvidos às instituições e, com isso, excluir as pessoas que não obtinham a certeza se realmente queriam adotar ou se tratava de uma necessidade passageira.

Por derradeiro, importante ponderar que a obrigação indenizatória dos adotantes na devolução dos adotandos às instituições não deve aparecer no contexto de impedir que sejam feitas outras adoções, muito menos fazer com que a quantidade de pretendentes a adoção seja reduzido. A indenização deve vir como uma forma de "peneirar" quais são as pessoas que realmente possuem o interesse na adoção, pessoas que, mesmo possuindo o conhecimento de que a lei é voltada ao favorecimento e melhor interesse das crianças e dos adolescentes e que a devolução destes, caso não dê certo a adoção, enseja na possibilidade de diversos tipos indenizatórios, ainda sim queiram adotar e estejam dispostas a correr o risco, pois a vontade de dar aos meninos um lar é maior do que o medo da adoção não dar certo.

Assim, este Projeto de Lei decorre da injustificada desistência do processo da adoção pelos adotantes, ainda no estágio de convivência, caso em que poderá ocorrer abalos psicológicos ao desistido. Havendo a previsão, em lei, de uma possível responsabilização civil nos casos de desistência, os adotantes, antes de se sujeitarem à iniciativa da adoção, irão raciocinar inúmeras vezes sobre a possibilidade da mesma,

uma vez que existirá uma norma positivada que comprometerá bens materiais do desistentes.

São essas razões, com vista a proporcionar um tratamento adequado às crianças e adolescentes que foram levados de volta para a adoção, após a renúncia dos adotantes, que nos levam a submeter a Vossa Excelência o Projeto de Lei anexo.

PARECER DE MÉRITO ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº_____

(art. 39, 46-A, 46-B e 46-C da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990)

I- Análise do problema que o ato normativo visa solucionar

De modo a conferir efetividade às adoções e resolver o transtorno que surge na vida das crianças e adolescentes que são devolvidos para as instituições, os quais primeiramente já foram abandonados pela família biológica e acabam por acontecer pela segunda vez, verificou-se a necessidade de alterar alguns dos dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

A sociedade deve começar a enxergar a adoção como uma busca de uma família para o adotando, ao invés de ser busca de um filho para a família. O enfoque é na criança e no adolescente, de acordo com os diversos princípios do ordenamento jurídico atual, quais sejam o da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse para crianças e adolescentes, o da proteção integral, da não descriminalização, o direito à convivência familiar e o direito à personalidade.

Nesse sentido, intenta-se salientar a importância do estágio de convivência e tentar reforçar, de novo, na mente da população, que este veio para solucionar o

problema das crianças e adolescentes, que já se encontravam, antes da medida adotiva, com variados pensamentos negativos acerca da probabilidade de futura formação de uma família e, agora, que sofreram um segundo abandono, podem se encontrar pior. A devolução das crianças e adolescentes aos lares de acolhimento acarretam diversos problemas na vida pessoal destes, devendo serem indenizados pelas pessoas responsáveis que cometeram tais atos. A reparação poderá ser moral, material e/ou alimentar, carecendo o juiz analisar sempre a situação no caso concreto.

II- Objetivo que se pretende alcançar

Em relação à quantidade de adoções que ocorre no Brasil e diante da lei vigente atualmente, a porcentagem de crianças e adolescentes a serem devolvidos tende a intensificar, fazendo-se mister a alteração do ECA. A alteração objetiva-se em reconhecer quais pessoas realmente possuem o interesse na adoção, mesmo sabendo que se esta não der certo, poderá ensejar em indenização.

Além disso, com a indenização, busca-se o intuito de prover isonomia entre os filhos biológicos e adotivos, mesmo já sendo um direito de ambos previsto na Constituição Federal, e fazer com que os desistentes da adoção não aleguem, ao devolverem a criança ou o adolescente, exercício regular do direito de devolução, por não existir lei regulando sobre.

O valor da indenização será destinado a um fundo vinculado ao juízo até que a criança ou adolescente complete a idade determinada pelo juiz.

Apesar do efeito inibidor que a cassação da habilitação dos adotantes e o

dever indenizatório dos mesmos pode causar, qual seja o desencorajamento no exercício da atividade livre e espontânea da adoção, é necessário acentuar que tais consequências só serão alcançadas se, e somente se, a devolução do adotando ainda na fase de convivência for feita com base em motivos desmerecidos, motivos estes que não carecem uma atitude tão brusca por parte dos pais adotantes. Ressalta-se também que, ainda que a devolução tenha sido injusta, caso não tenha dano moral configurado, por este dano moral não deverá haver indenização, já que, do mesmo modo que os adotantes não criaram laços com o adotando, o contrário igualmente não ocorreu, sendo até melhor para os jovens devolvidos permanecerem no lar de acolhimento, do que com uma família que não os quer.

III- Identificação dos atingidos pelo ato normativo

Todas as pessoas que passaram por todo o processo de habilitação da adoção e que, no estágio de convivência, desistiram da medida, sem justa causa ou justo motivo, devolvendo a criança para o lar de acolhimento. Também farão parte do rótulo de atingidos pelo ato normativo as crianças ou adolescentes devolvidos às instituições de acolhimento, uma fez que a medida abrigará seus direitos.

IV- Quando couber, a estratégia e o prazo para implementação

A estratégia para implementação estará a cargo das Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa; e de Constituição, Justiça e Cidadania, e se iniciará após a edição do ato.

PROJETO DE LEI DO SENADO NO , DE 2018

Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DISPOSICÕES PRELIMINARES

Art. 1o Este Projeto de Lei altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolscente), para dispor sobre medidas aplicáveis caso ocorra desistência da adoção, durante os estágio de convivência, e tem por objetivos centrais promover:

I- a cassação da habilitação dos pretendentes à adoção que desistem do processo ainda no estágio de convivência e devolvem a criança para a instituição; e

II- a responsabilização cível moral e/ou material aos desistentes da medida.

Art. 2º A Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com as mudanças do art. 39 e parágrafos e acrescidos dos art. 46-A, 46-B e 46-C:

"**Art.** 39 A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

~~Parágrafo único. É vedada a adoção por procuração.~~

~~§ 1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) vigência~~

§ 1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na

família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei, sem prejuízo do disposto no art. 46-A.

~~§ 2o É vedada a adoção por procuração. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência~~

§ 2o Se deverá recorrer à adoção apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

§ 3o Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

§ 4o É vedada a adoção por procuração.

Art. 46-A. A desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência ensejará a cassação da habilitação do pretendente à adoção, sem prejuízo de eventual responsabilização cível.

§ 1o A justificativa para a desistência de adoção será avaliada pelo juiz, com apoio de uma equipe interprofissional ou multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e da Juventude e levará em consideração, dentre outros fatores, a idade da criança ou adolescente e o tempo transcorrido no estágio de convivência até a desistência.

§ 2o Se o juiz constatar a inexistência de justificativa ou, considerando a avaliação da equipe multiprofissional, decidir pela insubsistência da justificativa apresentada, poderá cassar a habilitação do pretendente à adoção.

§ 3º O restabelecimento da habilitação ocorrerá fundamentadamente conforme regulamento.

§ 4o Todos os casos de desistência de adoção durante estágio de convivência, justificados ou não pela família substituta, assim como a respectiva avaliação da equipe referida no § 1o , deverão ser comunicados pelo juízo ao Ministério Público e ao Conselho Nacional de Justiça, para efeito de estatística e acompanhamento.

Art. 46-B Ao ser pedida a desistência da adoção ainda no estágio de convivência, antes que seja proferida a sentença indenizatória ou de cassação da habilitação dos adotantes, o magistrado recomendará aos pais desistentes a participação em um curso presencial, com duração de quatro meses, de modo a conferir aos adultos uma oportunidade de restabelecimento do vínculo afetivo entre adotante e adotado

§ 1o A feitura do curso não será obrigatória, de forma que os adotantes poderão recusar a proposta do juiz. Porém, caso seja aceita, a presença no curso de restabelecimento de vínculos não isentará os adotantes de futura responsabilização civil ou da cassação da habilitação, caso ainda haja a intenção em desistir da adoção. Em todos os casos, será observado o devido processo legal, devendo conter nele os meios comprobatórios de que a desistência da adoção ocorreu de forma injustificada.

Art. 46-C. A desistência da adoção durante o estágio de convivência por motivo insignificante poderá ensejar em responsabilização cível moral, patrimonial ou alimentar, de acordo com a necessidade da criança ou adolescente devolvido e com o entendimento do juízo a quem se responsabiliza pela causa

§ 1º A quantia indenizatória, caso haja, será depositada em poupança vinculada ao juízo até que o indenizado complete a idade imposta pelo juiz.

§ 2º Será feito um estudo com equipe psicossocial e jurídico que dirá, após a análise, se o motivo para a desistência da medida da adoção foi relevante, bem como benéfico para a criança ou adolescente. O prazo para tal estudo será convencionado pelo juiz pelo tempo em que se achar necessário."

Art. 3o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de setembro de 1991, 169º da Independência e 102º da República

QUADRO COMPARATIVO

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO
Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:	Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência.
	Art. 2º A Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com as mudanças do art. 39 e parágrafos e acrescidos dos art. 46-A e 46-B:

Título I	
Das Disposições Preliminares	
Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.	Art. 1o Este Projeto de Lei altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre medidas aplicáveis caso ocorra desistência da adoção, durante os estágio de convivência, e tem por objetivos centrais promover: I- a cassação da habilitação dos pretendentes à adoção que desistem do processo ainda no estágio de convivência e devolvem a criança para a instituição; e II- a responsabilização cível moral e/ou material aos desistentes da medida.

Subseção IV	
Da Adoção	
Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.	
~~Parágrafo único. É vedada a adoção por~~	

~~procuração.~~	
§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência	§ 1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei, sem prejuízo do disposto no art. 46-A.
§ 2º É vedada a adoção por procuração. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência	§ 2o Se deverá recorrer à adoção apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.
§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)	
	§ 4º É vedada a adoção por procuração.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)	
~~§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.~~	
§ 1ª O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência	
~~§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido~~	

~~no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.~~	
§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência	
§ 2º-A. O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)	
~~§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência~~	
§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado	

fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)	
§ 3º-A. Ao final do prazo previsto no § 3º deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4º deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)	
§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência	

§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)	
	Art. 46-A. A desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência ensejará a cassação da habilitação do pretendente à adoção, sem prejuízo de eventual responsabilização cível, conforme o disposto no art. 46-B e seus parágrafos.
	§ 1o A justificativa para a desistência de adoção será avaliada pelo juiz, com apoio de uma equipe interprofissional ou multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e da Juventude e levará em consideração, dentre outros fatores, a idade da criança ou adolescente e o tempo transcorrido no estágio de

	convivência até a desistência.
	§ 2o Se o juiz constatar a inexistência de justificativa ou, considerando a avaliação da equipe multiprofissional, decidir pela insubsistência da justificativa apresentada, poderá cassar a habilitação do pretendente à adoção.
	§ 3o O restabelecimento da habilitação ocorrerá fundamentadamente conforme regulamento.
	§ 4o Todos os casos de desistência de adoção durante estágio de convivência, justificados ou não pela família substituta, assim como a respectiva avaliação da equipe referida no § 1o , deverão ser comunicados pelo juízo ao Ministério Público e ao Conselho Nacional de Justiça, para efeito de estatística e acompanhamento.

	Art. 46-B Ao ser pedida a desistência da adoção ainda no estágio de convivência, antes que seja proferida a sentença indenizatória ou de cassação da habilitação dos adotantes, o magistrado recomendará aos pais desistentes a participação em um curso presencial, com duração de quatro meses, de modo a conferir aos adultos uma oportunidade de restabelecimento do vínculo afetivo entre adotante e adotado.
	§ 1o A feitura do curso não será obrigatória, de forma que os adotantes poderão recusar a proposta do juiz. Porém, caso seja aceita, a presença no curso de restabelecimento de vínculos não isentará os adotantes de futura responsabilização civil ou da cassação da habilitação, caso ainda haja a intenção em desistir da adoção. Em todos os casos, será observado o devido processo legal, devendo conter nele os meios comprobatórios de que a desistência da adoção ocorreu de forma injustificada.
	Art. 46-C. A desistência da adoção durante o estágio de convivência por motivo insignificante poderá ensejar

	em responsabilização cível moral, patrimonial ou alimentar, de acordo com a necessidade da criança ou adolescente devolvido e com o entendimento do juízo a quem se responsabiliza pela causa
	§ 1o A quantia indenizatória, caso haja, será depositada em poupança vinculada ao juízo até que o indenizado complete a idade imposta pelo juiz.
	§ 2o Será feito um estudo com equipe psicossocial e jurídico que dirá, após a análise, se o motivo para a desistência da medida da adoção foi relevante, bem como benéfico para a criança ou adolescente. O prazo para tal estudo será convencionado pelo juiz pelo tempo em que se achar necessário.
	Art. 3o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. DIPONÍVEL EM: http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:constituicao:1988;1988; Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm; Acesso em:

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente; Disponível em: http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1990;8069; Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lei garante o direito à convivência familiar e comunitária.** Disponível em: http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das- criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria/a-lei-garante-o-direito-a-convivencia- familiar-e-comunitaria. Acesso em: 17 set. 2018.

CAVALIERI, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FELIPE, Luiza. A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência. 2016. 42 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2016.

FRANZOLIN, Cláudio José. Danos existenciais à criança decorrentes de sua devolução à justiça pelos guardiões ou pelos pais adotivos. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3955.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47. https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585713256/apelacao-civel-ac-70077189793-rs/inteiro-teor-585713267

MARTINS, Bruna Caroline. A devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. 2008. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

OLIVEIRA, Letícia dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. 2015. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília –. Marília, 2015

OLIVEIRA, Shimênia Vieira de. Devolução de crianças, uma configuração: entre a fantasia da adoção e a vinculação fraturada. 2010. 64 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.

SATO, Jéssica Hitomi. Adoção tardia e os direitos humanos da criança e do adolescente. 2015. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

TRENTIN, Fernanda. Devolução da criança em processo de adoção durante o estágio de convivência. https://jus.com.br/artigos/61018/devolucao-da-crianca-em-processo-de-adocao-durante-o-estagio-de-convivencia/1. Acesso em: 17 set. 2018.

.

O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDFT

Camila Gouveia Montandon França

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar se é possível a configuração de danos morais decorrentes da recusa da operadora de plano de saúde em custear coberturas assistenciais médicas. Para tanto foi analisado o sistema híbrido brasileiro de assistência à saúde com enfoque principalmente na saúde suplementar estudando as espécies de operadoras de planos de saúde e os tipos de planos de saúde, bem como suas coberturas assistenciais. Por vezes, as operadoras de planos de Saúde vêm negando aos seus beneficiários a cobertura de assistência médica. Tem-se discutido na doutrina e na jurisprudência se essa negativa é apta a gerar danos morais. O presente trabalho analisou julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que apreciaram situações em que os beneficiários tiveram a cobertura assistencial médica negada. Concluiu-se que o descumprimento contratual nem sempre será apto a gerar danos morais devendo-se analisar cada caso concreto a fim de verificar se o inadimplemento da avença foi capaz de atingir os direitos de personalidades do beneficiário, bem como o seu estado psicológico ultrapassando o mero dissabor cotidiano.

Palavras-chave: Saúde. Contrato. Recusa. Consumidor. Dano Moral.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental previsto no art. 6º e art. 196 da Constituição Federal (CF). A ordem constitucional estabelece que a assistência à saúde poderá ser prestada tanto pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde

(SUS), quanto, pela sociedade privada, por intermédio das operadoras privadas de assistência à saúde. Os contratos privados de saúde são firmados por inúmeros cidadãos brasileiros juntos a operadoras de planos de saúde formando uma rede integrada que deve receber proteção especial uma vez que tutela o bem jurídico maior de todos que é a saúde.

A saúde suplementar cresceu vertiginosamente nos últimos anos em razão do sucateamento do sistema público de saúde guardando dessa forma uma função social. Os cidadãos ao contratarem o plano privado de saúde tem a expectativa de garantir efetivamente o seu acesso à saúde. No entanto, por vezes essa expectativa é esfacelada quando as operadoras de planos de saúde negam acobertar a assistência à saúde. A recusa da operadora implica em diversas consequências jurídicas como por exemplo o cumprimento forçoso da obrigação de fazer ou a obrigação de reparar por danos materiais. Tem-se discutido se a recusa da operadora de plano de saúde é apta a gerar danos morais.

A possibilidade de o descumprimento contratual ensejar a configuração de danos morais é tema controverso na doutrina e na jurisprudência. Parcela da doutrina admite a ocorrência dos danos morais decorrentes do descumprimento do contrato, enquanto, outra não. Os tribunais brasileiros vêm firmando o entendimento de que, em regra, o descumprimento contratual, por si só, não é apto a gerar danos morais. No entanto, pode-se encontrar julgados em que o Poder Judiciário entendeu pela ocorrência dos danos morais decorrentes do descumprimento contratual. O presente trabalho monográfico visa esclarecer se a recusa das operadoras de planos de saúde em custear a cobertura de assistência à saúde é apta a gerar danos morais indenizáveis, e, em caso positivo, em quais circunstancias a indenização será devida.

O tema se mostra relevante uma vez que a promoção da saúde para a população brasileira ainda é um desafio a ser enfrentado, conforme pode-se observar pela grande demanda de ações ajuizadas pelos consumidores de planos de saúde que ainda continuam sendo lesados pelas operadoras de planos de saúde quando têm sua cobertura assistencial negada de forma injusta e inexplicável. A presente pesquisa se deteve a estudar, mediante revisão bibliográfica, as recusas de assistência à saúde no âmbito do Distrito Federal uma vez que esse ente federativo detém grande demanda de ações judiciais relacionadas a essa matéria.

O primeiro capítulo do presente trabalho, abordará o direito à saúde, mais precisamente no âmbito da Saúde Suplementar, primeiramente no plano Constitucional. Em seguida, em uma abordagem no plano infraconstitucional, demonstrará as legislações aplicáveis, quais sejam, a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1988 - LPS), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), RN Nº 428/2017.

Será também exposto a conceituação do contrato de plano privado de assistência saúde e as suas características: caráter mutualístico, formal, oneroso, bilateral, típico, aleatório, de massa, de adesão, cativo de longa duração e integrante de rede. Por fim, será apresentado o conceito de operadora de plano de saúde e as suas espécies, os tipos de planos de saúdes e, consequentemente, as coberturas médicas assistenciais por ele acobertadas.

O segundo capítulo, se ocupará a estudar acerca do conceito do dano moral, bem como estampará que a discussão acerca da indenizibilidade dos danos imateriais é questão já superada por meio do art. 5, incisos V e X da CF de 1988 que consagrou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por

dano material, moral ou à imagem, bem como a responsabilização por dano material ou moral do agente que violar direitos de personalidade de outrem.

Após, será explanada as finalidades da reparação civil, quais sejam, compensatória, preventiva e punitiva e, ainda, os modos de fixação do quantum debeatur a serem utilizados pelo julgador. Em seguida, será analisada as consequências jurídicas tradicionalmente advindas do descumprimento contratual, dentre elas, as arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes, das perdas e danos, juros e correção monetária. Por último, será analisada a controvérsia da indenizibilidade por danos extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento contratual.

O terceiro capítulo analisa a possibilidade ou impossibilidade de configuração dos danos morais decorrentes da negativa de cobertura das operadoras de plano privado de assistência à Saúde por meio do estudo de julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Os julgados foram separados em dois grandes grupos. O primeiro consiste em julgados em que os magistrados assentaram pela configuração dos danos morais. Elencou-se quatro hipóteses recorrentes de recusa, quais sejam, a cirurgia plástica pós-bariátrica, exame prescrito pelo médico, medicamento, urgência e emergência. Um precedente foi selecionado para cada hipótese de recusa a fim de representar e exemplificar a matéria.

O segundo grupo abordou julgados em que os magistrados decidiram pela inocorrência dos danos morais decorrentes da recusa da operadora de plano de saúde. Elencou-se, também, quatro outras hipóteses de recusa, quais sejam, urgência ou emergência não comprovadas, procedimentos com fins estéticos, interpretação razoável de cláusula e cirurgia eletiva. Um julgado foi selecionado para cada hipótese de recusa a fim de representar a controvérsia.

Portanto, o tema será analisado à luz da dogmática jurídica consistente na interpretação constitucional acerca do direito à saúde, bem como da fixação do sentido das normas infraconstitucionais relativas à proteção do consumidor e a regulação das atividades das empresas que atuam no setor de saúde suplementar no Brasil, especialmente quanto à pratica ilícita e corriqueira de recusa indevida de cobertura de assistência privada à saúde.

2. A SAÚDE SUPLEMENTAR

2.1. O sistema híbrido de assistência à saúde brasileiro

A saúde de acordo com a Organização Mundial da Saúde é o complemento de bem-estar físico, mental e espiritual do ser humano, e não apenas a ausência de afecções e doenças.[1] Nesse sentido, pode-se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como a melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.[2]

A CF prevê a saúde como direito fundamental de segunda dimensão, isto é, como direito social que deve ser garantido por meio da atuação positiva, direta ou indireta, do Estado, conforme preceitua os artigos 6º[3] e 196[4]. Assim, nesse sentido

[1] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946. Disponível em:http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 22 maio 2018

[2] AMARAL, Claudio José. ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, Bahia, Ano 99, v. 892, p. 59, fev. 2010

[3] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018

incumbiu-se o texto constitucional de elencar a saúde, na seção II, Capítulo II, Título VIII, como sendo um dos programas da seguridade social, ao lado da previdência e assistência social. A ordem constitucional brasileira estabelece que os serviços de assistência à saúde podem ser prestados, tanto, pela rede pública, quanto pela rede privada.

A assistência à saúde prestada pela rede pública está prevista no artigo 198 da CF e é regulada pela Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde). Tal serviço público é oferecido pelo Estado por meio do SUS, podendo ser integrado, mediante contrato de direito público ou convênio, por entidades privadas em caráter complementar (art. 4º, § 2º, Lei nº 8.080/190 c/c art. 199, § 1º, da CF). O art. 200 da CF elenca as atribuições e as competências do Sistema único de saúde. A rede pública de saúde deve garantir o acesso universal e igualitário, sem qualquer oneração, às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme comando do art. 196 da CF.

A assistência à saúde prestada por entidades privadas, prevista no art. 199 da CF, qualificada como suplementar e costuma ser prestada por meio de planos privados de assistência à saúde que são contratados diretamente ou indiretamente, pelo beneficiário[5], de forma onerosa. Tais contratos são regulados pela LPS e, também, pelo CDC, conforme já pacificado por meio do Enunciado Sumular do

[4] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018

[5] CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 20, n.80, p. 214, out./ dez. 2011

Superior Tribunal de Justiça (STJ) nº 608.[6] Ocorre que muito embora neste âmbito à saúde seja prestada pela iniciativa privada, sua atividade está sujeita ao controle, fiscalização e regulamentação pelo Poder Público, diante da relevância pública que essa atividade representa, nos termos do art. 197 da CF.

O papel de regular, disciplinar e controlar as atividades que garantem a assistência suplementar é exercido pela ANS, autarquia de regime de natureza especial, criada pela medida provisória nº 1.928 em 1999, reeditada pela medida provisória nº 2.012-2, com a posterior promulgação da Lei n. 9.961/2000. Cabe enfatizar que a ela não incumbe regular todos os serviços de saúde, tais como: prestadores de serviços, médicos, hospitais, medicamentos, mas tão somente as operadoras de planos de assistência à saúde.[7] A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (art. 3º, Lei n. 9.961/2000).

O art. 35-A da LPS, com a alteração da medida provisória nº 2.177-44/2001, prevê a criação do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) órgão encarregado de traçar as políticas de saúde, tendo como competência fixar diretrizes gerais para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras de

[6] Para a maioria da doutrina a Lei de Planos de Saúde tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor. Assim, haveria a aplicação subsidiaria do CDC à lei de planos de saúde, nos termos do art. 35-G da Lei de planos de saúde. Entretanto, alguns doutrinadores, à exemplo de Claudia Lima Marques e Adalberto Pasqualotto, não há que se falar em subsidiariedade e sim em complementariedade, diálogo das fontes. (GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 160)

[7] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 66

planos de saúde.[8] É órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, aprovar o contrato de gestão da ANS, supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS, fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar e deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões

Assim exposto esse quadro, pode-se afirmar que coexistem dois sistemas de prestação de serviços à saúde: o realizado pela rede pública, oferecido pelo Estado por meio do SUS e pelas entidades privadas que o integram mediante contrato público ou convênio, e pela rede privada, formada somente pelas entidades privadas, incumbindo ao cidadão optar por um ou por outro. A opção pelo sistema privado ou pelo suplementar não tem significado de renúncia ou disponibilização, qualquer que seja a forma, do serviço e respectivo atendimento estatal.[9]

2.2. Contratos de assistência privada à saúde

2.2.1. Conceito do contrato de assistência privada à saúde

A prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano de saúde ou seguro saúde.[10] O art. 1º, inciso I, da LPS define o contrato de plano de saúde como sendo: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite

[8] SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. Doença Preexistente nos Planos de Saúde. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74-75

[9] ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes. Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23

[10] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. v. 31. p. 131

financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.[11]

Nesse sentido, pode-se conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus

[11] A redação original do art. 1º da Lei nº 9.656/1998 dispunha que esse diploma deveria incidir sobre as pessoas jurídicas de direito privado cujas atividades consistisse em operar planos ou seguros privados de assistência à saúde. A redação do art. 1º, aliás, mantinha fidelidade à ementa da lei, que previa destinar-se a dispor sobre seguros privados de assistência à saúde. Era preciso, então distinguir o que era os planos de saúde dos seguros saúde, tarefa das quais o legislador desincumbiu nos dois incisos do §1 do art. 1 da Lei nº 9.656/1998, distinção que pode ser sintetizada nos seguintes termos: a) plano privado de assistência à saúde: negócio por meio do qual a pessoa jurídica de direito privado se obriga a prover o destinatário da sua atividade, mediante o pagamento de contraprestações pecuniárias periódicas, de atendimento médico em rede própria ou de terceiro, arcando com o respectivo ônus financeiro, b) seguro privado de assistência à saúde: pacto por meio do qual sociedade seguradora se compromete o pagamento de prêmio, a cobrir os riscos da assistência à saúde, mediante livre escolha , pelo segurado, do prestador do respectivo serviço, obrigando-se em reembolsar as despesas a esse título, efetuados por último. Ocorre que o art. 2º da Lei n º9.656/1988 passou a prever a possibilidade de os planos de assistência à saúde reembolsarem as despesas médicas de seus consumidores, de modo que a distinção entre essas duas modalidades de contrato, quais sejam, seguro-saúde e contratos de plano de saúde tornou-se muito tênue. Com o advento da medida provisória nº 2.177-44/2001, que alterou o art. 1º da Lei nº 9.656/1998, aboliu a distinção entre seguro-saúde e os planos de saúde. Assim, parece evidente que a extensão dos contornos definidos para os planos de saúde permite abarcar os seguro-saúde, de modo que os dois possuem o mesmo regramento jurídico. (SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188-191). O seguro-saúde é fiscalizado pela SUSEP, sob a regulamentação do CNSP

financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas.[12]

Cuida-se de negócio jurídico que experimentou vertiginoso incremento nas últimas décadas, em razão da deterioração do sistema público de saúde e do elevado custo de serviços privados de assistência médica e odontológica, tornando-se extremamente frequente na realidade cotidiana.[13]

2.2.2. Características

Os contratos de Plano Privado de Assistência à saúde possuem as seguintes características: caráter mutualístico, formal, oneroso, bilateral, típico, aleatório, de massa, de adesão, cativo de longa duração e integrante de rede.

2.2.2.1. Caráter Mutualístico

A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja a sua modalidade, é o mutualismo, que consiste na pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira[14] mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum, que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos.[15]

Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou

[12] FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 167

[13] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188

[14] A Carteira, de acordo com o art. 1º, inciso III, da Lei nº 9.656/1998, é o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que trata a Lei de Planos de Saúde, com todos os direitos e obrigações nele contidos

[15] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197

por meio de grupos constituídos.[16] O fundo é formado pelos pagamentos mensais, ou contraprestações mensais, realizadas por cada um dos consumidores pagantes. A viabilidade de sua manutenção depende do equilíbrio entre as prestações pagas e os serviços cobertos. Esse fundo comum, portanto, pertence a todos contratantes e não à operadora, mas será gerenciado por esta para custear as despesas de assistência médica, hospitalar e de todos os participantes.[17]

O valor da contraprestação pecuniária é precificada a partir de cálculos atuariais que levam em conta, além do índice de sinistralidade de faixa etária, dados estatísticos quanto à permanência mínima média de um beneficiário em um plano, dentre outros.[18] Deve haver, portanto, um equilíbrio entre as contraprestações e o dispêndio da operadora de plano de saúde para que seja garantido o atendimento médico, hospitalar, odontológico, se e quando necessário, custo que será absorvido pelo fundo comum[19]

O consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo de assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos planos de saúde, pois, diante da impossibilidade de

[16] LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31

[17] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197-199

[18] FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 212

[19] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198-199

evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-lo com os outros.[20]

Assim, pode-se afirmar que o contrato de assistência à saúde é um contrato de cooperação, pois há um objeto em comum, cuja existência pode até ter significados distintos para os contratantes, mas que só subsiste por meio da cooperação. Ao contrário dos contratos de oposição em que os interesses dos contratantes são opostos como ocorre, por exemplo, na compra e venda, pelo qual alguém quer desfazer-se de uma coisa e outrem deseja aquela coisa.[21] No entanto, a operadora de plano de saúde é uma empresa capitalista, assim, sua função, além de gerir o fundo de tal modo a permitir sua solvabilidade e liquidez, é também gerar lucro para distribuí-lo aos sócios ou acionistas.[22]

2.2.2.2 - Formal

No Brasil prevalece o princípio da liberdade da forma, isto é, admite-se como regra, que a simples manifestação da vontade independentemente do seu modo de expressão, é suficiente para aperfeiçoar o contrato. Todavia, em alguns casos a lei irá exigir determinado revestimento formal para sua celebração, situação na qual a forma legalmente estabelecida eleva-se à condição de requisito de validade do negócio jurídico[23]

[20] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198
[21] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198
[22] LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31
[23] LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima, PFEIFFER, Roberto Augusto

o que se impõe do art. 107 do Código Civil (CC) que assim dispôs: " A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir." Dessa forma, preterida a forma prevista em lei o negócio jurídico será nulo, nos termos do art. 166, inc. IV, do CC. O art. 16, § único, da LPS estabelece que devem as operadoras entregar ao consumidor cópia do instrumento contratual, do regulamento ou das condições gerais do plano e determinou a forma escrita. O contrato de plano privado de assistência à saúde é, portanto, contrato formal. [24]

Na hipótese de a forma escrita não tiver sido cumprida no contrato de plano de saúde não será a melhor solução a declaração de nulidade decretando-se perdas e danos em favor do consumidor. O consumidor ficaria desprotegido sendo mais interessante a ele a prestação do serviço contratado, que diz salvaguarda de sua vida e saúde, do que uma indenização incapaz de pôr a salvo os seus bens mais preciosos. A melhor solução está na aplicação do princípio da conservação dos contratos consagrado no art. 6º, V e art. 51, § 2º, ambos, do CDC[25]

2.2.2.3. Contrato Oneroso

Os contratos são classificados quanto ao sacrífico patrimonial das partes em onerosos e benéficos. Os contratos onerosos são aqueles que trazem desvantagens para os dois contratantes, pois ambos sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de proveito alcançado). As duas partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigi-lo. Há uma prestação e uma contraprestação.

Castellanos. Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32

[24] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 225

[25] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.226

Os contratos gratuitos ou benéficos são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação[26]

O consumidor, ou alguém por ele, deve efetuar o pagamento das contraprestações que formam o fundo comum e quando efetivado o sinistro deve a operadora de plano de saúde efetuar o pagamento das despesas, além de manter quadro de profissionais. O consumidor então quando munido do contrato de plano de saúde aufere a proteção da sua saúde e as operadoras de planos de saúde ao administrarem o fundo comum auferem lucro. Portanto, tanto o consumidor quanto a operadora de plano de saúde auferem vantagens e desvantagens, o que permite classificar esse tipo de contrato como oneroso.

Os contratos gratuitos devem ser interpretados restritivamente, nos termos do art. 114 do CC[27], ou seja, o sentido e o alcance apresentado pela expressão literal da norma jurídica é restringido.[28] Os contratos onerosos comportam a interpretação extensiva que amplia o sentido e o alcance apresentado pelo que dispõe literalmente o texto da norma jurídica.[29] Os contratos de plano privados de assistência à saúde como visto são onerosos devendo então serem interpretados extensivamente. Deverão ainda serem interpretados de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC, a fim de proteger a parte mais fraca da relação jurídica.[30]

O contrato para ser caracterizado como oneroso dispensa saber se quem irá pagar as contraprestações será o consumidor ou terceiro, como ocorre por exemplo, quando os empregadores patrocinam planos em favor de seus empregados. Exceção

[26] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 226-227
[27] TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 21
[28] VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 3. p. 54
[29] NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324
[30] NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 325

a essa regra são as operadoras de autogestão, nos quais a operação é realizada diretamente por pessoa jurídica, por intermédio do seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, em benefício das pessoas com quem mantém vínculo (como seus sócios, administradores e empregadores), com patrocínio integral.[31]

2.2.2.4. Contrato Bilateral

O contrato unilateral é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro. O contrato é bilateral quando os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos, de forma proporcional.[32] Não há dúvida que o contrato de plano de saúde é bilateral, pois o pagamento de prestação pelo consumidor é causa da obrigação da operadora de proporcionar ao primeiro a cobertura dos riscos de assistência à saúde[33]

Os contratos bilaterais admitem a aplicação da exceção do contrato não cumprido[34] e da clausula resolutiva tácita[35]. Com efeito, nenhum dos contratantes poderá antes de cumprida a sua obrigação exigir do outro o implemento da obrigação do outro, nos termos do art. 476 do CC. No mesmo sentido, em razão da

[31] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 229
[32] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 228
[33] TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3. p. 20
[34] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231
[35] A exceção de contrato não cumprido, ou exceptio non adimpleti contractus, ocorre quando um dos contratantes se recusa a cumprir sua obrigação até o adimplemento da prestação da outra parte. (LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163)

dependência recíproca das obrigações, nestas avenças o descumprimento culposo da obrigação de uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato[36]

Ocorre que o legislador, atento à relevância dos bens jurídicos objeto dos planos de saúde e da especial vulnerabilidade dos seus consumidores, mitigou o rigor de tais implicações, proibindo a suspensão e a rescisão unilateral desses contratos, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de sua vigência, mesmo assim desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência (art. 13, parágrafo único, inciso II, da LPS).[37]

2.2.2.5. Contrato Típico

Os contratos atípicos são modelos negociais que não têm previsão expressa na legislação. São os contratos livremente elaborados pelos contratantes, que assim preferem não utilizar os modelos legais, para autorregulação de interesses específicos. A atipicidade tem fundamento expresso no art. 425 do CC a qual dispõe que "é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código". A atipicidade concretiza-se na livre dispensa dos tipos

[36] Na execução do contrato, cada contraente tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações avençadas. Essa faculdade pode resultar de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes a convencionam, diz-se que ebstipulam a cláusula resolutiva expressa ou pacto comissório expresso. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da cláusula resolutiva. Neste caso, diz-se que é implícita ou tácita. Em todo contrato bilateral ou sinalagmático presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita, autorizando o lesado pelo inadimplemento a pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos. O art. 475 do Código Civil proclama, com efeito: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2017, v.3. p. 182).

[37] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232

contratuais; na possibilidade da fusão de tipos contratuais; por fim, na criação de novos tipos contratuais[38]

Contrato típico é o reconhecido formalmente pelo direito, segundo modelo fixado pelo legislador (compra e venda, permuta, doação, empréstimo, mandato, locação, fiança, empreitada etc.). O modelo contratual não é rígido, pois a lei deixa margem de inovação criadora às partes contratantes e, ainda, de rejeição, por estas, das normas dispositivas ou supletivas, que apenas incidem no contrato, se não houver estipulação contratual em contrário.[39]

Nos planos de saúde, diante da magnitude dos interesses envolvidos, da sua importância individual e social e em face dos inúmeros abusos cometidos no passado recente, o Estado interveio coarctando a liberdade contratual, mediante a regulação desses contratos. Entretanto, não é pacífica a classificação do plano de saúde como contrato típico, a exemplo de Antonio Joaquim Fernandes Neto que o classifica como atípico misto, possuindo alguns elementos típicos acompanhados de modificações parciais.[40]

2.2.2.6. Contrato Aleatório

Os contratos bilaterais se subdividem em comutativos e aleatórios. São comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. São aleatórios os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e

[38] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232
[39] LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94
[40] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232

suscetível de estima prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disso ficam dependentes de um acontecimento incerto.[41]

A álea consiste na incerteza da prestação principal do consumidor, a qual depende da ocorrência de evento futuro e incerto. Trata-se de uma prestação de risco, ou seja, o fornecedor não precisará prestar o serviço se não acontecerem os eventos previstos, e o consumidor somente terá a cobertura, se, porventura, ocorreram as situações preestabelecidas no contrato.[42]

Os contratos de plano de saúde, embora seja certa a prestação a cargo do consumidor, o qual, como regra obriga-se ao pagamento de determinado valor mensal, é intuitivo que incerta será a obrigação da operadora, que pode não correr, ou, ocorrendo, ser desproporcional, para mais ou para menos, à obrigação assumida pelo consumidor. Por isso mesmo, fixa-se o valor da prestação do consumidor com base em cálculos atuariais, de tal modo que esse tipo de contrato não representa, para a operadora, risco maior que aquele existente nos contratos comutativos, já que a desproporção possível de ocorrer diz respeito à prestação devida a cada consumidor individualmente, sendo o montante da sua obrigação para com a respectiva carteira perfeitamente suscetível de prévia determinação e exato conhecimento[43]

Os contratos de planos de saúde são aleatórios, pois o consumidor paga um preço fixo por uma expectativa de prestação dos serviços de cobertura assistencial, em patamares previamente estipulados pelo fornecedor, com a possibilidade real de nem mesmo utilizar os procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos

[41] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.3. p. 59

[42] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 134

[43] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 235

contratados. O contrato se justifica, no entanto, para dar segurança ao consumidor de que, caso ocorra o evento, terá assegurada a cobertura contratada.[44] A contraprestação fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes.[45]

Nos contratos aleatórios não tem lugar para a rescisão contratual por lesão[46] que ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157 do CC). Ocorre que parte da doutrina entende ser possível a constatação do instituto da lesão em contratos aleatórios desde que a prestação de uma das partes seja desproporcional à álea do negócio. Assim, embora não se possa considerar lesionário o contrato tão somente por obrigar o consumidor a efetuar o pagamento para obter prestação que nem sabe se e quando ocorrerá, ou mesmo em que medida dela necessitará, nada impede que se afirme lesionário quando o valor da prestação a cargo do consumidor for desproporcional à cobertura oferecida pela operadora, gerando lucro excessivo para esta.[47]

O valor da prestação é determinado pela operadora de plano de saúde por meio de cálculo atuarial. Diante disso, pode ser que seja fixada prestações que excedam o necessário para cobrir os custos e remunerar adequadamente seus serviços, impondo desvantagem exagerada para o consumidor, com o aumento abusivo de seus lucros. Em situações como essa poderá o consumidor a aplicar a

[44] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 134

[45] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 413-415

[46] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3. p. 59

[47] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 236

regra do art. 6º, inc. V, primeira parte do CDC, modificando o contrato para restabelecer o seu equilíbrio.[48]

2.2.2.7. Contratos de massa e de adesão

Os contratos de massa são resultados da sociedade de consumo, que pressupõe a produção, a oferta e o consumo de produtos e serviços em larga escala, como forma de viabilizar, sob o ponto de vista econômico, a própria subsistência do sistema. O ser humano deixa de ser identificado na sua individualidade, para ser despersonalizado e visto como mero integrante de um todo, uma massa.[49] Tratar o tema de planos de saúde, importa em falar de contratos celebrados uniformemente entre empresas e milhões de consumidores não havendo como negar que se tratam de contratos de massa[50]

O contrato de adesão consiste na técnica utilizada para a conclusão dos contratos de massa e se caracteriza pela impossibilidade de um dos contratantes discutir as cláusulas podendo somente aceitá-las ou rejeitá-las prevalecendo, assim a vontade da outra. Inexiste a fase pré-negocial, a denominada fase de pontuação, com a mera adesão da parte mais fraca às cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra. Ao contrário do contrato paritário ao qual os contraentes estão em pé de igualdade e podem discutir os termos contratuais.[51]

---

[48]

[49] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 236-237

[50] LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104

[51] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238-239

A rigor, a principal diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão não está no ato de formação, porque em ambas a aceitação é adesiva. A diferença está na fase pré-contratual. Nos contratos de adesão, não há tratativas, como há nos contratos paritários; não há a possibilidade do aderente influenciar a formação da proposta, como ocorre nos demais contratos[52]

O CDC define que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 54, caput, CDC). A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato (art. 54, § 1º, do CDC). A cláusula resolutória é admitida nesse tipo de contrato desde que a escolha ao consumidor (art. 54, § 2º, do CDC). Dessa forma, o contrato de plano de saúde é contrato de adesão uma vez que o consumidor não tem a possibilidade de discutir as cláusulas contratuais.

A par das inúmeras vantagens que oferece em termos de racionalização, rapidez, segurança, economia etc., o contrato de adesão possibilita, lamentavelmente, a prática de toda sorte de abusos[53] Em virtude disso o CDC estabeleceu mecanismos de proteção ao consumidor que serão explorados a seguir.

Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º, do CDC). Descumprido este mandamento o contrato não obrigara o consumidor, nos termos

[52] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 163

[53] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 164



do art. 46 do CDC, pois a clareza é requisito absoluto que decorre dos princípios da transparência e boa-fé objetiva[54]

Os contratos de adesão poderão conter cláusulas que impliquem em limitação de direito do consumidor, todavia deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, § 2º, do CDC). Entretanto, se a cláusula contratual limitadora de direito implicar em desvantagem excessivamente exagerada para o consumidor e, por conseguinte, vantagem para o fornecedor, restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio serão declaradas nulas de pleno direito (art. 51, inc. IV, c/c art. 51, § 1º, inc. II, do CDC).[55]

O contrato de adesão quando apresentar clausulas ambíguas ou contraditórias, deverão ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, conforme manda art. 47 do CDC e o art. 423 do CC. Assim, caso as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48, CDC), qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30, CDC), ainda que ministradas por prepostos ou representantes autônomos do fornecedor (art. 34, CDC) entre em contradição com o formulário deverá ser aplicada a interpretação mais favorável ao consumidor[56]

Ainda, estabelece o art. 51, inc. I, do CDC que qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos serão nulas de pleno direito. O fornecedor apresenta-se ao mercado de

[54] CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. p. 164-166
[55] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 241
[56] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242

consumo na condição de quem está em disponibilidade para contratar e deverá fazê-lo com todos aqueles que se disponham a aderir às condições publicamente ofertadas, sob pena de malferir o art. 39, inc. II do CDC. O art. 14 da LPS estabeleceu que a operadora de plano de saúde não poderá recusar assistência ao consumidor em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência. Trata-se de rol exemplificativo, sendo certo que ninguém por nenhuma poderá causa pode ser impedido de contratar plano de saúde[57]

Por fim, cumpre dispor que as disposições dos contratos de adesão que fazem referência a documentos anexos a ele, tais como, tabelas de preços, de reajustes por mudança de faixa etária, comunicados quanto a restrições de utilização de rede credenciada, limitação de direitos, coparticipação do consumidor, só vinculará o consumidor se este, efetivamente, a eles tiver tido acesso, cabendo prova ao fornecedor (art. 46 do CDC).[58]

2.2.2.8. Cativo de longa duração

Os contratos cativos de longa duração são aqueles em que utilizam métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes[59]

[57] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242-243
[58] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 243
[59] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 79

Assim os contratos cativos de longa duração exigem a coexistência de três elementos. O primeiro deles é a duração prolongada no tempo, pois trata-se de serviços cuja prestação se estende no tempo, de execução continuada ou trato sucessivo. O segundo deles é a relevância do objeto. O contrato tem por objeto serviços relevantes, porquanto capazes de proporcionar ao consumidor e à sua família acesso à utilidades capazes de satisfazer suas necessidades, como o crédito, a educação, o lazer, a saúde, a segurança, a informação, o bem-estar, entre outras, que integram, de maneira inseparável, o modo de vida do ser humano contemporâneo.[60]

O último elemento trata-se da catividade do consumidor que consiste no aprisionamento do consumidor à relação contratual, não formalmente, não porque uma cláusula contratual o impeça de desvencilhar-se dela, mas por que, após longo tempo de vínculo, o contrato passa a fazer parte da sua vida, dá-lhe segurança ou acesso a utilidades que de outra forma não teria. O encerramento do vínculo já não mais lhe interessa, porque traria enormes desvantagens, contexto que o coloca na condição de dependência do contrato.[61]

Quem contrata plano de saúde, não o faz para obter apenas o tratamento imediato de doença de seja portador - basta atentar para os prazos de carência e a exclusão de cobertura para doenças e lesões preexistentes - mas para acautelar-se dos riscos à saúde.

Contrata quando está saudável, esperando obter o tratamento necessário quando precisar. Conclui-se então que se trata de um contrato que perdura no tempo. O contrato de plano de saúde visa prestar serviços de assistência à saúde que é essencial a qualquer ser humano, portanto, possui como objeto necessidade

[60] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-245
[61] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-245

relevante. Por último, o encerramento do vínculo contratual não é de interesse do consumidor, pois necessita de ter sua saúde protegida[62] Vê-se então que as relações que se forma entre fornecedores e consumidores de serviços de assistência à saúde geram uma rede obrigacional complexa, destinada a prolongar no tempo classificados, portanto, como contrato cativo de longa duração.[63]

2.2.2.9. Integrante de rede

Há muito se tem percebido que relações contratuais estruturalmente diversas (com partes e objetos próprios e distintos) podem gerar vínculos e consequências jurídicas além daqueles decorrentes de um considerado isoladamente. Trata-se de figura jurídica introduzida pela pós-modernidade, que demonstrou incapazes os princípios contratuais clássicos, particularmente o da relatividade dos efeitos do contrato, para resolver inúmeros problemas originados desse novo panorama, sob pena de ocasionar prejuízo à parte mais frágil da rede.[64] Porquanto que o princípio relatividade dos contratos estabelece que os contratos vinculam somente as partes que o firmaram, todavia dada a complexidade das relações contratuais que, em alguns casos, envolvem terceiros com interesses relacionados ao objeto contratado sem que com isso, estes terceiros figurem na relação contratual, surge a necessidade de se rever o referido princípio, a fim de que se possa em determinados casos afastá-lo ou mitigá-lo.[65]

[62] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244
[63] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 133
[64] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247
[65] GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. Revista Jurídica UNICURITIBA, Curitiba, v., 2, n. 29, p. 275, 2012

A rede contratual pode ser entendida como a coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém ligados por um articulado e estável nexo econômico, funcional e sistêmico[66] Assim, a rede contratual vista a partir da noção de sistema não permite uma eventual confusão com um simples conjunto de contratos. É necessário que entre dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexo objetivo, que justifique a percepção de uma rede.[67]

Este fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados implica consequências jurídicas[68] A principal delas é de que um contrato ao inserir-se numa rede contratual consiste na criação de deveres e obrigações de todos aqueles que integram, partes em cada um dos contratos individuais, em relação à rede e aos demais integrantes desta[69] O vínculo funcional entre os contratos que formam o sistema não retira desta forma de relação os deveres inerentes qualquer outra relação contratual, porém, a possibilidade de o terceiro sucumbir às consequências do não cumprimento do avençado por um dos contratantes se mostrará mais evidente, já que sua participação na rede se justifica também pela busca de lucro e espaço no mercado.[70]

Os contratos de planos de saúde integram uma rede contratual de prestação de serviços. Com efeito, há nesse sistema contratual, por um lado, certo número de

[66] LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes contratuais no mercado habitacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 137

[67] LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 832, p. 103, fev. 2005

[68] LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes contratuais no mercado habitacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128

[69] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 248

[70] GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. Revista Jurídica UNICURITIBA, Curitiba, v. 2, n. 29, p. 277, 2012

consumidores, destinatários da atividade prestada por determinada operadora, que compartilham entre si os riscos de assistência à saúde e, do outro, além da operadora, uma série de pessoas, físicas e jurídicas- profissionais liberais, da área da saúde, clinicas, laboratórios, hospitais, etc. – cuja atividade consiste em exercer, por conta da operadora, os serviços contratados.[71]

2.2.3. Operadoras de planos de saúde

A operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde, nos termos do art. 1º, inc. II, da LPS.

As pessoas jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal.[72] A sociedade empresária (art. 44, inc. II, CC), denominadas no CC de 1916 como sociedade comercial, são pessoas jurídicas de direito privado, ou seja, instituída pela vontade de particulares, visando a atender os seus interesses e uma finalidade lucrativa, mediante exercício de atividade empresária, nos termos do art. 982 do CC[73] A sociedade simples (art. 44, inc. II, CC), antiga sociedade civil, é pessoa jurídica de

[71] SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 249
[72] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 245
[73] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 260

direito privado que, também, visa um fim econômico (lucro), mediante o exercício de atividade não empresária, como por exemplo, as cooperativas[74]

As operadoras de plano privado de assistência à saúde também podem autuar como cooperativas que operem produto, serviço ou contrato de Plano Privado de Assistência à saúde, bem como entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração (Art. 1, § 2º, LPS). As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde (art. 1, § 3º, LPS). É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos ou a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde. (art. 1, § 3º § 4º, LPS).

As operadoras são classificadas, de acordo com o art. 10 da Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 39/2000, conforme seu modelo organizacional, em: administradora, cooperativa médica, cooperativa odontológica, autogestão, medicina de grupo, odontologia de grupo e filantropia.[75]

A administradora, encontra-se disciplinada pela Resolução Normativa – RNº 196, de 14 de Julho de 2009, que modificou a RDC n. 39 nesse ponto, e é a modalidade de operadora que administra planos de assistência à saúde, sem assumir o risco, decorrente da operação desses planos de assistência à saúde. O risco, nesse

[74] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 260

[75] A lei nº 10.185/2011, também, prevê outra modalidade de operadora de plano de saúde, qual seja, as seguradoras especializadas em seguro saúde que são as empresas que comercializam o seguro enquadrado como plano privado de assistência à saúde, devendo, para tanto, realizar essa atividade com exclusividade, isto é, sem fazer o mix de carteiras com outros ramos. (art. 1, § 3º, Lei 10.185/2011). (GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 149-150)

caso, é atribuído à empresa que contrata a administradora, pois não comercializa planos, à medida que sua atividade consiste em exercer, como empresa terceirizada, a gestão operacional (gerenciamento de rede, autorização de procedimentos etc.) de uma outra operadora que a contrata. Portanto, não possuem rede própria, credenciada ou referenciada, nem tampouco é a titular de consumidores dos planos que administra[76]

As cooperativas médicas e cooperativas odontológicas, previstas nos artigos 12 e 13 da RDC n. 39/2000, são sociedades de pessoa sem fins lucrativos, constituídas na forma da Lei n. 5.764/1971, que opera plano privado de assistência médica. São fundadas pelos próprios prestadores de serviços, médicos e dentistas, que, como particulares atuam junto às cooperativas[77]

A operadora de autogestão encontra-se disciplinada pela Resolução Normativa – RN n. 137/2006, que modificou a RDC n. 39 nesse ponto, representa as entidades que operem planos em sistema fechado, com público específico, podendo estar ou não vinculadas a empresas, públicas e privadas, a sindicatos ou a associações e, em alguns casos, operando o plano por meio de departamentos, normalmente de recursos humanos, do ente ao qual estejam vinculadas[78] A incidência da lei consumerista sobre os serviços de assistência à saúde prestados pelas entidades de autogestão era tema controverso, mas que foi pacificado no ano 2018 por meio do enunciado sumular do STJ n. 608, que assim dispôs: "aplica-se o Código de Defesa

[76] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 148

[77] CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo. v. 20, n.80, p. 220, out-dez. 2011

[78] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31. p. 149



do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

As modalidades de medicina de grupo e de odontologia de grupo, estão previstas nos artigos 15 e 16 da RDC n. 39/2000, são aquelas pessoas jurídicas que operam os planos privados de assistência médica ou aquelas que exclusivamente cuidem de planos odontológicos. As filantrópicas, nos termos do art. 17 da RDC n. 39/2000, são as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como da declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente.

2.2.4 - Tipos de planos e suas coberturas assistenciais

Os tipos de planos privados de assistência à saúde previstos na LPS são: plano-referência (art. 10), plano ambulatorial (art. 12, inciso I), plano hospitalar (art. 12, inciso II), plano hospitalar com plano obstétrico (art. 12, inciso III) e plano odontológico (art. 12, inciso IV).

O plano referência é o plano mais completo e abrangente previsto pela LPS. É um plano de oferecimento obrigatório a todas Operadoras, exceto as de autogestão e odontologia de grupo (art. 10, § 3º, LPS)[79]. Compreende a assistência de todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e

[79] GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31, p. 150-151

emergência, nos termos do art. 20 da Resolução Normativa – RN n. 428, de 7 de novembro de 2017. Registra-se que podem estar excluídos da cobertura assistencial do plano-referência, respeitada a cobertura mínima do art. 10 da LPS, de acordo com o §1 do art. 20 da referida Resolução e com o art. 10, inc. I ao X, da LPS, alguns tratamentos, procedimentos e fornecimentos, tais como, tratamento clínico ou cirúrgico experimental, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos e o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.

O plano ambulatorial compreende os atendimentos ilimitados realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, nos termos do art. 21 da RN n. 428/2017.

O plano hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, nos termos do art. 22 da RN n. 428/2017.

—O plano hospitalar com plano obstétrico além da cobertura prevista no plano anterior, abrange os procedimentos da gravidez e parto, nos termos do art. 23 da RN n. 428/2017. Compreende a cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante o pré-parto, parto e pós-parto imediato entendido como o período que abrange 10 (dez) dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico, cobertura

assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto e opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

O plano odontológico compreende cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente, cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia e cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral, sendo obrigatória a cobertura dos atendimentos caracterizados como urgência e emergência, conforme normas específicas vigentes sobre o tema, nos termos do art. 24 da RN n. 428/2017.

Por fim, ainda a possibilidade de se criar um novo segmento de acordo com a disponibilidade do fornecedor e do interesse do paciente/consumidor exigindo-se que o contrato estipule claramente quais são os eventos cobertos e excluídos (art. 16, inciso VI)[80].

3. O DANO MORAL

3.1. Conceito

Não há, na ordem jurídica brasileira, um conceito legal de dano moral. Nesse particular, as leis dizem pouco, e não poderiam, na verdade, dizer muito sem prejudicar sua natural evolução. Quem quiser conhecê-lo deve ir à doutrina e aos

[80] CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 20, n.80, p. 217, out./dez. 2011

julgados[81] Originada do direito francês, a expressão dano moral está consagrada pelos diversos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Há críticas à expressão dano moral por limitar o verdadeiro significado do instituto, porquanto a expressão dano à pessoa seria mais apropriada por abranger todas as violações experimentadas pelo ser humano, especificamente aquelas que não contenham repercussão patrimonial. A doutrina utiliza ainda como sinônimas as expressões dano extrapatrimonial, prejuízo moral, dano imaterial, dentre outras[82]

O conceito de dano moral não é consenso entre os doutrinadores. Para parcela da doutrina é tudo aquilo que não corresponde a uma diminuição patrimonial utilizando-se do critério negativo da exclusão.[83] Nesse sentido, Wilson Melo da Silva define danos morais como lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.[84] José de Aguiar, na mesma linha de argumentação, afirma que quando o dano não corresponder as características do dano patrimonial, haverá a presença do dano moral[85]

Maria Helena Diniz define o dano moral como a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocado pelo fato lesivo.[86] Orlando Gomes ensina que o dano moral ocorre quando se verifica lesão a um bem jurídico

[81] FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 359

[82] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 129

[83] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.129

[84] [84]SILVA, Wilson Melo da Silva. O Dano Moral e sua reparação. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969. p. 13

[85] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de janeiro: renovar, 2006. p. 992

[86] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: saraiva, 2010. v. p. 90

insuscetível de apreciação econômica, como, por exemplo, quando são lesados direitos personalíssimos[87] Para Pontes de Miranda o dano não patrimonial é o que atinge o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio[88]

Luis Felipe Salomão aponta que o dano extrapatrimonial surge, como uma espécie de dano autônomo, cuja gênese, conforme doutrina hodierna, é a violação a um direito da personalidade, o que vai além da mera ofensa ao patrimônio da qual decorra dor e sofrimento. Por isso, não se encontra vinculado necessariamente à redução da esfera econômica do lesado, podendo exsurgir, por óbvio, independentemente da existência de dano material[89]

Arnoldo Medeiros Fonseca conceitua o dano moral como todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Envolvem, por exemplo, os danos morais as lesões à direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadores de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico[90]

Parte da doutrina entende ser insatisfatório o método da exclusão. As modernas concepções buscam a definição de dano moral por intermédio de seus elementos essenciais, em razão de bens como a vida, a integridade física e intelectual, paz, tranquilidade, espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor,

[87] GOMES, Orlando. Obrigações. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49
[88] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. v. 6. p. 30
[89] SALOMÃO, Luis Felipe. Direito privado: Teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 421
[90] FONSECA, Arnoldo Medeiros. Dano Moral. In: SANTOS, J.M. de Carvalho (coord.). Repertório enciclopédico do direito brasileiro. v. 14. p. 242

segurança amor próprio estético, efeições legitimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes[91]

—Sílvio Venosa diz que o dano moral é o que afeta a integridade física, estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação do pensamento etc. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz.[92] Carlos Roberto Gonçalves explica que o dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação[93]

O dano moral para Paulo Nader se configura quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou a atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos[94] Carlos Alberto Bittar[95] explica que os danos morais, como categoria específica, são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e como, tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico.

[91] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.130

[92] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 2, p. 26

[93] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 388

[94] NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7. p. 90

[95] BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44

Para Nelson Rosenvald aproximar o princípio do dano moral ao princípio da dignidade da pessoa humana é exercício indispensável e que, assim, não se configuraria somente quando atingido um direito de personalidade. Entretanto, assevera que seria uma definição incompleta, insatisfatória, à luz de um ordenamento jurídico plural e complexo. O dano moral segunda sua visão pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela[96]

Hector Valverde Santanna entende que para a construção do conceito do dano moral é necessário abandonar a posição clássica que adota o critério de exclusão, pois essa categoria de dano não se resume à lesão sem repercussão patrimonial devendo mudar o enfoque para a lesão ou privação de um direito de personalidade. Portanto o define como a privação ou lesão do direito de personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano[97] Yussef Said Cahali, também, compreende insatisfatório o critério da exclusão. Para ele o dano moral é decorrente de tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado[98];

3.2. Previsão legal na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor

[96] FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363

[97] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132-133

[98] CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20

O art. 5º, inciso V e X, da CF assegurou o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e a responsabilização por dano material ou moral do agente que violar direitos de personalidade de outrem, quais sejam, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, previstos no art. 11 e seguintes do CC. de acrescer que a enumeração de direitos de personalidade que violados ensejam a reparação civil elencados no diploma legal referido é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos, pois a CF estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de numerus clausus, ou enumeração taxativa. Esses não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na CF. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de construction[99]

O art. 6º, incisos VI e VII, do CDC ao enumerar os direitos básicos do consumidor, também, previu regras de reparação dos danos morais em harmonia com o plano constitucional. O art. 6º, inc. VI ao lado da proteção ao patrimônio material do consumidor, estabelece, com base no princípio da satisfação ou compensação da vítima, a efetiva reparação dos danos morais individuais e coletivos[100]. Efetivo é tudo aquilo que atinge o seu objetivo real e para, então, garantir ao consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos, o CDC implantou um

[99] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 76

[100] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99

moderno e avançado sistema de responsabilidade civil para os fornecedores de serviços ou produto[101]

O art. 6º, inc. VII, do CDC inscreveu o direito básico do consumidor de ter acesso aos poderes do Estado, seja na esfera jurisdicional ou administrativa, tendo como objetivo, dentre outros, a prevenção e a reparação dos danos morais individuais ou transindividuais[102] A responsabilidade do fornecedor pela reparação do dano patrimonial pelo vício ou fato do produto ou serviço é em regra de natureza objetiva, isto é, independe da comprovação de culpa e/ou dolo, conforme previu os artigos 12, caput, 14, caput, 18, caput, 19, caput do CDC e, excepcionalmente, na hipótese de prestação pessoal de profissionais liberais será de natureza subjetiva, nos termos do art. 14, §4, do CDC.

A responsabilidade pela reparação por danos morais, também, segue a mesma regra possuindo assim natureza objetiva, inclusive quando o agente causador é o profissional liberal. Assim, o fornecedor que violar os direitos de personalidade do consumidor responderá independentemente da comprovação de culpa ou dolo, conforme a Teoria do riso da atividade ou do negócio desenvolvido[103]

O dano moral é categoria autônoma, distinta do dano material na relação jurídica de consumo. O dano material decorre necessariamente e exclusivamente de um fato ou vício do produto ou serviço. Afirma-se que nem sempre há dano moral decorrente da ocorrência de um dano material (vício ou defeito do produto ou serviço). Por outro lado, quando o fornecedor pratica conduta que viola os direitos

[101] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112
[102] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100
[103] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100

de personalidade do consumidor sem atingir qualquer bem de ordem patrimonial enseja à configuração do Dano moral. Conclui-se que nas relações de consumo o dano moral pode configurar-se isoladamente ou em conjunto com um fato ou vício do produto ou serviço[104]

3.3. Finalidades da reparação

3.3.1. Compensatória

É necessário guardar as distinções entre a finalidade da indenização por danos patrimoniais e a finalidade de indenização por danos extrapatrimoniais para melhor compreender a finalidade compensatória. A primeira tem o intuito de reestabelecer (restituir,ressarcir) o patrimônio da vítima que foi diminuído em virtude da prática do dano por meio da reposição em espécie ou o corresponde em dinheiro visando à indenização integral da vítima retornando ao estado anterior que se encontrava antes do ilícito[105] Trata-se do princípio do restitutio in integrum a qual foi consagrado pelo CC ao estabelecer no art. 944 que "a indenização mede-se pela extensão do dano".

Ocorre situação diversa na indenização por danos extrapatrimoniais uma vez que o dinheiro não se destina à recomposição patrimonial, mas a reparação opera-se no sentido de proporcionar à vítima uma compensação, distinguindo-se da finalidade do ressarcimento[106] Destina-se a conferir ao lesado uma satisfação que lhe é direito, com o intuito de atenuar os danos sofridos[107] A sanção prevista pelo dano moral não visa o retorno da situação da vítima ao momento anterior ao ato ilícito,

[104] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101
[105] CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42
[106] CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42
[107] REIS, Clayton. Dano Moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162

mas tem finalidade de compensar a vítima[108] Desse modo, esclareça-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados[109]

Os danos extrapatrimoniais, por suposto, não são passíveis de reposição natural, eis que a honra jamais pode ser restituída à situação anterior , sendo que a reparação nesse casos reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em partem as consequências da lesão[110]

A função compensatória é caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos de personalidade. A reparação pecuniária vem abrandar o sentimento inato de vingança da vítima, confortar o seu espirito ultrajado e contribuir para a superação de fatos desagradáveis do passado. Ressalta-se que não há como orientar o dever de reparar com o apoio em uma equivalência absoluta entre o prejuízo experimentado pela vítima e o montante devido pelo ofensor devendo o operador do direito buscar uma equivalência relativa a fim de que o montante em dinheiro cumpra as suas finalidades[111]

3.3.2. Preventiva

[108] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134

[109] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 417

[110] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito civil: responsabilidade civil. 16ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3. p. 109

[111] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163-164

O caráter preventivo de reparação por dano moral está indissociavelmente vinculado à necessidade de adoção de medidas que evitem a eclosão de conflitos no cenário social, com reflexos no subsistema das relações de consumo[112] A função preventiva tem, portanto, por objetivo restabelecer a ordem violada e evitar a ocorrência de novas infrações extrapatrimoniais de terceiros[113]

A função preventiva busca ensinar, por meio de uma punição econômica, o respeito aos direitos de outrem, proporcionando, assim, uma convivência pacífica na sociedade, servindo de exemplo e desestímulo para que outros indivíduos não cometam os mesmos atos ilícitos[114] É por meio da imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes[115]

finalidade que se dirige a todos os integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos da personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade. Ressalta-se que apesar de ser destinada à sociedade não exclui a intimidação do próprio agressor em praticar semelhantes condutas censuráveis. Ao lado da prevenção geral aos direitos de personalidade, a reparação do dano moral tem igualmente finalidade específica de intimidar e desestimular o agressor em

[112] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169

[113] REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 167

[114] REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 167-168

[115] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169

relação à vítima do caso concreto, ou seja, tem reflexo delimitado sobre a relação jurídica material estabelecida entre o agressor e vítima[116]

Desta forma, a finalidade preventiva do dano moral revela-se como meio eficaz para reduzir a incidência de atentados contra os bens mais valiosos da pessoa humana, intimidando o pretenso agressor com uma possível diminuição patrimonial, realizada de forma coercitiva pelos órgãos jurisdicionais, contribuindo para a harmonização e pacificação da sociedade[117]

3.3.3. Punitiva

A função punitiva no Brasil tem como inspiração o mecanismo alienígena punitive damages, com origem no Direito Inglês de base common law[118], atualmente utilizado com maior frequência pelo sistema norte-americano que consiste basicamente em acrescentar à reparação um valor extra e autônomo daquela destinado à função compensatória com o intuito de punir o causador do dano e desestimulá-lo a praticar a conduta ilícita novamente[119]

Trata-se de mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a especifica preocupação com a pessoa da vítima, que, por seu lado, tem a atenção devida na finalidade compensatória[120] O caráter punitivo tem por finalidade impor uma penalidade exemplar ao ofensor,

[116] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169-170

[117] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171

[118] GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 155, jun. 2017

[119] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação do valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 173-174

[120] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 166

consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima[121]

Ocorre que o instituto da finalidade punitiva da responsabilidade civil é marcado pelo campo da controvérsia entre doutrinadores e pela jurisprudência pátria uma vez que ,em sede de responsabilidade civil, o CC e o CDC não a estabelecem de forma expressa[122] Portanto, para melhor compreender o tema mister se faz necessário explorar os argumentos contrários e favoráveis ao instituto em estudo os quais passam a ser expostos a seguir.

O primeiro argumento contrário a ser exposto diz respeito a impossibilidade de impor uma punição ao infrator no âmbito da responsabilidade civil, pois a lei civil é matéria de ordem privada destinada à regulação de conflitos interpessoais, desprovidas de natureza punitiva, objetivando reparar a vítima pelos prejuízos sofridos em decorrência da conduta ilícita[123]

Enquanto, o direito penal seria o meio mais adequado para aplicação da punição eis que trata-se de matéria de direito público formado por regras voltadas para os interesses da coletividade em geral que descrevem condutas reprováveis e que impõem sanções para a manutenção do interesse público[124], ou seja, são normas que transvestem de caráter punitivo. Ademais, a aceitação do caráter punitivo na

[121] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219

[122] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 165

[123] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 167

[124] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 166

responsabilidade civil importaria em violação ao princípio do ne bis in idem[125] uma vez que diversas ações causadoras de dano moral são passíveis, também, de ações penais[126] de forma que o lesante seria duplamente penalizado pelo mesmo fato[127]

Também, argumenta-se que o uso da função punitiva levaria a condenações exorbitantes que poderiam servir como incentivo à "indústria do dano moral"[128] a qual consiste na ideia de que supostas vítimas apenas estariam recorrendo ao Poder Judiciário para enriquecer através de indenizações[129]. Todavia, há quem questione essa ideia[130], pois não se pode dizer que os indivíduos continuam buscando lucro desmedido e indenizações milionárias que não existem ou não têm relevância quantitativa entre os julgados e uma explicação nesta medida teria que considerar que advogados e litigantes são ingênuos ou fazem pouca análise de custo-benefício.

Outro ponto questionado seria de que quando o art. 5º, inc. X da CF utiliza o termo indenização afastaria qualquer possibilidade de arbitramento de verba a título de danos morais que seja superior ao real prejuízo suportado. Ainda, ressalta-se a ausência da cominação legal o que importa em afronta ao princípio da reserva legal

[125] O princípio do bis in idem é aquele que não admite a imposição de duas ou mais penas em face do mesmo ato ilícito. (GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 161, jun. 2017)

[126] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 176

[127] GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 161, jun. 2017

[128] GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 160, jun. 2017

[129] VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 114, ano 26, p. 87, nov. / dez. 2017

[130] VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 114. Ano 26 p. 89-88, nov./ dez. 2017

consagrado no art. 5º, inc. XXXIX, CF[131] Porém há quem sustente que o princípio da dignidade da pessoa humana deve preponderar sobre o princípio da anterioridade da pena[132]

Aqueles que criticam a aplicação do instituto no contexto brasileiro fundamentam também que seria a afronta à vedação do enriquecimento sem causa, previsto no art. 844 e ss. do CC, uma vez que o valor acrescido à indenização destinado vítima ultrapassa os danos por elas sofridos de modo que estaria se beneficiando de uma penalidade/desístimulo que em tese não só a ela interessa, mas sim a toda a sociedade[133] Porém há quem defenda que não seria hipótese de enriquecimento sem causa uma vez que a vítima levou o problema ao Judiciário em prol da proteção da sociedade devendo então ser recompensada por esse papel exercido ou ainda que a aplicação do punitive damages seria tão significante na sociedade, no sentido de punir e prevenir ilícitos, bem como educar os indivíduos, que o seu benefício trazido à coletividade tornaria irrelevante o incremente patrimonial da vítima[134]

A crítica coloca que seria a incompatível da aplicação do instituto na responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, §único, do CC, eis que esta dispensa a comprovação de culpa. Ou ainda que o Poder Judiciário Brasileiro vem abandonando suas raízes históricas embasado no sistema romano-germânico e sem

[131] GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 159-160, jun. 2017

[132] ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. Dano moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293-294

[133] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177

[134] ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. Dano moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 237-240

qualquer embasamento vem aplicando institutos do sistema anglo-saxão sem qualquer conexão com a nossa cultura[135]

Não obstante as opiniões contrárias admite-se a aplicação da função punitiva na reparação por danos morais tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Importante registrar que o sistema jurídico brasileiro diverge no que tange à função punitiva da indenização, do sistema de common law[136]

3.4. Modos de fixação do quantum debeatur

O debate sobre a reparabilidade do dano moral foi superado com a promulgação da CF que previu expressamente no art. 5º, inc. V e X o direito à indenização em consequência da lesão aos direitos de personalidade[137] Entretanto, pode-se dizer que boa parte dos problemas suscitados pelo advento do instituto no direito brasileiro não foram resolvidos pela legislação que a reconheceu e pelas posteriores. Tratando como se tivesse a mesma natureza e características do dano material, a legislação deixou de lado uma série de questões sensíveis e importantes, dentre elas, a quantificação do dano moral[138]

A questão se encontra complexa em virtude da impossibilidade de encontrar uma quantia que corresponda com exatidão ao dano moral sofrido pela vítima. Não há um critério de equivalência absoluta, uma medida certa que represente a

[135] SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 260

[136] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 168

[137] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 171

[138] VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 114, ano 26., p. 76-77, nov. / dez. 2017

restituição integral do prejuízo imaterial[139] Além do que o dano moral não comporta exclusivamente a reparação natural[140] uma vez que verificado a violação aos direitos de personalidade nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de reestabelecer a vítima à situação anterior[141]

——A fixação do quantum debeatur pressupõe que o an debeatur já esteja superado, isto é, o julgador já deve ter firmado a convicção de que há o dever de reparar pecuniariamente uma vez que restaram preenchidos os requisitos gerais da responsabilidade civil. Portanto, qualquer alegação capaz de afastar o dever de indenizar deve estar totalmente superada[142] Nesse sentido, faz-se necessário compreender os pressupostos da responsabilidade civil a qual passam a ser explorados a seguir. fonte geradora da responsabilidade civil toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem. Dessa forma sem violação de um dever jurídico preexistente não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, por que esta é um dever sucessivo[143]. Nesse sentido determina o art. 927 do CC que aquele que causar prejuízo a outrem ficará obrigado a repará-lo. São pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

[139] SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. Reparação do Dano Moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática. Santa cruz da conceição: Vale do Mogi, 2003. p. 51-55

[140] A reparação específica ou in natura consiste em fazer com que as coisas voltem ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso. (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 134)

[141] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

[142] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 173

[143] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14

A conduta consiste em um comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas[144] A conduta pode ser um ato lícito ou ilícito. O dano é lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade e etc[145] Enquanto o nexo de causalidade é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano[146] O nexo causal será rompido pelo caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro e pela cláusula de não indenizar.[147]

A responsabilidade civil é subdividida em duas espécies: subjetiva (art. 927, caput, CC) e objetiva (art. 927, parágrafo único, CC). Para a configuração de ambas as espécies deverão ser preenchidos os requisitos gerais acima expostos. A diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva residirá que a primeira exigirá que o lesante pratique a conduta com dolo ou culpa, enquanto, a segunda não[148], pois de acordo com a teoria do risco, adotado pelo ordenamento pátrio, aquele que exerce atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente[149]

A conduta culposa em sentido amplo abrange toda conduta contrária ao direito, seja dolosa ou culposa. O dolo é uma conduta que nasce ilícita, porquanto a vontade do agente se dirige à concretização de um resultado antijurídico, enquanto a

[144] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38
[145] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93
[146] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63
[147] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 86
[148] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32
[149] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181

culpa é uma conduta que nasce lícita, mas que se torna ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados[150]

O agente que age com dolo quer a conduta e o resultado, enquanto, na culpa a vontade do agente não vai além da ação ou omissão, pois o agente quer a conduta, mas não o resultado. Na conduta hígida de culpa embora a conduta seja involuntária o resultado deve ser previsto pelo lesante em menor ou maior grau. O agente que age com falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado, mesmo sabendo do resultado e não o impede realiza conduta culposa. A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, negligência e imperícia. A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. A imperícia decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica, caso em que se exige, de regra maior cuidado ou cautela do agente[151]

Os artigos 12 e 14 do CDC adotaram como regra nas relações de consumo a responsabilidade objetiva do fornecedor de modo que a existência de dano moral dispensa a averiguação da conduta culposa ou dolosa[152], consagrando a teoria do risco do empreendimento[153] Entretanto, em se tratando de profissional liberal, ainda que se tratando de relação de consumo, o art. 14, § 4º do CDC adotou a responsabilidade subjetiva.

[150] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45-46

[151] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 51-52

[152] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 173

[153] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 544

O fornecedor de serviços ou de produtos poderá afastar o dever de indenizar, nos termos do art. 12, § 3º e art. 14, § 3º, ambos, do CDC, se comprovar que: não colocou o produto no mercado, ou que embora haja colocado o produto no mercado ou prestado o serviço o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; caso fortuito ou força maior previsto no art. 393 do CC; a existência de cláusula de não indenizar, nos termos do art. 51, I do CDC.

Preenchido todos os requisitos acima estudados, observando-se as particularidades expostas da responsabilidade subjetiva e objetiva, e a ausência de excludente do dever de indenizar o magistrado ao analisar o caso concreto concluirá que o agente causador do dano deve reparar a vítima. Deste modo o an debeatur mostra-se caracterizado e o juiz pode passar para a análise da quantificação do quantum indenizatório.

O operador do direito ao valorar o dano moral deverá atender simultaneamente todas as finalidades da reparação: compensatória, preventiva e punitiva. Entretanto o direito brasileiro não contempla quais quantias especificas para atender cada uma delas[154]

A CF não recepcionou leis e tratados firmados pelo Brasil que estabeleciam parâmetros prévios pecuniários para a indenização de danos morais, uma vez que o art. 5º, V determina que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem agasalhando assim o princípio da reparação integral[155].

[154] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172

[155] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 174

Em contraposição ao sistema tarifado ou fechado o ordenamento brasileiro adotou o sistema aberto ou ilimitado que é caracterizado pela inexistência de prévios parâmetros legais[156] de modo que a fixação do quantum indenizatório fica atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, por meio da equidade, prudência e equilíbrio[157], devendo agir, também, com base na proporcionalidade e razoabilidade[158]

O arbitramento judicial dos danos morais deverá corresponder à extensão do dano sofrido pela vítima, conforme prevê o art. 944 do CC e o art. 6, VI do CDC. Cabe observar que na responsabilidade civil por danos morais não se busca uma equivalência exata entre o dano e o valor da indenização uma vez que não se trata de estabelecer um preço para dor, mas ao contrário se busca compensar lesões a bens não economicamente mensuráveis[159], mais ainda, visa neutralizar e atenuar os sentimentos negativos sofridos pela vítima.

O ato judicial que fixar o dano moral deve declinar, de forma clara e adequada, as razões que o levaram estabelecer um determinado valor em dinheiro para a reparação da violação dos direitos de personalidade, nos termos do art. 93, IX da CF e art. 489, inc. do Código de Processo Civil (CPC), sob pena de ser considerada arbitrário. Portanto, o juiz além de evidenciar os pressupostos da

[156] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 180

[157] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 270

[158] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183

[159] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165

responsabilidade civil deverá indicar os critérios utilizados para a valoração da indenização[160]

Os critérios específicos de fixação do dano moral sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência são flexíveis e variáveis de acordo com o caso concreto. Ocorre que alguns critérios específicos são reiteradamente invocados que devem ser analisados em todos os casos do dano moral, dentre eles: o grau de culpa do ofensor, a intensidade de alteração anímica verificada na vítima, a repercussão do ato ilícito no meio social, a situação econômico-financeira do ofensor e as condições pessoais da vítima.[161]

A avaliação do grau de culpa em sentido amplo do ofensor está vinculada à reprovabilidade ou censurabilidade de sua conduta em face dos princípios e regras jurídicas vigentes. E está associada à circunstância de o mesmo ter agido com dolo ou culpa [162], seja grave, leve e levíssima. A culpa grave é aquela em que o agente atua com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal. É a culpa consciente, isto é, o agente prevê o resultado da sua conduta. A culpa leve é a falta que poderia ser evitada com a atenção ordinária, com o cuidado do homem comum. E a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular[163]

A análise do grau de culpabilidade é noção elementar aplicada à quantificação do dano moral de modo que a prática do ato ilícito mediante dolo intenso deve

[160] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185
[161] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.193
[162] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.193
[163] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53



alcançar uma maior reprovação do que o fato realizado com culpa de grau leve. O juiz deve observar as condições pessoais do agente causador do dano moral na perquirição da reprovabilidade de sua conduta, bem como até que ponto poder-se-ia do mesmo uma conduta diversa, sempre considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto[164] Desse modo o valor da indenização poderá ser reduzido em razão da desproporcionalidade entre a culpa e o dano (art. 944, § único, CC) ou em razão do grau de cooperação da vítima que concorreu para a verificação do evento lesivo (art. 945, CC). Lado outro, o quantum indenizatório poderá ser elevado se a conduta praticada pelo lesante for de alto grau de reprovabilidade.

Nesse ponto, o juiz ao considerar o grau de culpa em sentido amplo do ofensor atenta para a finalidade punitiva da indenização do dano moral. É critério destinado à individualização da sanção, cujo objetivo é a realização da justiça no caso concreto. Salienta-se que não obstante a responsabilidade objetiva dispensar a comprovação de culpa ou dolo para a configuração do dano moral a conduta do agente é considerada fase de fixação do valor da indenização[165]

O ato ilícito violador dos direitos da personalidade atinge diretamente a vítima em sua esfera extrapatrimonial provocando alterações anímicas. É possível, mediante a avaliação da prova produzida, o juiz auferir a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Portanto, a duração da violação dos direitos de personalidade considerada para efeito de diminuir ou aumentar o valor da indenização do dano moral[166].

[164] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 193-194

[165] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 193

[166] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194

Considera-se a repercussão do ato ilícito no meio social para o fim de quantificar a indenização do dano moral. Os direitos da personalidade tutelam a esfera íntima do sujeito de direito, bem como a sua projeção na sociedade. O ato ilícito que expõe a vítima ao grande público, que atinge os seus valores imateriais de forma a transcender os limites da relação entre as partes, deve ser quantificado diferentemente daquele ato que se circunscreve ao conhecimento do fornecedor e do consumidor[167]

A situação econômico-financeira do fornecedor-ofensor é critério importante a ser valorado na quantificação do dano moral experimentado pelo consumidor. A fim de cumprir as finalidades punitiva e preventiva da indenização por dano moral, bem como evitar que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas, inclusive a ponto de uma avaliação contábil sobre a conveniência de lucratividade na reiteração de violações, exige-se que haja uma compatibilidade entre o quantum indenizatório e o porte econômico da pessoa jurídica ou física que atua na respectiva relação jurídica como fornecedor. Desse modo o valor da indenização não pode representar uma obstrução ao desenvolvimento da atividade do fornecedor no mercado de consumo devendo-se o juiz levar em consideração a conjuntura econômica do pais e a fragilidade e instabilidade da economia brasileira[168].

As condições pessoais da vítima também são consideradas na avaliação do dano moral. A finalidade compensatória deve ser atendida, uma vez que está superada a concepção de que a indenização representa o preço da dor, mas significa efetivamente uma reação do sistema jurídico à violação do direito, com caráter de

[167] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194

[168] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194-195

satisfação, buscando amenizar os efeitos negativos da violação sofrida. São apreciados diversos fatores pessoais da vítima, dentre eles, o nível cultural, a inserção social e as características vinculadas à sua esfera espiritual. Portanto, mister buscar considerar dados objetivos da vítima, tais como, idade, sexo, escolaridade, profissão, dentre outros[169]

Por fim, quando se tratar de relações de consumo, em razão do inequívoco caráter protetivo, deve o juiz levar em consideração o grau de vulnerabilidade do consumidor em todas as suas manifestações (técnica, econômica ou jurídica) para majorar ou reduzir o valor a ser fixado, vale dizer que deve considerar no caso concreto as circunstancias específicas consistentes na forma como o fornecedor utilizou sua posição de supremacia na relação jurídica de consumo, a exemplo de seu poderio econômico, a transparência e boa-fé no desenvolvimento de sua atividade e o tipo de informação disponibilizada sobre seus produtos ou serviços[170]

3.5. O dano moral decorrente do descumprimento contratual

3.5.1. O descumprimento contratual e as suas consequências jurídicas

O contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servand. O acordo de vontades faz lei entre as partes[171] Caso a celebração do contrato não obrigasse a outra parte, a formalização desse instrumento de nada valeria, gerando desordem no meio social devido à inadimplência das pessoas[172] Tudo acontecendo

[169] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195

[170] SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196

[171] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3. p. 16

[172] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 40



conforme almejado pelas partes o resultado será a extinção do vínculo obrigacional. Lado outro quando a obrigação não atinge seu objetivo e, assim, não se realiza a prestação o devedor irá responder pelas consequências do desprovimentro do dever assumido[173]

O Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certo ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu cumprimento, tal como constitui seu objeto, o que envolve o poder do credor, a que o devedor se submete[174]

O inadimplemento diz-se absoluto ou relativo. Será absoluto se tiver faltado completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo a que o devedor se obrigou, seja a coisa, ou o fato, ou a abstenção, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação. Será relativo, se apenas parte da res debita deixou de ser prestada, ou se o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, havendo possibilidade de que ainda venha a fa-zê-lo, o que constitui matéria enfeixada sob a epígrafe genérica da mora[175]

A mora pode ser constituída pelo devedor e/ou pelo credor. A mora do devedor, também, denominada de mora solvendi, debitoris e debendi se configura quando o devedor não efetua o pagamento (art. 394, primeira parte, CC), isto é, quando não cumpre, por culpa sua, a prestação referente à obrigação, de acordo com o que foi pactuado. Observa-se que não havendo fato ou omissão imputado ao

[173] BUARQUE, Sidney Hartung. Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 45

[174] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 298

[175] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 298

devedor esse não incorrerá em mora. (Art. 396, CC)[176] A mora do devedor pode ser de duas espécies: mora ex re (em razão de fato previsto na lei) e ex persona. A primeira espécie ocorre quando há o inadimplemento em virtude de obrigação, positiva e líquida, no seu termo (art. 397, caput, ou quando decorre de um ato ilícito (art. 398, CC). A segunda espécie ocorre quando não havendo termo, ou seja, data estipulada, a mora se constitui através da interpelação, judicial ou extrajudicial (art. 397, § único, CPC)[177]

Quando se impossibilita a prestação, duas hipóteses podem ocorrer: ou a impossibilidade é inimputável ao sujeito passivo, e resulta pura e simplesmente a extinção da obrigação sem outras consequências; ou o devedor é responsável pelo não cumprimento, e então cabe ao credor exercer sobre o patrimônio do devedor o poder de suprir a ausência da prestação, direta ou indiretamente[178] A obrigação de reparar depende de existência de culpa do devedor moroso ou inadimplente. É certo que todo inadimplemento se presume culposo. A presunção de culpabilidade no entanto poderá ser afastada, demonstrando que a inexecução da obrigação teve por causa o fortuito[179] ou força maior[180] e não eventual culpa de sua parte[181], nos termos do art. 393 do CC e art. 399, 2ª parte, do CC.

[176] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 216

[177] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 129-131

[178] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. p. 296

[179] Caso fortuito, em latim casus fortuitus, são os acontecimentos, via de regra, imprevisíveis, ou seja, inesperados e inevitáveis não culposos, causados por uma conduta humana, alheia à vontade dos contratantes que impede o cumprimento da obrigação, por exemplo, greve, roubo, furto e guerra. (FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 52)

[180] Força maior, em latim, vis major, são os acontecimentos que, ainda que sejam previsíveis, são inevitáveis, pois são causados por fenômenos da natureza, como, por exemplo, os raios, tempestades,

A mora do credor, também, denominada de mora accipiendi[182] ocorre quando ele não quiser receber no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394, segunda parte, CC). Tais condutas obrigam o credor à responsabilidade pela conservação da coisa, a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação, desde que o devedor esteja isento de dolo (Art. 400, CC). Esta, ao contrário da mora do devedor, não está ligado à culpa. O credor, em tais casos, não quer, não pode ou não consegue receber a prestação que o devedor está adimplido. Ocorrendo a recusa do credor em receber a prestação, o devedor deverá, dependendo da natureza da obrigação, consigná-la para adimplir sua obrigação[183]

A mora poderá ser purgada, isto é, os efeitos decorrentes do inadimplemento parcial poderão ser afastados ou neutralizados. O devedor purgará a mora oferecendo a prestação devida mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta (art. 401, I, CC), tais como, os juros moratórios e a cláusula penal. O credor purgará a mora oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data (art. 401, II, CC), ressarcindo as despesas empregadas pelo devedor na conservação da coisa, bem como responder por eventual oscilação do preço (art. 400, CC)[184] Ressalta-se que a purgação só poderá ser feita se a prestação

terremotos, enchentes, ciclones. (FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 52)

[181] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 128

[182] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 46

[183] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 50

[184] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 225

ainda for proveitosa ao credor. Se, em razão do retardamento, tornou - se inútil ao outro contraente (caso de inadimplemento absoluto), ou a consequência legal ou convencional for a resolução, não será possível mais pretender a emenda da mora[185]

Na hipótese de inadimplemento absoluto responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (art. 389, CC)[186] Todos os bens do devedor responderão, nos termos do art. 391 do CC, salvo os impenhoráveis, consagrando o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor[187] Enquanto, na hipótese de inadimplemento relativo responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (art. 395, CC). Caso a prestação se tornar inútil em decorrência da mora caberá a resolução da obrigação com a corresponde reparação por perdas e danos convertendo-se no inadimplemento absoluto. (Art. 395, § parágrafo único, CC)[188]

A correção monetária é um corretivo que tem por objeto manter atualizada, no tempo, em seu valor, determinada espécie de moeda[189] As perdas e danos, previstas no art. 402 do CC, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. No primeiro caso, há os danos emergentes ou danos positivos, caso dos valores desembolsados por alguém e

[185] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, v. 5. p. 133

[186] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 231

[187] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 234

[188] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 217

[189] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 221

da perda patrimonial pretérita efetiva. No segundo caso, os lucros cessantes ou danos negativos, constituídos por uma frustração de lucro[190]

Prevê o art. 403 do CC que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, "as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual". Por isso, não é possível a reparação de dano hipotético ou eventual, conforme o pronunciamento comum da jurisprudência nacional. A lei, portanto, exige o dano efetivo como corolário da indenização. Ainda, segundo o art. 404 do CC, as perdas e os danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional[191]

Há que se observar que em alguns casos o valor das perdas e danos já vem estimado no contrato que é o que ocorre quando se pactua a cláusula penal[192], também denominada pena convencional ou multa contratual[193] (art. 409, CC). Esta tem por função principal prefixar a indenização no caso de inexecução da obrigação ou retardamento no seu cumprimento. É um pacto acessório, de regra estipulado no próprio contrato principal. Possui, também, função compulsória, isto é, constitui um meio de forçar o cumprimento do avençado[194]

[190] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 235

[191] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 235-236

[192] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 137

[193] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 5. p. 145

[194] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345

A cláusula penal pode ser compensatória quando se refere a inexecução total da obrigação hipótese em que o credor goza da faculdade de optar entre o cumprimento da obrigação e a pena convencionada, não podendo cumular as duas (art. 410, CC). Ademais, o valor da cominação imposta não poderá exceder o da obrigação principal (art. 412, CC) e poderá ser reduzido proporcionalmente quando a obrigação for cumprida ou for manifestadamente excessiva (art. 413, CC)[195] A cláusula penal, ainda, pode ser moratória quando convencionada para o caso de simples atraso no cumprimento da obrigação ou em segurança de cláusula especial, caso em que o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal (art. 411, CC)[196]

Os contratantes expressam com a estipulação da cláusula penal a intenção de livrar - se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação. A convenção que a estabeleceu pressupõe a existência de prejuízo decorrente do inadimplemento e prefixa seu valor. Desse modo, basta ao credor provar o inadimplemento, ficando dispensado da prova do prejuízo, para que tenha direito a multa. É o que proclama o art. 416 do Código Civil: "Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo". Assim, a multa compensatória exclui indenização por perdas e danos. Registra-se ainda que conforme aduz o parágrafo único do aludido dispositivo: "Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver feito, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente"[197]

[195] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345
[196] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345
[197] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.5. p. 146

Os juros são frutos civis ou rendimentos, devidos pela utilização de capital alheio. Podem ser compensatórios/remuneratórios ou moratórios. O primeiro corresponde aqueles decorrentes de uma utilização consentida do capital alheio, como nos casos de inadimplemento total da obrigação ou de financiamentos em geral. O segundo constituem um ressarcimento imputado ao devedor pelo descumprimento parcial da obrigação. Como regra geral, os juros moratórios são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado. Tratando-se de mora ex re os juros são devidos desde o vencimento da obrigação. Na hipótese de mora ex persona desde a citação, nos termos do art. 405 do CC. Por fim, quando se tratar de mora decorrente de ato ilícito desse a ocorrência do evento danoso, conforme preceitua o Enunciado Sumular do STJ n. 54[198]

O art. 404, parágrafo único, do CC prevê ainda a possibilidade de indenização suplementar na hipótese de insuficiência dos juros moratório para a cobertura do prejuízo do credor e a ausência de cláusula penal. Os juros podem ser convencionais – estabelecidos pelas partes no instrumento negocial ou legais- da ausência da estipulação contratual decorre da lei[199]

3.5.2. Responsabilidade extracontratual e contratual

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é a decorrente de falta ao dever geral de conduta, com transgressão à lei. São pressupostos: a conduta (ação ou omissão), o dano, e o nexo de causalidade[200] E por último, conforme já evidenciado

[198] GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5. p. 140-142

[199] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 237

[200] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 65-66

neste trabalho o elemento culpa ou dolo na hipótese de responsabilidade subjetiva, ficando dispensado sua comprovação na responsabilidade objetiva.

A responsabilidade contratual ocorre quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto em um contrato, ou seja, é o dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato[201] São pressupostos da responsabilidade contratual: a existência de um contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexo causal.

O contrato se reputa válido quando os agentes são capazes, o objeto é lícito, possível, determinado ou determinável, e há obediência à forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do art. 104 do CC. Quanto ao dano e o nexo causal o art. 403 do CC exige que o dano seja resultado do descumprimento contratual, consagrando a teoria do dano direto e imediato[202] A inexecução do contrato se materializa pelo inadimplemento ou pela mora ocasionando vários efeitos, tendentes à reposição da situação anômala ao estado anterior, conforme visto alhures. O descumprimento da obrigação desequilibra a posição das partes na relação jurídica, devendo restaurar-se por meio de institutos jurídicos, dentre eles: as perdas e danos, os juros, a correção monetária, honorários e multa penal[203]

Registra-se que há nitidamente, duas correntes dentre os estudiosos da responsabilidade civil: a primeira, defensora da teoria monista, segundo o qual não há diferença estrutural entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual; a segunda, defensora da teoria dualista, que busca demonstrar clara diferença entre as

[201] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333

[202] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336-341

[203] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 191

duas espécies de responsabilidade que devem ser estudadas e aplicadas separadamente, com conceitos próprios e distintos. Sem dúvidas a principal diferença elencada pelos dualistas seria a prova da culpa, que seria presumida em sede de responsabilidade contratual. O CC adotou a teoria dualista, onde a responsabilidade civil extracontratual é disciplinada pelos arts. 186 a 188 e 927; enquanto a responsabilidade civil contratual encontra-se prevista nos arts. 389 e ss.[204]

3.5.3. O Dano Moral por descumprimento contratual

O entendimento comum no direito comparado e, até certo ponto, adotado pela jurisprudência do STJ e dos estados brasileiros é de que, em regra, os danos extrapatrimoniais provenientes de uma relação contratual não são indenizáveis uma vez que a responsabilidade contratual estaria estrita àquilo que o credor efetivamente perdeu ou razoavelmente deixou de lucrar (art. 402 do CC)[205] Ou ainda, que o descumprimento contratual, por si só, não ocasiona a violação a direitos da personalidade e, por conseguinte, não gera direito à indenização por danos morais, exigindo-se para acolhimento do pedido indenizatório comprovação de que o descumprimento contratual gerou mais do que os aborrecimentos ínsitos às negociações de rotina[206], isto é, gerou consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico[207].

[204] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 46-49

[205] LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 266, jul. / set. 2004

[206] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Jurisprudência em perguntas. Direito Civil e Processual Civil. Dano Moral. O mero descumprimento contratual causa, por si só, ofensa à personalidade passível de indenização por dano moral? Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-

Parte da doutrina se posiciona de forma contrária ao reconhecimento dos danos morais decorrentes da inexecução do contrato[208] Para esses, os constrangimentos ocorridos são compensados pelos danos materiais por meio das arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes e das perdas e danos, todos como meio alternativos a não condenação em danos morais, valendo-se, em todos os casos do argumento de que a condenação em danos morais cumulada com qualquer outra espécie de condenação pecuniária em virtude de inadimplemento contratual ensejaria o bis in idem de condenações[209]

Outros, porém se posicionam favoráveis ao reconhecimento de danos morais se verificados que o inadimplemento contratual provocou sérios transtornos aos direitos de personalidade da parte lesionada. Todas as correntes citadas não consideram o inadimplemento como fato gerador do dano moral, mas sim, as consequências advindas desse inadimplemento[210] Logo percebe-se que a repercussão do inadimplemento pode agredir bem personalíssimo da parte lesada gerando o

foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/dano-moral/o-mero-descumprimento-contratual-causa-por-si-so-ofensa-a-personalidade-passivel-de-indenizacao-por-dano-moral. Acesso em: 06 março 2019

[207] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4. Turma Cível). Agravo interno no Recurso Especial. AgInt no REsp 1344193/SP. 1- O simples inadimplemento contratual, em regra, não configura [...] Agravante: Fábio Felipe Melo. Agravados: PRONTO SOCORRO INFANTIL SABARA SA e INTERCLÍNICAS PLANOS DE SAÚDE S/A. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 03/08/2017. Publicado no DJE: 08/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201827983&dt_publicacao=08/08/2017. Acesso em: 10 abril 2019

[208] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 67

[209] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 69

[210] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 67-68

dever de indenizar. Esse fato pode perfeitamente ser observado em relações contratuais[211]

A agressão ao bem personalíssimo não é a quebra do contrato, mas sim, as consequências e a repercussão do inadimplemento que fere a dignidade da pessoa humana[212], afetando o lesado, atingindo-o em sua auto-estima, refletindo-se em uma série de situações negativas, levando-o ao desespero, repercutindo inclusive em seu ambiente familiar e até profissional[213].

Nota-se que deve ser levada em consideração, nesse contexto, que a inadimplência contratual não é de todo imprevisível, e quem contrata está assumindo riscos, e em consequência, também, há o risco da inadimplência. No entanto, excepcionalmente, devido à gravidade do inadimplemento, pode ocorrer agressão mais intensa que a que normalmente ocorre, à dignidade da vítima, configurando-se o dano moral. Entretanto, não é a simples quebra de contrato que gera direito à parte lesionada de ser indenizada em danos morais e sim a repercussão na esfera íntima da pessoa que deve em todos os casos ser demonstrado quais bens jurídicos foram violados/ofendidos com a inexecução, como por exemplo, a honra, o nome, a imagem, a reputação, dentre outros dos direitos de personalidade[214]

Nesse sentido, o mero dissabor causado pelo descumprimento do pacto não dá azo à indenização em danos morais, haja vista que na sociedade do mundo contemporâneo todos estão sujeitos a experimentar uma situação de aborrecimento

[211] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 68

[212] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 68

[213] BUARQUE, Sidney Hartung. Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108

[214] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 69-70

em virtude do inadimplemento do contrato, sem, no entanto, ser ofendido em sua intimidade, e uma vez não restando demonstrado quais direitos de personalidade fora lesionado não haverá que se cogitar o dano moral[215]

O mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico, para Sérgio Cavalieri Filho, não configuram, por si sós, dano moral, por que não agridem a dignidade humana. Além do que os aborrecimentos deles decorrentes ficariam subsumidos pelo dano material. Entretanto, se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitaram o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera na dignidade da vítima, hipótese em que restará configurado o dano moral[216]

Ensina Flávio Murilo Tartuce Silva que no caso da responsabilidade civil contratual sem dúvida que será possível ao prejudicado pleitear tais danos imateriais. Todavia, ressalva que o fundamento jurídico para tanto não está no CC. Para o autor engana-se quem entende que o fundamento é o art. 186 do CC, que trata do dano exclusivamente moral, pois esse dispositivo deve ser aplicado aos casos de responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual. Para ele, o melhor caminho técnico, com amparo no prisma civil-constitucional, seria fundamentar a reparação moral pelo descumprimento contratual no art. 5.º, V e X, da CF/1988[217]

O dano moral para Paulo Nalim pode ser experimentado pela vítima tanto na responsabilidade de origem contratual como na aquiliana. Para o doutrinador o art. 186 do CC é a grande cláusula geral da responsabilidade civil e nesse diploma legal

[215] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 74
[216] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112
[217] TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 236

não se nota qualquer traço distintivo entre responsabilidade aquiliana e contratual, inclusive quanto aos danos morais[218] Já o enunciado n. 411 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo STJ analisa o art. 186 do CC e estabelece que: " O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela CF/88"[219]

A indenização por danos morais para Humberto Theodoro Júnior dependerá do objeto do contrato inadimplido. Se tal objeto é de natureza puramente patrimonial, o dano reparável não vai além do plano material. Pode, no entanto, o contrato referir-se à prestação que incide sobre a pessoa e assim pode, no caso de inadimplemento, causar inegável lesão na esfera psíquica, como, por exemplo, os serviços hospitalares, o transporte de passageiros, o fornecimento de bens e serviços para uma festa de casamento etc. O inadimplemento contratual, em tais situações, evidentemente acarretará responsabilidade tanto pelos prejuízos econômicos como pelos danos morais[220]

A ideia de danos morais nos contratos para Sidney Hartung Buarque se baseia no constrangimento, abalo emocional e insegurança gerados por aquele que se comprometeu a adimplir determinada prestação de cunho econômico, mas quedou-se inerte abalando a outra parte contratante não apenas no campo patrimonial, mas atingindo a sua personalidade. Porém, para o autor o inadimplemento em si não enseja à indenização por dano moral. O dano moral decorre da frustação do

[218] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual. Enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. São Paulo: renovar, 2008. p. 922-925

[219] BRAZ, Alex Trevisan. Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 66

[220] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111

inadimplemento e não do próprio inadimplemento. Assim, deve-se analisar cada caso concreto para se concluir ou não para a configuração do dano moral[221]

Existem inúmeros elementos no contrato segundo Alex Trevisan Braz que podem dizer sobre aspectos extrapatrimoniais daquele que firma o ajuste, ou seja, expressão de dignidade das partes. Quando o cumprimento do avençado não ocorrer ou ocorrer de forma defeituosa e atingir a dignidade do contratante, consequências de diferentes naturezas podem surgir, não apenas materiais. Para o autor em contratos com elementos morais, os moldes meramente patrimoniais são inadequados: os institutos tradicionalmente utilizados na seara patrimonial não são suficientes. Descumprido o contrato, a restituição dos valores neles consignados nem sempre é o bastante. A depender do interesse no cumprimento desse pacto, que pode ser de natureza extrapatrimonial, lesões dessa natureza podem surgir, impondo ao contratante inadimplente o dever de repará-las[222]

Assim, para o jurista, quando se está diante de lesão extrapatrimonial, o ordenamento jurídico deve responder independentemente de advém esse dano, se de um contrato, ou não. Então, toda vez que um dano for provocado, ainda que de natureza moral, a reparação deve ser imposta ao causador da lesão, mesmo que seja apenas uma forma de compensação, de minoração do dano sofrido através do arbitramento de montante indenizatório. O arbitramento desse tipo de indenização é cabível nos casos de descumprimento de obrigação contratual, já que o inadimplemento pode atingir não apenas bens patrimoniais do contratante, mas seus

[221] BUARQUE, Sidney Hartung. Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-4

[222] BRAZ, Alex Trevisan. Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 64-65

bens imateriais. E quem causa dano a alguém, ainda, que exclusivamente moral, deve repará-lo (at. 186, CC)[223]

Malgrado muitos julgados dos tribunais brasileiros e parte da doutrina admitirem a condenação em danos morais decorrente das consequências do inadimplemento contratual em certos casos, não é correta, e nem, tão pouco sensata a afirmação no sentido de que toda e qualquer inexecução das obrigações contratuais tem como resultado prático o dever do inadimplente de indenizar a parte inadimplida em danos morais. De forma que cada caso requer uma análise específica e detalhada[224]

4 O DANO MORAL DECORRENTE DA NEGATIVA DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TJDFT

O estudo neste momento se ocupará da análise da possibilidade ou impossibilidade de configuração dos danos morais decorrentes da negativa de cobertura das operadoras de plano privado de assistência à Saúde que se dará por meio do estudo de julgados do TJDFT.

O capítulo, para melhor compreensão da problemática, foi dividido em dois itens: o primeiro, abordará julgados em que os magistrados concluíram pela ocorrência dos danos morais e o segundo, julgados em que ficou assentado a inocorrência. Foram elencados para cada um dos itens tipos de negativas de cobertura.

[223] BRAZ, Alex Trevisan. Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 65

[224] FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013. p. 82-83

4.1. Hipóteses de configuração do dano moral

4.1.1. Cirurgia plástica pós-bariátrica

Matéria recorrente nos julgados do TJDFT e Territórios é se a recusa dos planos privados de assistência à saúde em cobrir os custos da realização de cirurgias plásticas pós-bariátrica é apta a gerar indenização por danos morais. O acordão n. 1076356[225], proferido pela Sexta Turma Cível do TJDFT, de relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com tutela provisória cumulada com indenização por danos morais ajuizada por beneficiária em face de operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os julgados do TJDFT com o fito de estudar essa temática.

A situação fática abordada na ação consistia na necessidade de a beneficiária remover excessos de tecido epitelial nas regiões da mama, abdômen, coxas, braço e dorso, advindos de perda ponderal, após realização de cirurgia bariátrica para tratamento de obesidade mórbida, por meio dos respectivos procedimentos

[225] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 07054310920178070001, 1. A cirurgia plástica reparadora necessária à correção das consequências advindas de procedimento médico anterior e [...]. Apelante/apelado: Adriana Branco de Araújo Paiva. Apelante/apelado: Bradesco Saúde S/A. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 22/02/2018. Publicado no DJE: 02/03/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1076356&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

cirúrgicos indicados pelo médico: mamoplastia, abdominoplastia, correção de lipodistrofia crural, braquial e trocanteriano. No entanto, a operadora de plano de saúde autorizou tão somente a realização da cirurgia no abdômen, negando a cobertura dos demais procedimentos, tendo a autora custeado com seus recursos próprios a realização da mamoplastia.

O acórdão apreciou apelações interpostas pela autora, beneficiária, e pela requerida, operadora de plano de saúde, contra sentença proferida pela 17ª Vara Cível de Brasília que julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora para condenar a requerida a autorizar as cirurgias plásticas reparadoras pós-gastroplastia e reembolsar a autora os valores que seriam pagos se a requerida as tivesse autorizado a mamoplastia, e indeferiu o pedido de danos morais sob o argumento de que o descumprimento contratual não foi apto a ocasionar angústia e sofrimento na beneficiária.

A beneficiária, em suas razões recursais, sustentou que a sentença merece reforma. Quanto ao valor gasto na cirurgia mamária sustentou que a restituição deve ser integral. Quanto à negativa injustificada da operadora em autorizar à cirurgia reparadora argumentou que enseja reparação por danos morais uma vez que gerou grande sofrimento, ocasionando angústia e aflição, além do que teve suas expectativas frustradas, com a mente imaginando-se ainda obesa e com disformismo corporal.

Asseverou que os danos morais requeridos fundamentam, não em razão de dissabor cotidiano ou irritação, mas por descaso, desrespeito e mal atendimento a consumidora que solicitou cirurgias necessárias e complementares, em continuidade ao tratamento contra a obesidade, e que foram negadas sendo necessário o ingresso judicial para a viabilidade da continuidade de seu tratamento.

Nessa perspectiva, sustenta que o arbitramento do dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, fixando-se a reparação com o objetivo de desestimular a apelada à prática de novos e idênticos ilícitos, servindo de exemplo para que outras operadoras em saúde também assim não procedam. Assim pugna pela reforma da sentença também no pedido de indenização por danos morais, condenando a apelada a indenizar a apelante no valor de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

Em contrarrazões da apelação oferecida pela beneficiária, a operadora de plano de saúde defendeu que não incorreu em ato ilícito uma vez que cumpriu com o avençado e com a lei não devendo, portanto, ser responsabilizada por danos morais. Sustenta, ainda que há entendimento jurisprudencial que o inadimplemento contratual não gera danos morais.

A operadora de plano de saúde, em suas razões recursais, sustenta que a abdominoplastia constitui evento coberto pelo contrato de seguro da autora e que, portanto, é impositiva a autorização deste procedimento. Em relação à reconstrução da mamária sustenta que não deve ser custeada, pois deve ser coberta, somente na hipótese de lesões traumáticas e tumores, nos termos da resolução normativa n. 387 da ANS, que não é o caso da autora, além do que o contrato entabulado entre as partes exclui expressamente esse risco.

Com relação à dermolipectomias braquial, crural e trocanteriana sustenta que não devem ser acobertadas uma vez que a perda ponderal não está cumulada com outras complicações, tais como candidíase de repetição, odor fétido, hérnias, etc., descritas pela Resolução Normativa no 387 da ANS. Ainda argumenta que a resolução citada da ANS prevê a exclusão procedimentos cirúrgicos para fins estéticos, ou seja, aqueles que não visam à restauração parcial ou total da função de

órgão ou parte do corpo humano lesionado, por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita, além do que o contrato entabulado entre as partes exclui expressamente esse risco. Dessa forma pugnou para que a sentença seja reformada, de tal modo que a recorrente não seja obrigada a arcar com os custos do procedimento da apelada.

O relator definiu que as questões controvertidas consistem em aferir se o plano de saúde tem obrigação de custear intervenções cirúrgicas complementares pós cirurgia bariátrica, se deve restituir na sua integralidade o valor pago pela autora na cirurgia de reconstrução mamária e na prótese adquirida e se a negativa em autorizar as cirurgias complementares tem o condão de configurar dano moral passível de compensação.

Inicialmente o relator ressaltou que a relação jurídica estabelecida entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo devendo, portanto, ser regulada pelas normas do CDC, nos termos da Súmula 469 do STJ[226]. Ressaltou, ao citar entendimento do Professor Carlos Alberto Menezes, que apesar de existir lei especial que regule os planos de assistência à saúde, qual seja, a lei n. 9. 656/98, não afasta a incidência das normas presentes na lei consumerista. Dessa forma, o reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do CDC.

Passando a análise da situação fática o relator destacou que os autos noticiavam que a beneficiária era portadora de obesidade, tendo se submetido, em abril de 2015, ao procedimento denominado cirurgia bariátrica. Dois anos após a

[226] O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão"

realização desta e apresentando 31,8 quilos a menos, constatou-se que remanescia um grau de flacidez elevado decorrente do excesso de pele.

Destacou que os relatórios médicos demonstravam que a paciente apresentava grande dismorfismo corporal e com acentuada flacidez em abdomen, mamas e coxas, bem como que o grau de flacidez apresentado foge dos parâmetros de recuperação que seriam utilizados por meio de atividade física específica e localizada, por se tratar de excesso de pele decorrente da grande perda de peso, devendo a paciente ser submetida a cirurgia de mastopexia com troca de prótese de poliuretano para preenchimento da hipotrofia e retirada da grande quantidade de pele excedente, dermolipectomia abdominal e lifting de coxas.

Desatacou ainda que o médico afirmou no relatório que tais intervenções se enquadram em necessidade funcional e auxiliará no desenvolvimento de prática de atividades físicas, bem-estar psicossocial, dentre outras e que, portanto, não se tratam de caráter estético, mas reparador, uma vez que os excessos cutâneos contribuem para a dificuldade de deambulação, de realizar uma higiene corporal adequada, prática de exercícios físicos e atividade sexual.

O relator acrescenta que a questão não é nova nos Tribunais do Brasil, tanto que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão para fixar que é ilegítima a negativa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de excesso de pele quando necessárias ao pleno restabelecimento do paciente acometido de obesidade.

O relator afirma que o contrato de plano de saúde se caracteriza, precipuamente, pela transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do contratante e seus dependentes, o que se dá com a prestação de assistência médica e hospitalar pelas entidades vinculadas ao plano e com a fixação de um prêmio a ser

pago pelo beneficiário. Explica que é em face da relevância do direito fundamental envolvido nesta relação jurídica que as administradoras dos planos devem agir com boa-fé durante toda a contratação a fim de preservar a saúde, a dignidade e os interesses dos beneficiários, porquanto, prevalece a presunção legal de sua vulnerabilidade.

Afirma que em que pese exista previsão contratual que exclua procedimentos estéticos o caso dos autos não tem esse caráter uma vez que o excesso de pele é consequência da realização de cirurgia bariátrica. O relator ainda lembra que o TJDFT já julgou diversos casos similares ao dos autos e que vem se posicionando que procedimentos cirúrgicos posteriores à cirurgia bariátrica constituem mero desdobramento desta e são indispensáveis ao restabelecimento da normalidade física e psíquica do paciente acometido por obesidade. Dessa forma, o relator votou pelo não provimento do recurso da operadora de saúde e pelo provimento do recurso da beneficiária para que a restituição dos custos da mamoplastia ocorra na sua integralidade.

Após, o relator considerando que a cirurgia bariátrica está incluída na cobertura conclui configura ilícita a conduta da ré de se negar a custear os procedimentos decorrentes da cirurgia bariátrica, necessárias ao restabelecimento da saúde da autora. Desse modo, comprovada a conduta abusiva do plano de saúde, resta aferir se os eventos narrados dão ensejo à reparação moral.

O relator ressalta que a indenização por danos morais é questão superada e admitida em quase todos os países civilizados e para corroborar com essa posição cita os ensinamentos dos irmãos Mazeaud de que em uma sociedade avençada não se pode tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral. Demonstra que a reparabilidade do dano moral tem

assento no art. 5º, incisos V e X da CF e está previsto em enunciado sumular nº 37 do STJ que dispõe que:" São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Ressalta que aferir se um fato é apto a gerar indenização por danos morais é tarefa difícil razão pelo qual diversos juristas constantemente têm buscado critérios objetivos para solucionar lides que envolvam tal tema. Cita que para Wladimir Valler o Juiz, na falta de regras jurídicas particulares, poderá aplicar as regras da experiência comum administradas pela observação de que ordinariamente acontece, conforme autorização do art. 375 do CPC.

Cita que para Caio Mário da Silva Pereira a caracterização do dano moral depende da ocorrência de ofensa a alguns direitos da personalidade do indivíduo, isto é, aqueles inerentes à pessoa humana, tais como, a imagem, o nome, a honra, a integridade física e psicológica. Porquanto, indispensável que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar na esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo extrapatrimonial. De modo algum pode o julgador ter como referência, para averiguação da ocorrência de dano moral, a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica extremamente tolerante ou insensível.

Ao analisar o caso concreto da lide o relator conclui que os transtornos gerados pela negativa do plano de saúde em custear o procedimento de que necessita a autora foi capaz de gerar angústia e intranquilidade psicológica em qualquer pessoa, sobretudo se for levado em conta que o excesso de pele dificulta a locomoção, a realização da higiene pessoal, podendo causar assaduras, infecções, interferindo na auto-estima da paciente, conforme apontado pelos relatórios médicos. Desse modo, afirma que a recusa ilícita compeliu a autora a se manter em estado de constante

experimentação de desconforto e transtorno psicológico, quando deles poderia eximir-se por meio de cirurgia plástica não estética, embora não se possa negar esse ganho extra.

Salienta que a negativa indevida do plano de saúde em autorizar procedimento necessário ao reestabelecimento da saúde do contratante prescinde de demonstração de prejuízo uma vez se tratar dano moral in re ipsa, conforme exaustivamente já se manifestou o STJ. Evidencia ainda que a má-fé da operadora de plano de saúde restou comprovado uma vez que que excluiu do sistema os códigos referentes às cirurgias reparadoras pós-gastrosplastia necessárias ao complemento do tratamento da obesidade mórbida, sob o pretexto de justificar a sua não cobertura pelo plano.

Dessa forma, uma vez superado o an debeatur o relator passou à análise do quantum debeatur. Asseverou que o arbitramento do dano moral deve ser alicerçado no caráter punitivo e pedagógico da compensação, com o objetivo de desestimular que a operadora de plano de saúde requerida venha a praticar novos e idênticos ilícitos, bem como que essa prática, também, não se torne comum entre outras operadoras em saúde.

Ainda, ressalta que a indenização, também, deve cumprir a função compensatória, isto é, deve servir para compensar a esfera íntima do ofendido. Observa que nesta tarefa o juiz deve sopesar os bens jurídicos envolvidos ante a inexistência de critérios objetivos para a fixação do valor adequado. O relator socorrendo a doutrina cita algumas regras propostas pela Maria Helena Diniz, entre elas: o bom-senso e moderação, avaliar o grau de culpa, a gravidade da ofensa, o nível socioeconômico do lesante, a realidade da vida e as particularidades do caso em exame. Apoia-se, também, em Humberto Theodoro Júnior, que evidencia, ao citar o

Código Civil Português e R. Limongi França, a necessidade de fixar o dano moral de forma equitativa.

Ao se servir da doutrina, o relator então define quais critérios utilizara para a fixação do quantum debeatur. São eles: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva.

Ao analisar o caso em exame conclui que o grau de culpabilidade da ré foi elevado, porquanto a negativa em autorizar o procedimento necessário ao restabelecimento da autora configura evento apto a provocar intranquilidade e sofrimento constante e injusto, bem ainda de duração prolongada em decorrência de conduta recalcitrante da ré. As partes envolvidas não obtiveram qualquer benefício com o evento e, em que pese se tratar a ré de empresa de grande porte, o fato é que sua negativa foi embasada em cláusula contratual erroneamente interpretada. Por fim, acrescenta que não possível atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger.

Após, essas considerações o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso da operadora de plano de saúde e pelo conhecimento e provimento do recurso da beneficiária, reformando a sentença, para condenar a operadora de plano de saúde ao pagamento integral dos valores pagos pela autora na cirurgia das mamas e prótese, sendo a quantia de R$ 19.734,75 (dezenove mil

setecentos e trinta e quatro reais e setenta e cinco centavos), e ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de reparação dos danos morais.

O Desembargador José Divino e a Desembargadora Vera Andrigui votaram com o relator. Dessa forma, o recurso da operadora de plano de saúde foi conhecido e desprovido e o recurso da beneficiária foi conhecido e provido, por unanimidade, para condenar a operadora de plano de saúde ao pagamento integral dos valores pagos pela autora na cirurgia das mamas e prótese e ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de reparação dos danos morais, pois os julgadores entenderam que os procedimentos cirúrgicos posteriores à cirurgia bariátrica constituem mero desdobramento desta e são indispensáveis ao restabelecimento da normalidade física e psíquica do paciente acometido por obesidade e que a conduta da operadora de plano de saúde em custear o procedimento de que necessita a autora foi capaz de gerar angústia e intranquilidade psicológica aptas a configurar danos morais.

4.1.2. Exame prescrito pelo médico

Matéria apreciada demasiadamente nos julgados do TJDFT é se a recusa dos planos privados de assistência à saúde em cobrir exames prescritos por médico assistente apta a gerar indenização por danos morais. O acordão n. 1024604[227]

[227] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 20160710094625. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça)". O rol de procedimentos[...]. Apelante: Santa Luzia Assistência Médica S/A – SLA. Apelado: Pedro Souza Araujo. Relator: Desembargador Hector Valverde Santana. Data de Julgamento: 14/06/2017. Publicado no DJE: 06/07/2017. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&ca

proferido pela Primeira Turma Cível do TJDFT, de relatoria do Desembargador Hector Valverde Santana, no bojo de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência cumulado com indenização por danos morais ajuizada por beneficiário em face de operadora privada de assistência à saúde, foi selecionado entre os julgados do TJDFT afim de elucidar a matéria.

A situação fática abordada na ação consistia na necessidade de o beneficiário, que apresenta alterações comportamentais sugestivas de autismo, realizar o exame EXOMA, solicitado pelo médico geneticista, a qual teve autorização negado pela operadora de plano de saúde, sob o argumento de este não consta no rol da ANS.

O acórdão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde em face da sentença proferida pela Primeira Vara Cível de Taguatinga que confirmou a tutela antecipada deferida e julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar a operadora de plano de saúde a autorizar e custear o exame EXOMA em favor do beneficiário, sob pena de multa diária prevista na decisão, bem como ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de compensação pelo dano moral ocasionado uma vez que o beneficiário teve que sofrer a angústia de uma atitude desmedida e despropositada de uma negativa, e mais grave ainda, após o início do tratamento, o deixando sem o diagnóstico célere de sua enfermidade.

mposSeleci
onados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=
&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDa PaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

A operadora de plano de saúde em suas razões recursais sustenta que o contrato firmado prevê cobertura exclusivamente para procedimentos no rol de cobertura da ANS, para segmentação ambulatorial, conforme estabelecido nas cláusulas contratuais. Alega que o exame EXOMA, não faz parte do rol de cobertura do plano contratado pelo autor, conforme regulamentação da ANS.

Esclarece que a ANS define uma lista de consultas, exames e tratamentos denominada de Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que os planos de saúde devem oferecer conforme cada tipo de plano, ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia, referência ou odontologia. Menciona que basta consultar a página virtual da ANS para checar que o referido tratamento não possui cobertura obrigatória, não restando dúvidas quanto a sua responsabilidade de não custeá-lo em razão do pedido do apelado.

Entende que não houve inadimplemento contratual no caso em tela, e que não houve abalo capaz de ensejar compensação por danos morais. Considera que a condenação aplicada foi pesada e desproporcional à suposta conduta ilícita da apelante, promovendo o enriquecimento ilícito do beneficiário, em decorrência dos fatos narrados no presente caso. Assim, requer o conhecimento e provimento da presente apelação para que se julguem improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial.

O relator Desembargador Hector Valverde de início destaca que à lide deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) que, por sua vez, regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF). Posicionamento que se coaduna com o Enunciado Sumular n. 469 da Súmula da

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: "Aplica-se o CDC aos contratos de plano de saúde"[228]

Ressalva que o art. 6º, inciso VIII, do CDC autoriza a inversão do ônus da prova quando presente a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor. Afirma que no presente feito, entretanto, resta demonstrado que o autor é beneficiário do plano de saúde da ré, e não consta nos autos nenhuma informação acerca de eventual inadimplência do contratante, razão pela qual se entende que o autor estava adimplindo regularmente as suas obrigações.

O relator destaca que o art. 6º, incisos VI e VII do CDC evidenciam como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais, inclusive facilitando o acesso ao Poder Judiciário. O art. 51, incisos IV e XV do CDC efetiva a garantia do dispositivo mencionado ao dispor que são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade ou ainda que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Dessa forma, o relator conclui que a negativa de cobertura da operadora de plano de saúde do exame Exoma sob o argumento de que não está previsto no rol de procedimentos da ANS não deve prosperar uma vez que trata de rol meramente exemplificativo. A injusta recusa da realização do exame prescrito por médico macula o próprio objeto do contrato que é a assistência à saúde, sobretudo nas situações de maior vulnerabilidade.

[228] O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão

O julgador salienta que o art. 12 da Lei n. 9.656/1998, norma especial que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, elenca um rol mínimo de exigências a serem atendidas pela operadora de plano ou seguro de saúde, entre as quais se destaca a cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica. Dessa forma, de acordo com o relator a operadora de plano de saúde não pode furtar a custear tratamento prescrito por médico assistente, uma vez que o plano de saúde pode apenas estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para sua cura.

Ainda, destaca que o TJDFT entende ser abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde qualquer tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano. Acrescenta, também, que o art. 47 do CDC determina que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Dessa forma, conclui que não pode a operadora de plano de saúde se negar a custear tratamento indicado por médico assistente, com base em interpretação desfavorável contida em cláusula contratual abusiva. A negativa em cobrir o procedimento de que necessitava o apelado equivaleu a negar o próprio atendimento médico contratado.

Quanto à indenização por danos morais o relator evidencia que a doutrina e a jurisprudência assentam que o prejuízo imaterial é decorrência lógica da própria violação do direito da personalidade ou da prática do ato ilícito. Define o dano moral como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de

repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano.

Conclui que no caso posto em exame a conduta da operadora de plano privado de assistência à saúde é violadora de direitos de personalidade, uma vez que aumenta as agruras e frustrações no paciente, cujo estado de saúde e psicológico já estão abalados pela própria doença, além do que corresponde a um ato ilícito. O relator esclarece, ainda, que esse é o entendimento que o STJ vem firmando em casos semelhantes.

Assevera, ainda, que o objeto da prestação desses serviços está diretamente ligado aos direitos fundamentais à saúde e à vida, os quais demandam tratamento preferencial, e que não podem ser negligenciados. Dessa forma, compreende que a recusa injustificada da operadora do plano de saúde não se trata, portanto, de mero inadimplemento contratual, pois seus efeitos refletem diretamente em aspectos ligados à personalidade do consumidor.

Superado o an debeatuar o relator passa a análise do quantum debeatur. Exprime que a fixação do valor devido deve observar critérios gerais da equidade, proporcionalidade e razoabilidade, bem como atender a critérios específicos, tais como o grau de culpa do agente, o potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado, esclarecendo-se que o valor do dano moral não pode promover o enriquecimento ilícito da vítima e não deve ser ínfimo a ponto de aviltar o direito da personalidade violado.

Levando em consideração tais critérios o relator entendeu que o valor fixado na sentença de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é razoável e suficiente para reparar os transtornos sofridos pelo consumidor, de modo que o valor indenizatório atendeu



adequadamente a função pedagógica da condenação, sem implicar enriquecimento sem causa do autor ou prejuízo à atividade da empresa ré.

Dessa forma, votou pelo não provimento do recurso e, consequentemente, para a manutenção dos fundamentos da sentença. Acompanharam o relator o Desembargador Teófilo Caetano e a Desembargadora Simone Lucindo. Dessa maneira, por unanimidade, foi negada a apelação interposta pela operadora de plano de saúde que pretendia afastar a indenização por danos morais ou minorar o quantum indenizatório uma vez que os julgadores concluíram que a conduta da operadora de plano privado de assistência à saúde em se furtar em custear a realização do exame prescrito pelo médico ao beneficiário é violadora de direitos de personalidade, uma vez que aumenta as agruras e frustrações no paciente, cujo estado de saúde e psicológico já estão abalados pela própria doença, configurando-se, assim, os danos morais.

4.1.3. Medicamento

Matéria recorrente nos julgados do TJDFT é se a recusa dos planos privados de assistência à saúde em custear medicamentos é apta a gerar indenização por danos morais. O acordão n. 1153548[229] proferido pela Primeira Turma Cível do

[229] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 0001420-54.2017.8.07.0008. 1. As operadoras dos planos de saúde não podem impor limitações que descaracterizem a [...]. Apelante/apelado: VANESSA APARECIDA DE PAULA COSTA e CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 28/02/2019. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&index



TJDFT, de relatoria da Desembargadora Simone Lucindo, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com compensação por danos morais ajuizada por beneficiária em face de operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os vários julgados do TJDFT afim de ilustrar a temática proposta.

O caso dos autos trata-se de beneficiária que sofre da moléstia lúpus eritematoso sistêmico (CID M32) há 19 anos e necessita do medicamento RITUXIMABE (MABTHERA) 1000 MG, conforme indicação médica, entretanto, teve o fornecimento do medicamento recusado pela operadora de plano de saúde sob o fundamento de que o medicamento solicitado não está elencado no rol da ANS para a utilização no tratamento da doença a qual a requerente é portadora.

O acórdão apreciou apelação interposta pela beneficiária e pela operadora de plano de saúde em face da sentença proferida pela Vara Cível do Paranoá que julgou parcialmente procedentes os pedidos para confirmar a tutela de urgência deferida para obrigar a operadora de plano de saúde a autorizar e custear o tratamento prescrito para a doença que acomete a autora (lúpus eritematoso sistêmico) e condená-la, ainda, ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

O magistrado entendeu que o consumidor ao contratar plano de saúde busca garantir assistência à saúde e não a utilização de determinado procedimento, mesmo porque não tem como prever as doenças que poderão acometê-lo de modo que

---

acao=&ramoJ
uridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR
,%20BAS
E_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tip
oDeData=
&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=
&numeroDa PaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

mostra-se totalmente abusiva a atitude da operadora de plano de saúde de postergar, com seguidos subterfúgios, tratamento que poderia ser realizado em tempo exíguo, de forma a minorar o sofrimento daquela que já experimenta momento difícil, por se encontrar com a saúde debilitada.

Ademais, concluiu que a conduta da ré agravou o estado psicológico e o sofrimento da beneficiária, porquanto, além de ter que enfrentar todo o difícil processo de tentativa de tratamento e recuperação da enfermidade, teve que suportar a oposição da requerida em autorizar o procedimento médico com a presteza que lhe cabia deferir, causando-lhe sentimento de apreensão, angústia e ansiedade que poderia ter sido evitado.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde aduz, em suma, que os princípios da livre concorrência e da iniciativa privada devem conviver com a proteção ao consumidor. Sustenta que a cobertura do procedimento buscado não tem cabimento, visto que não consta no contrato entabulado, tampouco no rol da ANS, de modo que sua conduta atende aos ditames legais.

Assevera que a mensalidade dos beneficiários é calculada em observância aos riscos inerentes a cada contrato, sendo que a procedência do pedido inviabiliza sua atividade. Argumenta que a assistência ampla e irrestrita à saúde é dever do Estado, conforme prevê o art. 196 da CF e não das operadoras de planos privados de assistência à saúde, cujos termos do contrato devem ser observados.

Argumenta não estarem configurados danos morais já que não há qualquer conduta ilícita omissiva ou comissiva por sua parte, bem como não há atestados médicos ou psicológicos juntado aos autos, não existindo, portanto, comprovação de que a autora foi atingida em sua ordem subjetiva. Subsidiariamente, afirma que a

quantia arbitrada é excessiva, devendo ser minorada. Requer o conhecimento e o provimento do apelo nos pontos combatidos.

A beneficiária em suas razões recursais alega que o montante arbitrado a título de danos morais é ínfimo ante a gravidade da conduta da ré, que negou a cobertura de tratamento de grave doença. Requer o conhecimento e o provimento do recurso para majorar o quantum compensatório fixado. Nas contrarrazões, tanto, a operadora de plano de saúde, quanto, a beneficiária, requerem o não provimento do recurso contrário.

A relatora ao iniciar o seu voto estabelece como controvérsia recursal a análise da necessidade de cobertura de procedimento não previsto no Rol da ANS por parte do plano de saúde, bem como da ocorrência de danos morais e sua compensação. Destaca que para a elucidação da controvérsia é importante, inicialmente, atentar que a prestação particular de serviços de saúde possui uma função social, que é dar pronto e adequado atendimento ao segurado em situação de perigo de saúde, a fim de que seja preservada a sua integridade física e psicológica.

Segundo a relatora as operadoras de planos de saúde não podem se recusar a custear tratamentos e medicamentos sob o subterfúgio de cláusulas contratuais que interfiram na terapêutica necessária à recuperação do paciente, pois esse papel cabe apenas ao médico, uma vez que somente ele possui os conhecimentos e a experiência necessária para indicar o melhor tratamento a ser seguido, o que compreende a escolha do medicamento mais adequado ao caso concreto de cada paciente segurado.

Nesse sentido, admitir posicionamento contrário seria dar autorização para que as operadoras de planos de saúde substituíssem o exercício da atividade médica, vedando previamente tratamentos, medicamentos e técnicas que considerassem onerosas, prejudicando os beneficiários no acesso aos melhores tratamentos. A

operadora de plano de saúde pode definir quais enfermidades terão cobertura pelo plano de saúde, no entanto, revelam-se abusivas as cláusulas contratuais que limitam a terapêutica ou os medicamentos a serem utilizados na busca da cura de cada doença a ser tratada.

Afirma, ainda que o argumento sustentando pela operadora de plano de saúde de que o rol da ANS não prevê o tratamento solicitado pelo beneficiário não deve prosperar uma vez que se trata de listagem não exaustiva representando apenas uma cobertura mínima obrigatória. Dessa forma, a cláusula contratual que exclui determinado procedimento deve ser reputada abusiva uma vez que coloca o consumidor em posição de desigualdade.

A relatora observa que os relatórios médicos apontaram que o medicamento solicitado (RITUXIMABE 1000 mg) é o mais eficaz no controle da doença, de modo que sua negativa de fornecimento pode, indubitavelmente, ocasionar à autora danos irreparáveis ou de difícil reparação. Desse modo, conclui que a operadora de plano de saúde deve fornecer o medicamento referido.

A julgadora argumenta que a contratação de plano de saúde tem por objetivo, justamente, propiciar ao usuário atendimento médico eficiente na rede particular, sobretudo em razão da reconhecida deficiência da rede pública para atendimento de todos os usuários e que da própria natureza do serviço envolvido no contrato, a negativa de fornecimento de tratamento não pode ser considerada fato corriqueiro, mero aborrecimento ou simples inadimplemento contratual.

Concluiu que a negativa da operadora de plano de saúde em fornecer medicamento comprovadamente mais eficaz que os outros disponíveis no mercado se evidencia fato configurador de dano moral, seja de ordem objetiva, em razão da violação ao direito personalíssimo à integridade física (art. 12 do CC), seja de ordem

subjetiva, decorrente da sensação de angústia e aflição psicológica em situação de fragilidade já agravada pela doença. Nessa perspectiva, a relatora expõe que constatados o dano, a conduta ilícita e o liame entre tais elementos, a compensação da lesão é medida que se impõe, encontrando respaldo no art. 927, § único, do CC.

Restando incontroverso o dever de indenizar a relatora passou a análise da quantificação do dano moral. Exprime que em que pese a falta de critérios objetivos, sua fixação deve ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, de sorte que a quantia definida, além de servir como forma de reparação do dano, deve ter caráter sancionatório e inibidor da conduta praticada.

Nesse sentido, além da análise do evento causador do dano, a condenação deve se amparar nas circunstâncias do caso, na capacidade econômica do ofensor e no efeito pedagógico da condenação, servindo como desestímulo à prática de novas condutas lesivas, sem que se caracterize o enriquecimento sem causa para a autora. Dessa forma, fixou os danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Assim, a relatora votou pelo conhecimento e não provimento dos recursos mantendo intacta a sentença.

Em seguida, o Desembargador Rômulo de Araújo Mendes acompanhou o voto da relatora. Após, o Desembargador Roberto Freitas inaugurando divergência votou pela majoração da fixação do quantum debeatur para o montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) afim de que as três finalidades da responsabilidade civil sejam cumpridas, quais sejam, a compensatória, punitiva e preventiva-pedagógica.

Ressaltou que os aspectos punitivo e pedagógico visam desestimular que os fornecedores, especialmente os litigantes habituais, conduzam estratégias de atuação no mercado que sejam eficientemente econômicas, tendo como instrumento a lesão aos direitos dos consumidores. Tais dimensões visam prioritariamente coibir a

reiteração da conduta do ofensor, ao invés da compensação pela lesão do bem jurídico do consumidor. Diante de tal realidade, a indenização com função punitivo-pedagógica cumpre o objetivo de programar o comportamento desses agentes econômicos.

Dessa forma votou pelo conhecimento da apelação e pelo provimento para reformar parcialmente a sentença no que diz respeito à fixação do valor a título de danos morais, majorando de R$5.000,00 para R$15.000,00 (quinze mil reais). Posteriormente o Desembargador Hector Valverde Santana seguiu a divergência. Pontuou que a fixação do valor da indenização por danos morais deve considerar as suas três finalidades: a compensação pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações experimentados pela parte requerente, a punição para a parte requerida e a prevenção futura quanto a fatos semelhantes (função pedagógica).

Discorreu que para a fixação do valor devido, o julgador deve utilizar os critérios gerais, como o prudente arbítrio, o bom senso, a equidade e a proporcionalidade ou razoabilidade, bem como os específicos, sendo estes o grau de culpa da parte ofensora e o seu potencial econômico, a repercussão social do ato lesivo, as condições pessoais da parte ofendida e a natureza do direito violado.

Ao analisar o caso concreto com base nos critérios elencados entendeu que o valor de R$ 5.000,00 reais fixados na sentença é aquém do devido uma vez que a autora se encontrava em estado de saúde delicado uma vez portadora da patologia denominada lúpus eritematoso sistêmico (CID M32) e faz uso de medicamentos que não produzem o mesmo efeito do ora pleiteado, em razão de negativa indevida por parte da operadora de planos de saúde.

Dessa forma votou pelo conhecimento e não provimento da apelação operadora de plano de saúde e pelo conhecimento e provimento da apelação da

beneficiária para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00. Após o Desembargador Teófilo Caetano acompanhou o voto da relatora. Ao fim, a Primeira Turma Cível do TJDFT, por maioria, conheceu e negou o provimento dos recursos interpostos pela operadora de plano de saúde e pela beneficiária para manter os fundamentos da sentença uma vez que em que pese os julgadores concluíram pela configuração do dano moral o valor fixado na sentença de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) adequado para garantir as funções da responsabilidade civil, quais sejam, a compensatória, punitiva e preventiva.

4.1.4. Emergência e Urgência

Matéria apreciada nos julgados do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes recusa dos planos privados de assistência à saúde em cobrir procedimentos em caráter de emergência e urgência. O acordão n. 1036674[230] proferido pela Primeira Turma Cível do TJDFT, de relatoria do Desembargador Roberto Freitas, no bojo de ação de ação de obrigação de fazer

[230] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. 20160710155199APC.1. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais movida por consumidora contra fornecedora de plano de saúde [...]. Apelante: SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAUDE. Apelado: CATIA MARIA DIAS SOARES SIQUEIRA. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 02/08/2017. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1036674&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

cumulada com indenização por danos morais ajuizada por beneficiária em face de operadora privada de assistência à saúde, foi destacado entre os vários julgados do TJDFT com a finalidade de estampar a matéria proposta.

O caso dos autos trata-se de beneficiária que ao sentir fortes dores abdominiais, buscou atendimento médico, sendo acolhida e diagnosticada com colecistite aguda, pancreatite residual e coledoclitíase, bem como indicou o médico imediata intervenção cirúrgica, sob pena de risco de vida, entretanto o procedimento foi negado pela operadora de plano de saúde, sob o argumento de que o prazo de carência para a realização da prestação do serviço ainda não havia finalizado.

O acórdão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde contra sentença proferida pela Quarta Vara Cível de Taguatinga que julgou procedente os pedidos da beneficiária para que a operadora de plano de saúde disponibilizasse o tratamento, sob pena de pagamento de multa cominatória, além de condená-la a pagar a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais uma vez que a conduta da operadora foi ilícita na medida em que agiu com abuso de direito ofendendo o patrimônio ideal da beneficiária que se encontrava em precário estado de saúde.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde sustentou que a beneficiária quando solicitou o procedimento cirúrgico não havia cumprido o prazo de carência de 180 (cento e oitenta) dias previsto no contrato e que não lhe foi demonstrado o caráter emergencial ou de urgência da cirurgia pretendida. Defende que deve prevalecer o disposto no contrato firmado entre as partes. Insurge-se, ainda, contra a imposição de obrigação de reparação dos danos morais e contra o valor estipulado.

O relator iniciou o seu voto analisando a questão da obrigação da cobertura. Destacou que a relação entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo, nos termos do Enunciado Sumular n. 469 do STJ[231]. Pontuou que o art. 6º do CDC prevê direitos básicos ao consumidor, entre eles: a proteção da vida e saúde; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços e a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Em seguida, destacou que o art. 47 do mesmo diploma legal prevê que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Segundo o relator a recusa embora amparada em cláusula contratual está em desacordo com a proteção dada à consumidora pelas normas consumeristas, de acordo com o disposto no art. 51, inc. IV do CDC, pois o contrato de seguro saúde possui características especiais e não pode, portanto, violar seu cerne principal que é a garantia de proteção à vida e à saúde.

Além do que, também, não encontra amparo na LPS uma vez que o art. 35-C prevê que em casos de urgência, os decorrentes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional, ou emergência, os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente, a operadora de plano de saúde obriga-se a acobertar os custos ainda que não cumprido o prazo de carência do contrato. Dessa forma, há a obrigatoriedade de a operadora de plano de saúde cobrir os custos de atendimento

[231] O enunciado sumular n. 469 do STJ foi cancelado na sessão de 11 de abril de 2018 ao apreciar o projeto de súmula n. 937. O enunciado sumular n. 608 do STJ editado em 11 de abril de 2018 dispôs que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

à saúde em casos de emergência em razão do risco imediato de morte do paciente, devendo nesta ocasião ser respeitado o prazo máximo de máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do art. 12, inciso V, da LPS.

Nesse sentido, conforme as provas carreadas nos autos, o relator conclui que a negativa de cobertura pela operadora de plano de saúde, sob o fundamento de não cumprimento da carência foi injusta uma vez que a beneficiária comprovou a emergência através de laudo de médico assistente que indicava risco eminente de complicações como pancreatite aguda, colangite aguda, patologias de alta morbidade e mortalidade.

Por tais considerações, concluiu pela obrigatoriedade de cobertura do procedimento cirúrgico requerido pela segurada. Posto isto, o relator passou a análise dos danos morais. Salienta que para impor o dever de reparar dano extrapatrimonial o julgador deve aferir a presença dos pressupostos configuradores da responsabilidade civil: conduta ilícita, dano e nexo causal. No caso em exame concluiu que a operadora de saúde ao negar a cobertura agiu contrária à lei.

Quanto ao dano elucida que se justifica na violação do direito, que gera prejuízo a alguém, devendo, portanto, ser restituído ou compensado. A doutrina e a jurisprudência relacionam o dano extrapatrimonial a ofensas que atingem à pessoa, notadamente nos direitos afetos a sua personalidade, vida, integridade, imagem, dentre outros. No caso em análise afirma que é presumível e plausível o abalo psicológico, segundo as regras de experiência, pois além de ter quer enfrentar o sofrimento próprio do procedimento cirúrgico a que seria submetida, teve que suportar a angústia de receber uma negativa de cobertura, quando precisava de atendimento emergencial.

O relator explana que o dano extrapatrimonial não se caracteriza apenas quando há lesão à ofensa aos direitos da personalidade, tendo também uma finalidade pedagógica, direcionada ao comportamento do agente ofensor. Trata-se de medida que, além de satisfazer o direito do ofendido, tem o condão de coibir condutas ofensivas e reiteradas, de modo a desestimular a sua reiteração.

O relator realizou pesquisa no sistema informatizado do TJDT que revelou que a operadora de plano de saúde requerida possui na primeira instância 255 processos, além do registro de 282 recursos na 2ª Instância. Pontua que tais dados evidenciam a litigância habitual da operadora de plano de saúde e corroboram a necessidade de se adotar a função pedagógico-punitiva da indenização.

Ressaltou que julgados do STJ reconhecem a ocorrência de dano independentemente de prova do prejuízo (dano in re ipsa) na hipótese de recusa indevida pelo plano de saúde. Pontua, ainda, que a indenização deve cumprir a tripla função: compensatória, reparatória e punitiva. Destaca que o caráter punitivo se justifica diante da desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, o que pode resultar em condutas lesivas e eficientemente econômicas ao fornecedor. Tal dimensão visa muito mais coibir a reiteração da conduta do ofensor, do que recompor o bem jurídico lesado do consumidor

No caso em análise conclui que a conduta da empresa que administra plano de saúde, consistente na não cobertura de tratamento emergencial, sem observância das cautelas necessárias a evitar prejuízo ao aderente, afigura-se abusiva, na medida em que motivada pelos custos do tratamento utilizado pelo consumidor, além do que atingiu os direitos da personalidade da beneficiária. Conforme as considerações tecidas concluiu que os pressupostos da responsabilidade civil restaram preenchidos

de modo que a operadora de plano de saúde deve responder por danos morais. Em seguida, passou análise da quantificação da indenização.

O relator pontua que no âmbito das relações de consumo, a atuação do Poder Judiciário somente será efetiva se a análise do caso se realizar sob o prisma da coletividade, dada a natureza transindividual de tais relações jurídicas. Nesse sentido, a quantificação do dano não se restringe à aferição dos direitos de personalidade, mas também como desestímulo à reiteração de condutas lesivas aos consumidores. A função punitiva é, portanto, direcionada mais ao ofensor do que ao ofendido, dada a necessidade de se buscar resultados protetivos à coletividade.

Para quantificar o valor da indenização o Desembargador aponta pela necessidade de se utilizar critérios objetivos em conformidade com o instituto que podem ser extraídos tanto do microssistema do CDC, quanto, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no ponto em que estabelecem sanções. Tais normas podem ser aqui adotadas por analogia, notadamente diante do reconhecimento do caráter punitivo da indenização.

O desembargador salienta que o art. 56 do CDC disciplina as sanções administrativas aos fornecedores que incorrerem em infrações às normas de defesa do consumidor e que o Decreto n. 2.181/1997, que trata da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas, disponibiliza parâmetros para imposição e gradação de penas. O relator destaca alguns critérios contidos no art. 28 do citado decreto: a gravidade da prática, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator.

Ressalta, também, os arts. 25 e 26 elencam como agravantes: a circunstância de ser o infrator reincidente, ter cometido a prática infrativa para obter vantagens

indevidas, trazer a prática infrativa conseqüências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências, ter o infrator agido com dolo e ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo. Aponta que o art. 38 da lei n. 12.529/2011 estabelece penas de multa aos responsáveis pela prática de infração à ordem econômica.

Com base nesses parâmetros conclui que o valor estipulado pelo Juízo de origem, de R$ 10.000,00 (dez mil reais), atende à finalidade compensatória, punitiva e preventivo-pedagógica do dano extrapatrimonial. Dessa forma, o relator votou pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso da operadora de plano de saúde.

O Desembargador Teófilo Caetano e Romulo de Araujo Mendes acompanharam o relator. Ao final a Primeira Turma Cível, por unanimidade, decidiu pelo conhecimento e desprovimento do recurso da operadora de plano de saúde que pretendia afastar os danos morais uma vez que os julgadores concluíram pela sua existência dado que a angústia e sofrimento experimentados pela beneficiária, que se encontra com risco eminente de vida, foram acentuadas em razão da negativa indevida da operadora de plano de saúde em custear procedimento emergencial.

4.2. Hipóteses em que não há a configuração dos danos morais

4.2.1. Urgência ou emergência não comprovada

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa

dos planos de saúde em autorizar a realização de procedimentos de beneficiários que não esgotaram o prazo de carência quando ausente a configuração da urgência ou emergência. O acordão n. 1066896[232] de relatoria do Desembargador Sebastião Coelho, proferido pela Quinta Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi destacado com o fito de abordar esta temática.

No caso concreto dos autos, a beneficiária, à época com 38 semanas e 4 dias de gestação, deu entrada no Hospital em trabalho de parto, no entanto, o plano de assistência privada à saúde se negou a autorizar o procedimento obstétrico, sob a alegação de que o prazo de carência de 300 dias ainda não havia transcorrido uma vez que o contrato foi firmado em 15/01/2016. Contudo, sustenta a consumidora que em razão do caráter de urgência o parto deveria ser coberto.

O acordão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Terceira Vara Cível que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial uma vez que os relatórios médicos demonstraram que houve natural evolução para parto normal e não há qualquer menção a atendimento de

[232] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (5. Turma Cível). Apelação.
20170310018427APC.1. A negativa de autorização para parto a termo, quando não caracterizada situação de urgência ou emergência [...]. Apelante: EDYSLANIA MARIA MOTA SOUZA. Apelado: SAUDE SIM LTDA. Relator: Desembargador Sebastião Coelho. Data de Julgamento: 06/02/2017. Publicado no PJE: 23/01/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

urgência ou emergência, tanto que nem sequer foi necessária a realização de cesariana.

A beneficiária sustenta em suas razões recursais alega que restou comprovado o caráter de urgência no atendimento, em face das necessidades clínicas com possíveis riscos à sua saúde e à de sua filha, uma vez que estava grávida, com 38 semanas e 4 dias de gestação, devendo dessa forma ser respeitado o prazo de carência de 24 horas, nos termos do art. 12, V, "c", da Lei nº 9.656/1998.

Sustenta que é evidente o abalo ocasionado pela negativa do plano devido à situação de urgência, o que poderia acarretar diversas consequências ocasionadas pela demora. Dessa forma, requer que os pedidos sejam julgados procedentes nos termos da petição inicial. Em sede de contrarrazões a operadora de plano de saúde defende a manutenção dos fundamentos da sentença.

O relator destacou que o relatório médico acostado nos autos demonstrou que: a gestante de 38 semanas e 4 dias deu entrada no Hospital São Francisco na madrugada do dia 30/7/2016 em franco trabalho de parto, com ruptura prematura de membrana (...), evoluindo rapidamente para parto normal tendo a criança nascido no mesmo dia, às 5h10. Ressaltou que o contrato é expresso acerca do prazo de carência, lá constando que a cobertura obstétrica de parto a termo é de 300 (trezentos) dias e que a cobertura de urgência e emergência, cujo prazo de carência seria de 24 horas, é válido apenas para caso de complicações no processo gestacional, e emergência, risco imediato à vida ou lesões irreparáveis.

O Desembargador concluiu que no caso dos autos, após análise das provas colecionadas, que a gestante se encontrava em processo gestacional a termo, ou seja, aquele que ocorre sem intercorrências, dentro da normalidade, com 38 semanas de gestação, sem qualquer complicação do processo gestacional. Constatou, portanto,

que a recusa da operadora de plano de saúde em autorizar o procedimento médico foi justificável já que expressamente constava do contrato o período de carência para parto a termo, e ainda encontrava em vigência.

Nesse sentido, concluiu consequentemente pela não configuração dos danos morais uma vez que a recusa da operadora de plano de saúde não configurou ato ilícito, pressuposto indispensável para caracterizar a responsabilidade civil. À vista disso, o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso. O Desembargador Silva Lemos e o Desembargador Robson Barbosa Azevedo, votaram com o relator.

Por fim, a Quinta Turma Cível, por unanimidade, decidiu pelo conhecimento e desprovimento do recurso da beneficiária uma vez que os magistrados assentaram que a emergência ou urgência não restaram comprovadas, dado que o parto evolui sem quaisquer complicações, de forma que a conduta da operadora de plano de saúde em se negar a custear o parto foi justa não tendo que se falar dessa forma em responsabilização por danos morais.

4.2.2. Procedimento com fins estéticos

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa dos planos de saúde em autorizar a realização de procedimentos com fins estéticos. O acordão n. 1126897[233] de relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, proferido

[233] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. 20160710188876APC.1. A relação jurídica estabelecida entre a operadora de plano de saúde e a contratante se caracteriza como de consumo, submetendo-se às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.2º, §2º) [...]. Apelante: LORRANY ALVES PEREIRA. Apelado: CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAUDE S/A. Relatora: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 12/09/2018. Publicado no DJE: 02/10/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-



pela Sexta Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi selecionado e destacado afim de expor esta problemática.

No caso em exame a beneficiária após ser submetida a um procedimento cirúrgico de gastroplastia (cirurgia bariátrica), com o passar do tempo, perdeu peso e com isso vieram os incômodos e dores causadas pelo excesso de pele em diversas áreas do corpo, de modo que requereu junto à Operadora de Plano de Saúde a autorização para realizar cirurgia reparadora de reconstrução da mama com prótese e/ou expansor (mamoplastia), no entanto, tal pedido foi negado sob a justificativa de não há previsão de cobertura de tal procedimento no contrato, nem, na regulamentação da ANS.

O acordão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Quinta Vara Cível de Taguatinga que julgou improcedentes contidos na petição inicial uma vez que a perícia realizada por médico apontou que a natureza dos procedimentos pretendidos pela consumidora são a toda evidência essencialmente estéticos, visto que, embora haja hipertrofia das mamas, é de grau moderado, não havendo indicativos de acúmulo excessivo de pele no local que possa

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

gerar complicações que demandem a realização de cirurgia plástica de natureza reparadora.

Nas razões recursais a beneficiária sustentou que seu pedido de cirurgia reparadora de reconstrução da mama com prótese e/ou expansor (mamoplastia) é uma continuidade do tratamento pós-bariátrico e não pode ser considerado meramente estético, sendo sua cobertura obrigatória pelo plano de saúde. Ainda, afirma que para fins de reparação por dano moral, o fato por ela descrito na inicial é suficiente para sua caracterização, sendo desnecessária a demonstração de dor espiritual por ter se tratar de dano in re ipsa. Nas contrarrazões a operadora de plano de saúde se manifestou pela manutenção da sentença.

O relator ao iniciar seu voto salientou que a relação jurídica estabelecida entre a beneficiária e a operadora de plano de saúde é de consumo, nos termos do art. 2, §2, do CDC e da Súmula 296 do STJ, devendo, portanto, ser submetida às normas do código consumerista. Apontou que o relatório médico produzido pelo perito conclui que os procedimentos almejados pela consumidora são de natureza estética vez que a consumidora não possui doença mamária ou sequela e que embora as mamas apresentem certo grau de flacidez e moderadora hipertrofia, não há indicativos que demandem a realização de cirurgia reparadora. Destaca ainda que tal laudo médico nem sequer foi impugnado pela beneficiária.

O relator salienta que o TJDFT vem se manifestado no sentido de ser cabível a cobertura da mamoplastia com inserção de prótese para finalidade terapêutica ou reparadora. Ressaltou, também, que o direito à saúde é bem indisponível que, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana e como fundamento da República Federativa do Brasil - arts. 1º, I, e 6º, caput, da CF.

Aponta ainda que as ações e serviços de saúde são de relevância pública conforme preceituam os arts. 196 e 197 da CF.

No entanto, assevera, que no caso dos autos, os procedimentos solicitados pela consumidora são de cunho estético conforme se depreende do relatório médico de modo que a operadora de plano de saúde não pode ser condenada a custeá-los. Assim, sendo, o relator entendeu que a conduta do plano de saúde não foi apta a deflagrar o dano moral, pois o inadimplemento contratual não atingiu a honra subjetiva da beneficiária, nem afetou sua esfera imaterial e deteriorar aspectos referentes à sua personalidade. O descumprimento do contrato gerou apenas frustações e mero aborrecimentos incapazes de ensejar reparação por danos morais.

Ante a ausência de cometimento de ato ilícito o relator votou pelo conhecimento e não provimento da apelação devendo os fundamentos da sentença serem mantidos. A Desembargadora Vera Andrighi e o Desembargador Esdra Neves acompanharam o relator. A Sexta Turma Cível dessa forma, por unanimidade, julgaram pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela beneficiária uma vez que entenderam que o procedimento solicitado possuía cunho estético e não reparador de forma que a conduta da operadora de plano de saúde em negar a cobertura do procedimento configura exercício regular do direito, além do que, casou apenas frustações e meros aborrecimentos que não são aptos a ensejar reparação por danos morais.

4.2.3. Interpretação razoável de cláusula contratual

Questão que vem sendo submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa dos planos de saúde baseada em interpretação razoável de cláusula contratual. O



acordão n. 1121473[234] de relatoria do Desembargador Roberto Freitas, proferido pela Primeira Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação de obrigação de fazer, compensação por danos morais e tutela de urgência ajuizada por beneficiário em face de operadora de plano de saúde, foi selecionado e destacado afim de ilustrar a controvérsia proposta.

No caso posto em exame o beneficiário é portador de Lúpus Eritematoso Sistêmico e em decorrência desta doença necessita dos medicamentos Belimumabe (Belysta) e Ansentron, cuja dose única custa R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) e necessita para seu tratamento 03 (três) doses no primeiro mês e, nos meses seguintes a aplicação apenas uma.

Contudo o plano de saúde se negou a fornecê-los sob a alegação de que os remédios são de uso ambulatorial fora do regime de emergência e urgência, que não possuem cobertura contratual de medicamentos, uma vez que estes não constam no rol da ANS para tratamento da patologia do autor e não fazem parte da relação

[234] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. 20170110213063APC.1. No caso em análise, o Autor requereu medicamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e fora do rol de procedimentos da ANS para o tratamento de LES, razão pela qual o Plano de Saúde alegou a [...]. Apelante: CARLOS CESAR DA MATA E OUTROS. Apelado: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 22/08/2018. Publicado no DJE: 05/09/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

nacional de medicamentos essenciais, além do afirma que existem outros medicamentos disponíveis no SUS para tratamento da doença do autor e ,por último, que a não cobertura dos medicamentos é expressamente contida no contrato, sendo legítima a negativa ao fornecimento destes.

Ante a recusa afim de atender seus interesses ajuizou ação afim de que obtivesse tutela de urgência para compelir o plano de saúde a arcar com os custos dos medicamentos enquanto houver prescrição médica de continuidade do tratamento e no mérito a confirmação da tutela de urgência em caráter definitivo, a condenação do plano de saúde ao pagamento de R$ 5.000,00 por cada indeferimento do custeio do tratamento médico, bem como o pagamento de R$ 10.000,00 para compensação de danos morais sofridos.

O acordão apreciou apelação interposta pela operadora de plano de saúde em face de sentença proferida pela Décima Quinta Vara Cível de Brasília que julgou procedentes os pedidos contidos na inicial sob o fundamento de que a negativa de custear o tratamento prescrito pelo médico assistente, diante do quadro de agravamento da doença e da falha terapêutica com o uso de fármacos já utilizados e de outros disponíveis aos usuários do SUS, infringe a boa-fé objetiva, uma vez que às partes é imputada a manutenção, em todas as fases contratuais, de conduta proba, leal e ética. Não sendo razoável que a operadora de plano de saúde quando solicitada a arcar com os custos de tratamento capaz de aumentar a sobrevida do segurado e melhorar sua qualidade de vida, se negue a cobertura porque a utilização do medicamento é de uso domiciliar e não faz parte da relação de medicamentos essenciais disponibilizado pelo SUS.

Nas razões recursais a operadora de plano de saúde pugna pela necessidade de reforma da sentença uma vez que o contrato entabulado não cobre os medicamentos

solicitado, além do que não constam no rol da ANS para tratamento da patologia, sendo legítima a negativa ao fornecimento. Defende ainda a inexistência de danos morais uma vez que supostamente não existiu abalo capaz de ensejar compensação desta natureza.

Em sede de contrarrazões a beneficiária afirma que o rol da ANS é exemplificativo e não restritivo, visto que o rol não é dinâmico, capaz de acompanhar a evolução dos novos tratamentos. Portanto, o uso do medicamento é indiscutivelmente aceito para continuação do tratamento. Desse modo requer a manutenção da sentença. A beneficiária, também, interpôs recurso adesivo requerendo a majoração dos danos morais para o valor de R$ 10.000,00 afim de atender os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de assegurar o caráter punitivo da medida. Em contrarrazões o plano de saúde alega o descabimento da majoração da indenização por danos morais.

O relator ao iniciar seu voto, em análise conjunta dos recursos interpostos, destacou a controvérsia objeto do julgamento: verificar a exigência do fornecimento dos medicamentos Belimumabe (Benlysta) e Ansentron para o tratamento da doença Lúpus Eritematoso Sistemático (LES), bem como a existência de abalo moral a ser compensado pela recusa do fornecimento.

O julgador avaliou que o beneficiário tem direito a receber tratamento para a doença Lúpus, mas ressaltou que é vedado a escolha de medicamento de alto custo em razão da coletividade e da reserva do possível. Nesse sentido, evidenciou que o direito à saúde, positivado no art. 196 da CF, não significa acesso irrestrito à assistência médica, conforme conveniência de cada paciente e que, se atendidas sem juízo de ponderação e indiscriminadamente, comprometem as finanças dos planos de saúde.

Alerta que não se pode estimular o acesso à Justiça para obter medicamentos não padronizados, em detrimento de centenas ou milhares de outros pacientes do plano de saúde, que não podem ser usurpados de seu igual direito à vida e à saúde, tanto pior se a usurpação é oriunda de avaliações judiciais a pretexto do exercício do ofício jurisdicional. Sob essas premissas, alega que o Judiciário somente deve intervir à vista de atos de ilegalidade ou em face de abuso discricionário dos planos de saúde, como, a exemplo, a negativa de medicamentos aprovados pelos órgãos competentes.

O relator lamenta que ante o julgamento antecipado da lide os autos não foram carreados com provas suficientes, nem foi dada oportunidade para produção de provas, capazes de evidenciar que os medicamentos disponibilizados pelo plano de saúde efetivamente não trazem resultados ou que existe outras alternativas terapêuticas eficazes. Com base nos estudos citados pelo relator dentre eles o realizado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS em relatório de recomendação e pela Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas de Minas Gerais observa que não há embasamento suficiente para a recomendação do belimumabe para tratamento do Lúpus Eritematoso Sistêmico. vista de todas essas considerações o relator conclui que não existem provas acerca da necessidade de utilização de medicamentos diversos daqueles regularmente fornecidos pela operadora de plano de saúde. O relator, também, concluiu que a recusa da operadora de plano de saúde em fornecer o medicamento não é hábil a desencadear consequência jurídica, pois não se vê que a conduta tenha sido imotivada ou mesmo que não tenha se lastreado em alegação defensável, de maneira a consubstanciar o ato passível de causar dano moral. Além do que não ocorreu lesão aos atributos de sua personalidade, tais como a honra, imagem, dignidade, bem como não se deduz da causa de pedir narrada na inicial.

Esclarece ainda que deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral. Salienta que não se pode banalizar o instituto das indenizações por dano moral, sendo necessário reservá-lo para hipóteses em que, efetivamente, haja ofensa de certa relevância à honra subjetiva ou objetiva de alguém, capaz de fazer com que tenha sofrimento incomum e invulgar.

Para o relator ante a inexistência de violação de direitos de personalidade e a recusa em custear os medicamentos baseada em interpretação de cláusulas contratuais não se tem como vislumbrar reparação de danos morais. Nesse sentido, a indenização pleiteada somente seria possível, se comprovada a ocorrência de fato danoso decorrente de ato ilícito, e depois a lesão a um dos direitos fundamentais com capacidade para causar dor, sofrimento, apreensão, constrangimento, o que não se verificou no caso em exame.

Dessa forma, o relator votou conhecimento e não provimento do recurso interposto pela beneficiária e pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pela operadora de plano de saúde para reformar a sentença recorrida e afastar o fornecimento do medicamento Belimumabe (Benlysta) e Ansentron pelo Plano de Saúde, e afastar a condenação de indenização por danos morais. O Desembargador Teófilo Caetano e a Desembargadora Simone Lucindo acompanharam o voto de relator de forma.

Ao fim, a Primeira Turma Cível, por unanimidade, conheceu e negou o provimento do recurso interposto pela beneficiária e conheceram e deram

provimento ao recurso interposto pela operadora de plano de saúde uma vez que os magistrados entenderam que que a recusa da operadora de plano de saúde em fornecer o medicamento não é hábil a desencadear consequência jurídica, de maneira a consubstanciar o ato passível de causar dano moral, pois não se vê que a conduta tenha sido imotivada ou mesmo que não tenha se lastreado em alegação defensável, além do que foi baseada em interpretação de cláusulas contratuais. Ademais, concluíram que não houve a violação de direitos da personalidade.

4.2.4. Cirurgia eletiva

Questão submetida a análise no âmbito do TJDFT é a existência ou inexistência da configuração de danos morais decorrentes da recusa de cirurgias eletivas, isto é, aquelas que não apresentam critério médico de emergência ou urgência e podem ser agendados para o futuro conforme critérios de priorização[235]. O acordão n. 1135672[236] de relatoria do Desembargador Diaulas Costa Ribeiro,

[235] FREITAS FILHO, Roberto. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 67, p. 77, Jan. /Fev. 2016

[236] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 0701747-37.2017.8.07.0014. 1. Somente os fatos capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo podem justificar [...]. Apelante: NADIR JOSE DA SILVA. Apelado: GEAP AUTOGESTAO EM SAUDE. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Data de Julgamento: 08/11/2018. Publicado no DJE: 13/11/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=

proferido pela Oitava Turma Cível do TJDFT, no bojo de ação ajuizada por beneficiária em face de operadora de plano de saúde, foi destacado afim de exemplificar a problemática posta em análise.

No caso posto em exame aduz a beneficiária que em decorrência de lesão em dois dedos do pé direito necessita realizar cirurgia eletiva, no entanto, a operadora de plano e saúde não autorizou o procedimento, ao argumento de que os laudos emitidos não comprovavam que a lesão da autora possui dimensões extensas e que o código apresentado pelo médico esta divergente do tratamento proposto.

O acordão apreciou apelação interposta pela beneficiária em face de sentença proferida pela Vara Cível do Guará que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para confirmar a tutela de urgência anteriormente deferida de autorizar e custear a cirurgia indicada pelo médico cirurgião da autora – cirurgia eletiva que já foi cumprida, sob o fundamento de que os planos de seguro saúde não podem determinar qual é o melhor ou o pior tratamento para o paciente atribuição a qual deve recair ao médico que possui conhecimento técnico e indicou que a lesão necessitava de fechamento com retalho uma vez que não havia pele suficiente para o fechamento da lesão. No que concerne ao dano moral o magistrado entendeu que não restou configurado. Justificou que é preciso mais do que o simples inadimplemento contratual para gerar o dever de indenizar o dano ao direito da personalidade. Os dissabores da negativa de um serviço, ainda que amparado em cláusula contratual é consequência lógica do descaso da parte contratante com a saúde alheia não havendo nenhuma conduta por parte do plano de saúde que possa

&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

atribuir ofensa à honra, humilhação ou atos vexatórios à parte autora, o que afasta a indenização por danos morais.

Nas razões recursais a beneficiária sustentou que a lesão no pé a impedia de utilizar qualquer tipo de sapato fechado, dificultando sua mobilidade nas tarefas mais comuns do cotidiano. Além disso, suas lesões poderiam piorar com o passar do tempo, implicando em sérios riscos de lesões irreversíveis. Alegou que tem poucos recursos financeiros, de forma que não existe a opção de realizar tal cirurgia com suas próprias economias.

Defendeu que essas circunstâncias lhe causaram angústia, medo, além de muita aflição e que são, portanto, consequências negativas, que transpõem as raias do mero aborrecimento ou do desconforto, como a instabilidade e o desolamento, mormente quando a vítima é portadora de tantas complicações de saúde. Afirma que diante disso houve clara violação aos atributos da personalidade, demonstrando-se patente o ato ilícito da recorrida diante da insegurança promovida pelo inadimplemento e pela má-fé da sua conduta, que colocou em risco um dos bens jurídicos mais preciosos, qual seja: a saúde.

Em decorrência da situação relatada, afim de que a operadora de plano de saúde deixe de praticar os mesmos atos contra os demais segurados na mesma situação a beneficiária pugnou pela condenação em danos morais. Em sede de contrarrazões a operadora de plano de saúde defendeu em suma que não praticou ato ilícito afastando os danos morais pleiteados uma vez que não realizou qualquer bloqueio que impedisse a beneficiária de utilizar os serviços de saúde normalmente.

O relator, ao iniciar seu voto salientou que a controvérsia se cinge a decidir se a recusa da operadora de plano de saúde é apta a gerar indenização por danos morais. Argumenta que somente os fatos capazes de interferir intensamente no

comportamento psicológico do indivíduo podem justificar o seu reconhecimento, sob pena de banalização do instituto.

Segundo o julgador embora seja compreensível a insatisfação do beneficiário diante da negativa de cobertura da cirurgia, o que certamente lhe gerou aborrecimentos e transtornos, não são fatos, por si sós, não têm o condão de violar direitos da personalidade e ensejar a condenação por danos morais uma vez que a cirurgia era eletiva, sem indicativos de risco de morte ou de sequelas irreversíveis, além do que foi realizada logo após a concessão da liminar. Dessa forma, ausente abalo psicológico intenso inexistente o dano moral.

À vista dessas considerações o relator votou pelo conhecimento e não provimento do recurso. O Senhor Desembargador Eustaquio de Castro e o Desembargador Mario-Zam Belmiro acompanharam o relator. Ao fim, a Oitava Turma Cível, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso da beneficiária que pretendia a condenação da operadora de plano de saúde em danos morais. Os desembargadores entenderam que a cirurgia solicitada pela beneficiária era eletiva, isto é, sem indicativos de risco de morte ou de sequelas irreversíveis, além do que não houve abalo psicológico intenso capaz de configurar danos morais.

5. CONCLUSÃO

A saúde é um direito fundamental consagrado pela CF a qual estabelece que pode ser prestada tanto, pelo Estado, por meio do SUS, quanto, pela sociedade privada, através das Operadoras de plano assistência privada à saúde. Os contratos de prestação de assistência à saúde firmados entre os beneficiários e as Operadoras de Planos de saúde são regulados pela LPS, pelo CDC, salvo as sob modalidade de

autogestão, bem como pela ANS e tem por objeto a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistências com a finalidade de garantir o acesso à saúde.

Essa modalidade de prestação de assistência privada à saúde é extremamente utilizada pela população brasileira uma vez que a rede pública em sua grande maioria se encontra sucateada. Ocorre que habitualmente diversos beneficiários de planos privados de saúde do Distrito Federal vêm tendo a assistência à saúde negada pelas Operadoras de Planos de Saúde de modo que se vêm obrigados a ajuizar ações afim de se tutelar o direito saúde. À vista disso, há se notado vertiginoso crescimento da judicialização da saúde o que tem causado preocupação à diversos setores da sociedade.

O TJDFT vem apreciando diversas demandas em que os beneficiários tiveram negada a cobertura de assistência à saúde de modo em que os Desembargadores por vezes tiveram que analisar as consequências jurídicas desencadeadas diante dessa recusa. O presente trabalho se ocupou a estudar apenas uma delas: o dano moral.

O dano moral foi recepcionado pelo art. 5º inc. V e X da CF de 1988 pondo fim a velha discussão acerca da possibilidade de indenizar a violação de direitos imateriais. O microssistema jurídico do consumidor, também, se preocupou em proteger os consumidores da violação dos direitos de personalidade, tendo previsto, a indenizibilidade dos danos morais no art. 6º, inc. VI e VII.

Não há um conceito pronto e acabado de dano moral de modo que a doutrina e a jurisprudência se ocuparam de compreendê-lo. No entanto, não se chegou-se a um consenso, para alguns é tudo aquilo que não implique em uma diminuição patrimonial, para outros, essa conceituação é insatisfatória devendo incluir alguns elementos essenciais, tais como, a dor, o sofrimento, a angústia, o medo.O que se tem discutido é se a recusa das Operadoras de Planos de Saúde é capaz de ensejar

reparação por danos morais. A negativa de cobertura nada mais é que um descumprimento contratual, desse modo, poderia se argumentar que os prejuízos decorrentes desse inadimplemento já estariam acobertados pelo contrato, por meio da das arras ou sinal, da cláusula penal, dos lucros cessantes, das perdas e danos, pela correção monetária e juros.

No entanto, esse pensamento com o devido respeito, não deve prosperar uma vez que os prejuízos decorrentes de uma avença podem transcender a relação contratual e atingir os bens imateriais do contratante que não estão abrangidos pelas cláusulas previamente estipuladas. No entanto, importante pontuar que não é todo descumprimento contratual que irá atingir os direitos de personalidade dos contratantes, devendo-se, assim, analisar caso a caso antes de se concluir pela configuração dos danos morais.

O TJDFT nesse sentido vem firmando o entendimento de que o descumprimento contratual por si só, não é apto a configurar danos morais, devendo-se atestar que gerou mais do que os aborrecimentos cotidianos, isto é, gerou consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico. Desse modo, o tribunal vem firmando o entendimento de que quando a recusa da operadora de plano privado de assistência à saúde é contrária a lei e em razão de sua conduta o beneficiário que já se encontra em estado de saúde debilitado tem o seu sofrimento psicológico agravado há a configuração do dano moral.

O presente trabalho demonstrou que o TJDFT acertadamente entendeu pela configuração do dano moral quando a operadora de plano de saúde se negou a custear tratamento em continuidade a gastroplastia, o fornecimento de medicamentos e a realização de exames prescritos pelo médico, pois essa conduta é violadora de direitos de personalidade uma vez que agrava as frustações e aflições do

beneficiário que já se encontra em estado de hipervulnerabilidade em razão da própria doença que a acomete, além do que, é o próprio médico que possui os conhecimentos técnicos e a experiência necessária para indicar o melhor tratamento a ser seguido.

Também, prudentemente o TJDFT, conforme evidenciado neste presente estudo, decidiu pela existência de danos morais quando a operadora de plano de saúde se furtou em custear procedimentos de caráter de urgência ou emergência sob a alegação de que o beneficiário não havia cumprido o prazo de carência. O Tribunal assentou que os procedimentos em caráter de urgência e emergência não devem obedecer às carências estabelecidas no contrato e sim o prazo de 24 de horas, nos termos do art. 12, inciso V, da LPS. Desse modo, a conduta da operadora mostra-se eivada de ilicitude e intensifica o psicológico do beneficiário causando-o sofrimento e angústia.

Quanto ao quantum debeatur deve-se ressaltar que o julgador não pode fixar o dano moral em valor irrisório uma vez que poderia contribuir para que as operadoras de planos de saúde permaneçam a praticar condutas ilícitas, como, a recusa injustificada de cobertura assistencial médica. Além do que a saúde suplementar deve ter tratamento especial uma vez que possui uma função social que é dar pronto e adequado atendimento ao beneficiário em situação de perigo de saúde que é um direito fundamental consagrado pela CF.

Apesar disso, deve-se sopesar que a saúde suplementar é caracterizada pelo mutualismo, ou seja, a operadora de plano de saúde forma um fundo comum, formado pela contraprestação paga por todos os beneficiários, que irá custear a assistência médica de todos. Além do que todos os contratos individuais firmados entre o beneficiário e a operadora de planos de saúde estão ligados entre si formando

uma rede de modo que todos os integrantes possuem deveres e obrigações. Dessa forma, em que pese o julgador deva fixar o dano moral em um valor capaz de inibir práticas ilícitas deve levar em consideração que condenações em valores exorbitantes podem ocasionar prejuízos à milhares de outros beneficiários que integram a rede contratual da Operadora de Plano de Saúde que não podem ter privado o seu acesso à saúde.

Nem todo descumprimento contratual importará em responsabilização por danos morais, conforme já defendido. Dessa maneira, foi demonstrando nesse estudo que o TJDFT de forma adequada entendeu que a conduta da operadora de plano de saúde em se negar a custear assistência médica de procedimentos estéticos, de cirurgias eletivas, de procedimentos que não tinha caráter de emergência e urgência ou ainda baseada em interpretação razoável e defensável de cláusula contratual, não foi apta a atingir bens jurídicos imateriais dos consumidores, tratando-se de mero aborrecimentos do cotidiano.

A saúde e a vida são direitos fundamentais que devem ser respeitados no âmbito das relações entre os beneficiários e as operadoras de planos de saúde. No entanto, não é todo descumprimento contratual que ensejará a reparação por danos morais devendo-se para tanto a recusa de cobertura atingir efetivamente bens imateriais do beneficiário, bem como causar angústia, dor, sofrimento e medo, transbordando a ideia de mero aborrecimentos cotidianos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio José. ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, Bahia, Ano 99, v. 892, fev. 2010

ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. Dano moral e indenização punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo. Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (4. Turma Cível). Agravo interno no Recurso Especial. AgInt no REsp 1344193/SP. 1- O simples inadimplemento contratual, em regra, não configura [...] Agravante: Fábio Felipe Melo. Agravados: PRONTO SOCORRO INFANTIL SABARA SA e INTERCLÍNICAS PLANOS DE SAÚDE S/A. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 03/08/2017. Publicado no DJE: 08/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201827983&dt _pu blicacao=08/08/2017. Acesso em: 10 abril 2019.

BRAZ, Alex Trevisan. Dano moral por inadimplemento contratual e suas consequências. 2014. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BUARQUE, Sidney Hartung. Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUARQUE, Sidney Hartung. Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, Souza Carolina. SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral decorrente de inadimplemento contratual de plano privado de assistência à Saúde. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 20, n.80, out./ dez. 2011.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de janeiro: renovar, 2006. p. 992

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: saraiva, 2010. v. 7. p. 90.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. 20170110213063APC.1. No caso em análise, o Autor requereu medicamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e fora do rol de procedimentos da ANS para o tratamento de LES, razão pela qual o Plano de Saúde alegou a [...]. Apelante: CARLOS CESAR DA MATA E OUTROS. Apelado: CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargador Roberto Freitas. Data de Julgamento: 22/08/2018. Publicado no DJE: 05/09/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_
ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu
mentoDePesquisa=1121473&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram
oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredo
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019



DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Jurisprudência em perguntas. Direito Civil e Processual Civil. Dano Moral. O mero descumprimento contratual causa, por si só, ofensa à personalidade passível de

indenização por dano moral? Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-civil-e-processual-civil/dano-moral/o-mero-descumprimento-contratual-causa-por-si-so-ofensa-a-personalidade-passivel-de-indenizacao-por-dano-moral. Acesso em: 06 março 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 07054310920178070001, 1. A cirurgia plástica reparadora necessária à correção das consequências advindas de procedimento médico anterior e [...]. Apelante/apelado: Adriana Branco de Araújo Paiva. Apelante/apelado: Bradesco Saúde S/A. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 22/02/2018. Publicado no DJE: 02/03/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_
ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu
mentoDePesquisa=1076356&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram
oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredo
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 20160710094625. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (súmula 469 do Superior



Tribunal de Justiça)". O rol de procedimentos[...]. Apelante: Santa Luzia Assistência Médica S/A – SLA. Apelado: Pedro Souza Araujo. Relator: Desembargador Hector Valverde Santana. Data de Julgamento: 14/06/2017. Publicado no DJE: 06/07/2017. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu mentoDePesquisa=1024604&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredo DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 0001420-54.2017.8.07.0008. 1. As operadoras dos planos de saúde não podem impor limitações que descaracterizem a [...]. Apelante/apelado: VANESSA APARECIDA DE PAULA COSTA e CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 28/02/2019. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu mentoDePesquisa=1153548&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegred



o
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&num
ero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19
março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (1.
Turma Cível). Apelação. 20160710155199APC.1. Ação de obrigação de fazer c/c
indenização por danos morais movida por consumidora contra fornecedora de plano
de saúde [...]. Apelante: SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAUDE.
Apelado: CATIA MARIA DIAS SOARES SIQUEIRA. Relatora: Desembargador
Roberto Freitas. Data de Julgamento: 20/02/2019. Publicado no PJE: 02/08/2017.
Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-
web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusc
a
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE
_
ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu
mentoDePesquisa=1036674&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram
oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BAS
E_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TU
RMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegred
o
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&num
ero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19
março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (5.
Turma Cível). Apelação. 20170310018427APC.1. A negativa de autorização para
parto a termo, quando não caracterizada situação de urgência ou emergência [...].
Apelante: EDYSLANIA MARIA MOTA SOUZA. Apelado: SAUDE SIM LTDA.
Relator: Desembargador Sebastião Coelho. Data de Julgamento: 06/02/2017.
Publicado no PJE: 23/01/2018. Disponível em:
https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-
web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusc
a
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE
_



ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu
mentoDePesquisa=1066896&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram
oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredo
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (6. Turma Cível). Apelação. 20160710188876APC.1. A relação jurídica estabelecida entre a operadora de plano de saúde e a contratante se caracteriza como de consumo, submetendo-se às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.2º, §2º) [...]. Apelante: LORRANY ALVES PEREIRA. Apelado: CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAUDE S/A. Relatora: Desembargador Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 12/09/2018. Publicado no DJE: 02/10/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_
ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELH
O]&argumentoDePesquisa=1126897&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexaca
o=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%
20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,
%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroS
egredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=& numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (8. Turma Cível). Apelação. APELAÇÃO 0701747-37.2017.8.07.0014. 1. Somente os

fatos capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo podem justificar [...]. Apelante: NADIR JOSE DA SILVA. Apelado: GEAP AUTOGESTAO EM SAUDE. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Data de Julgamento: 08/11/2018. Publicado no DJE: 13/11/2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca
Acordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_
ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argu
mentoDePesquisa=1135672&numero=&tipoDeRelator=&dataFim=&indexacao=&ram
oJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_HISTORICA,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_ACORDAO_PJE,%20BASE_ACORDAOS,%20TURMAS_RECURSAIS_IDR]&tipoDeNumero=&tipoDeData=&ementa=&filtroSegredo
DeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numero DaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1. Acesso em: 19 março 2019

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes. Planos de Saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano chaves de. NETTO BRAGA, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Iris Maikon Almeida. Do Dano Moral por descumprimento do Contrato. Campo Grande: Contemplar, 2013

FONSECA, Arnoldo Medeiros. Dano Moral. In: SANTOS, J.M. de Carvalho (coord.). Repertório enciclopédico do direito brasileiro. v. 14.

FREITAS FILHO, Roberto. Direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 67, Jan. /Fev. 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito civil: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 3.

GOMES, Orlando. Obrigações. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, redes contratuais, contratos de adesão e condições gerais de contratação. Revista Jurídica UNICURITIBA, Curitiba, v., 2, n. 29, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. Direito das obrigações: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2017, v.3.

GONÇALVES, Fábio Antunes. A natureza jurídica da reparação dos danos à pessoa humana: da compensação aos danos punitivos. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 78, ano 18, p. 155, jun. 2017

GREGORI, Maria Stella. Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 31.

LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n. 832, fev. 2005

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes contratuais no mercado habitacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 5, n. 19, jul. / set. 2004.

LOBO, Paulo. Direito civil: Contratos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e Plano de Saúde (Ou, doente também tem direitos). In: MARQUES, Cláudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. v. 6.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual. Enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. São Paulo: renovar, 2008.

NUNES, Rizzatto. Manual de introdução ao estudo do direito. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946. Disponível em:http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-daorganizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 22 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil: contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REIS, Clayton. Dano Moral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162

REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO, Luis Felipe. Direito privado: Teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012

SAMPAIO, Aurisvaldo. Contrato de Plano de Saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. Reparação do Dano Moral no novo Código Civil: teoria, jurisprudência e prática. Santa cruz da conceição: Vale do Mogi, 2003.

SILVA, Wilson Melo da Silva. O Dano Moral e sua reparação. 2. ed. São Paulo: Forense, 1969.

SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes da. Doença Preexistente nos Planos de Saúde. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2. p. 417.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. v. 2

VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do Dano Moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário Brasileiro. Revista de Direito do consumidor, São Paulo, v. 114, ano 26, nov. / dez. 2017

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A (IM)POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO

Daniela Karoline dos Santos Marinho

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo inverso consiste no abandono afetivo, moral ou psicológico sofrido por idosos em relação a seus filhos. Já a deserdação é a privação de uma pessoa a um direito sucessório. Assim, buscamos amparo nas leis constitucionais e infraconstitucionais que assegurem a proteção aos idosos, além de debater a possibilidade de excluir ou não um herdeiro que não deu amparo afetivo ao seu ascendente.

O abandono afetivo sofrido pelos idosos é um problema atual e relevante, posto que a população brasileira está tendo uma expectativa de vida maior, consequentemente ficando mais vulnerável física e psicologicamente, o que oferece risco a dignidade da pessoa idosa. Também observamos que na atualidade ocorreram mudanças no cenário das famílias, que agora se baseiam mais no afeto do que no sangue.

As obrigações dos filhos com os pais, previstas na Constituição Federal Brasileira e no Código Civil, muitas vezes não são cumpridas, ocorrendo assim o abandono afetivo inverso. Esse abandono afetivo, ocorrido durante a fase da vida em que os idosos mais precisam de atenção dos filhos, dá ensejo a possibilidade de

deserdação, porém, o nosso ordenamento jurídico apresenta um rol taxativo de possibilidades que não inclui o abandono afetivo, o que nos leva a uma reflexão.

Essas situações exigem uma abordagem atenciosa por parte das autoridades e embora já tenha legislação defendendo os direitos dos idosos, não há lei específica para o abandono afetivo inverso e deserdação, fazendo com que os magistrados precisem usar analogias e baseiem-se em princípios constitucionais, juízos morais, para chegar a soluções justas.

Para evitar polêmica entre a comunidade jurídica, diminuir os conflitos, problemas de interpretação e amparar de forma mais justa os idosos, os legisladores deveriam se atentar a essa problemática e criar normas que garantam de fato proteção aos idosos, para que eles não sejam abandonados.

O tema abordado será apresentado da seguinte forma: no primeiro capítulo falaremos sobre o idoso e a legislação brasileira, no segundo, abordaremos a questão do abandono afetivo inverso, suas características e implicações, por fim, no terceiro capítulo focaremos na deserdação, as suas causas, efeitos e nas possibilidades de aplicação deste instituto pela falta de afeto entre filhos e pais.

A metodologia adotada neste trabalho será a linha dogmática instrumental, pois abordaremos o abandono afetivo inverso e a (im)possibilidade de deserdação, observando os conflitos de interpretação do tema, os problemas para enquadramento do tema na norma, visto que o assunto ainda não está efetivamente positivado, analisando os princípios a serem usados e buscando soluções para esses problemas a partir de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e artigos científicos.

1 O IDOSO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Segundo dados do IBGE, a população brasileira seguiu a predisposição de envelhecimento da população mundial, superando o número de 30,2 milhões em 2017. Esse número refere-se a um crescimento de 18% de idosos, tornando esse conjunto cada vez mais representativo para o Brasil[1].

E, em decorrência dessa demanda populacional aumenta a preocupação com as pessoas idosas, que possuem direitos fundamentais dispostos não apenas da Constituição, mas, também em outros diplomas legais, como o Estatuto do Idoso[2]:

> "que foi promulgado com a intenção de ser um instrumento de garantia ao envelhecimento digno, devendo este ser proporcionado solidariamente pelo Estado, pela família e pela sociedade"[3].

1.1 Conceito de Idoso

De acordo com Diniz, idoso é aquele que desfruta de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que lhes são assegurados por lei ou por outros meios, com todas as facilidades e possibilidades que lhes garantam a preservação da saúde física e psicológica e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, proporcionando-lhes liberdade e dignidade[4].

---

[1] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Número de idosos cresce 18 % em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Agência de Notícias IBGE, 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge .gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html. Acesso em: 26 ago. 2018.

[2] SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 8 abr.2018

[3] SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudo juridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 8 abr. 2018.

[4] DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico/Maria Helena Diniz. Vol. 2. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 879.

Para a Lei 10.741/2003 idoso é aquele individuo com idade igual ou superior a 60 anos[5]. Já a Organização Mundial da Saúde leva em consideração a qualidade de vida propiciada pelo país em que o indivíduo reside, se for um país desenvolvido, idoso será quem tiver 65 anos ou mais, e se for um país em desenvolvimento, será aquele que tiver 60 anos ou mais[6].

No entanto, apesar desse critério etário, a Organização Mundial da Saúde considera que é preciso observar as alterações que acompanham o envelhecimento, pois podem ocorrer grandes variações entre pessoas da mesma faixa etária, dependendo da sociedade em que o idoso esteja inserido, suas condições de saúde, sua participação na sociedade e nível de independência dentre as demais pessoas[7].

Contudo, para conceituar-se ou definir-se um indivíduo como idoso, deve-se considerar diversos fatores além do critério etário, pois o envelhecimento, apesar de ser um fato natural que ocorre com todas as pessoas, é um processo muito individualizado e particular, apesar de ter o aspecto cronológico como sua maior característica. Nesse contexto se faz necessário observar os fatores de ordem biológica, psicológica e social[8].

Pérola Braga em sua obra nos ensina que:

[5] BRASIL, Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em 26 ago. 2018.

[6] SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudo juridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 8 abr. 2018.

[7] BRASIL. Ministério da Saúde. Envelhecimento ativo. 2005.Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso em 28 ago.2018

[8] BRAGA, Pérola Melissa Viana. Curso de direito do idoso. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2-3 *apud* RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

> "com a chegada da velhice a pessoa pode tornar-se menos ágil e algumas de suas capacidades podem se modificar, passando, por exemplo, a ter problemas auditivos e visuais e a perder o controle urinário. Com isso, tende a ficar deprimida, por achar que depende dos outros [...]"[9].

Apesar de ocorrerem diversas mudanças em função do envelhecimento no que diz respeito à aparência física, o idoso se torna também mais suscetível a doenças, além de ter sua capacidade motora comprometida, dentre diversas outras implicações. Por isso compreende-se que o idoso necessita um maior amparo e proteção, tanto dos familiares, em sua convivência e seus relacionamentos afetivos, quanto do Estado. Obedecendo assim ao que estabelece a Constituição Federal Brasileira e outras leis infraconstitucionais, como o Estatuto do Idoso[10].

1.2 Proteção aos Direitos dos Idosos

Certamente presume-se que todas as pessoas irão envelhecer, e precisam buscar alterativas que lhes proporcionem uma maior qualidade de vida na velhice, garantindo para si e à seus familiares, uma vida mais digna e saudável. No entanto, essa qualidade de vida só será alcançada se os direitos dos idosos forem cada vez mais efetivados pelo poder público e, principalmente, respeitados pela população, que por diversas vezes menosprezam as normas de proteção às pessoas de melhor idade[11].

---

[9] BRAGA, Pérola Melissa Viana. Curso de direito do idoso. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2-3 *apud* RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

[10] RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream /235/10588/1/21204051.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

[11] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015.Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Joyce%20 Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

Apesar dos esforços legislativos, da previsão da proteção dos idosos na Carta Magna Brasileira e em algumas normas infraconstitucionais, a realidade observada é que muitos pais idosos são abandonados por seus filhos. É o que destacou Silva:

> "Infelizmente no Brasil a maioria dos idosos sofre os mais variados tipos de abandono e maus tratos, muitos cometidos pelos próprios familiares. O caso mais comum é de abandono de idoso em casa de saúde ou em asilos"[12].

1.3 Estatuto do Idoso

A Lei nº 10.741 foi instituída em 1º de outubro de 2003 e tem como finalidade assegurar os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Pois, toda pessoa idosa é possuidora de direitos fundamentais que devem ser preservados e observados por todos, lhes garantindo preservação física e intelectual[13].

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, estabelece que:

> "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária"[14].

Então, de acordo com o Estatuto do idoso é dever de todos cuidar para que os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988 e em leis infraconstitucionais, dos idosos não sejam violados, não permitindo tratamentos desumanos, violentos, constrangedores dentre outros. No entanto, apesar de

[12] SILVA, Cristina Aparecida da. *O* abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudo juridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 8 abr. 2018

[13] BRASIL, Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

[14] BRASIL, Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

estabelecer que é dever de todos cuidar dos idosos, o artigo 3º "priorizou a família como a principal instituição para garantir os direitos dos idosos estabelecidos no decorrer dos incisos, depois a comunidade em seguida a sociedade"[15].

No artigo 10º da Lei nº 10.741/2003, foi estabelecido que é direito assegurado aos idosos e "obrigação do Estado e da sociedade assegurar aos idosos a liberdade, o respeito e a dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. [...]"[16]. Além disso, é dever de todos defender a dignidade das pessoas idosas, evitando que estas sejam expostas a qualquer tipo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, torturante, constrangedor ou vexatório[17].

Lima, em seu estudo, afirma que se o Estatuto do idoso for inobservado, os idosos sofrerão danos físicos e psicológicos:

> "[...]o qual se inobservado, gera uma conduta lesiva ao idoso. No artigo 98 da Lei 10.741, Estatuto do Idoso, há um dever determinado de respeito e de afeto entre os laços familiares. Apesar disso, muitos idosos sofrem por abandono material e afetivo sem a mínima satisfação de suas necessidades básicas, ficando latente a falta de zelo e proteção ao idoso. Ao sofrer com o desafeto da família, o idoso tem como consequência uma aceleração no processo de degradação do organismo, podendo também adoecer mais rapidamente"[18].

---

[15] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso.2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

[16] BRASIL, Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 28 ago.2018.

[17] BRASIL, Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 28 ago.2018.

[18] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br /artigos/autor /Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

Desse modo, a Lei nº 10.741 de 2003, Estatuto do Idoso, veio para, juntamente com a Constituição Federal de 1988, garantir aos idosos proteção à vida, à saúde, ao respeito, de forma a permitir um envelhecimento saudável, considerando tal envelhecimento um direito personalíssimo[19].

1.4 Direitos dos Idosos na Constituição Federal de 1988

A Carta Constitucional de 1988, assim como a legislação infraconstitucional, em especial a Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, reconhecem a vulnerabilidade dos idosos e têm como objetivo assegurar proteção especial para as pessoas acima dos 60 anos de idade. É público e notório que uma grande parcela da população idosa do Brasil é vítima de abandono por seus familiares. Abandono este não apenas material, mas também afetivo. Porém, é dever da família, da sociedade e do Estado, amparar a pessoa idosa garantindo que seus direitos sejam estabelecidos conforme o nosso ordenamento jurídico[20].

Exatamente isso é o que está previsto na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 229 e 230, que preveem que os filhos devem amparar seus pais na velhice, assim como Estado, sociedade e família devem se unir e proteger seus idosos[21]:

[19] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br /artigos/autor /Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[20] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

[21] SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudo juridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 8 abr. 2018.

> "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
>
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida"[22].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu um fortalecimento à tendência constitucionalista do Direito de Família, efetivando assim, problemas antes esquecidos pelo Estado. Nossa Constituição promoveu a introdução de princípios gerais de direito de família, dentre eles estão: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o da Afetividade, o da Solidariedade Familiar e o da Função Social da Família, sempre atentando proteger direitos e das garantias individuais e a primazia dos aspectos pessoais em detrimento dos aspectos patrimoniais[23].

O Direito de Família foi influenciado diretamente pelos princípios presentes em nossa Constituição Federal de 1988: liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade. Essa influência permitiu uma releitura de diversas categorias jurídicas, fazendo com que elas se adaptassem às demandas atuais de nossa sociedade. Houve uma aproximação entre a experiência concreta e o direito, onde foi possível perceber a relevância social da afetividade, em paralelo aos avanços das técnicas cientificas que favoreciam a descoberta de vínculos biológicos[24].

---

[22] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

[23] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[24] CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_ familia.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

1.5 Princípio da Função Social da Família

Flávio Tartuce ensina que família é a "célula máster" da sociedade, e que apesar deste termo ser antigo, ainda é atual, pois o artigo 226 de nossa Constituição Federal de 1988 afirma que a família é a base da sociedade e por isso merece especial proteção do Estado[25].

Gagliano e Pamplona Filho afirmam que "não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro"[26].

Joyce Lima, em seu trabalho, afirma que:

> "o princípio da função social da família é resultado de uma mudança de paradigmas e valores que engrandecem a pessoa humana e a consideram o centro epistemológico da ciência jurídica, que vai nortear a interpretação e a aplicação do Direito"[27].

A autora considerou que houve uma mudança no cenário das famílias e que hoje ela se apresenta com contornos mais humanos, onde os indivíduos se atentam aos valores que cercam a pessoa humana. Onde os membros da família se ajudam e amparam os idosos não só em relação a suas dificuldades físicas, mas principalmente em suas dificuldades morais e psicológicas[28].

---

[25] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. v. único. p.1233.

[26] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.Vol. 6. p. 98.

[27] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[28] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

Segundo Gustavo Tepedino, a noção conceitual de família se ajusta ao cumprimento de sua função social, pois o núcleo familiar é o "ponto de referência central do indivíduo na sociedade", que o conduz a ter anseios de solidariedade e aspira à segurança que improvavelmente será substituída por qualquer outro sistema de convivência social[29].

Por fim, Tartuce entende que as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e observando suas características regionais:

> "As relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. A socialidade deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações. Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico a que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade"[30].

1.6 Princípio da Solidariedade Familiar

Segundo Paulo Lobo, o princípio da solidariedade está previsto em diversos artigos de nossa Constituição Federal de 1988, quando tais ordenamentos dispõem que é dever imposto a família, Estado e sociedade a proteção às crianças, adolescentes e idosos. Para o autor, a solidariedade familiar é "fato e direito; realidade e norma". A solidariedade seria fato, quando a convivência no ambiente familiar é conduzida não por submissão a um poder incontrolável, mas por uma

[29] TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326

[30] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1234.

recíproca troca de afetos e responsabilidades. E seria jurídica quando os deveres de cada um para com os outros membros da família gerassem direitos e novos deveres jurídicos entre eles[31].

De acordo com Tartuce:

> "O princípio da solidariedade projetou-se no Direito de Família, apresentando-se como um vínculo sentimental, mas racionalmente determinado que impõe a cada pessoa deveres de amparo, assistência, cooperação, ajuda e cuidado em relação uns aos outros".[32]

Assim, através da implantação do princípio da solidariedade familiar, passou a ser concretizado como valor jurídico um princípio de cuidado e zelo com as pessoas vulneráveis que antes era considerado como íntimo humano[33].

Na relação familiar há os ônus e bônus e cuidar dos parentes, quando estes já estiverem em idade avançada requer atenção e preparo. Essa é uma atividade que deve ser compartilhada entre todos os membros da família, solidariamente e em um compromisso com o Estado, cumprindo com os artigos 229 da Constituição Federal, buscando como finalidade o bem-estar do idoso[34].

O princípio da solidariedade familiar, segundo Bertoldo ultrapassa a esfera social e acaba atingindo as relações familiares, dando origem a um respeito recíproco que impõe a cada indivíduo deveres de amparo, cooperação, auxílio e dedicação entre os membros da família. Assim, para a autora, surge a "família sociológica",

---

[31] LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em: http://www.ibdfam.org .br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

[32] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1225.

[33] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.v. único. p. 1230.

[34] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce %20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

onde coexiste afetividade entre seus integrantes. Uma família regulada por afeto mútuo entre pais e filhos, assim como entre homem e mulher, afastada da noção de relação patriarcal, consolidada pelo autoritarismo e passando evidenciar os vínculos de fraternidade, atenção, cuidado e respeito mútuo, não apenas aos laços sanguíneos[35].

1.7 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana coloca o homem no centro das coisas e considera-o como um fim em si mesmo.[36] "Assim, a dignidade da pessoa humana surgiu em um contexto de respeito e proteção encontrada originariamente na família, que é o lugar por excelência para a concretização de uma vivência digna e em comunhão"[37].

A doutrinadora Maria Helena Diniz moldura a dignidade da pessoa humana ao Direito de Família, observando a busca pelo pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros[38].

A família, deve se nortear pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois de fato, ela é o núcleo da sociedade e é a responsável pelo desenvolvimento do indivíduo. A entidade familiar não tem somente o papel reprodutivo, mas também é

[35] BERTOLDO, Daniela Luso. O abandono afetivo inverso e a possibilidade de reparação decorrente da abstenção do dever de cuidado.2017. Disponível em: https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/276. Acesso em: 20 abr. 2018

[36] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[37] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[38] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141. v.1.

fonte de afeto e solidariedade, atributos que ultrapassam os meros laços sanguíneos[39].

Em geral entendemos que a dignidade é algo inerente ao ser humano, no entanto foi através da Constituição Federal de 1988 que tal princípio passou a constituir suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro, condicionando a interpretação de suas normas e informando suas prerrogativas e garantias fundamentais de cidadania[40].

1.8 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é um dos princípios do Direito de Família brasileiro contido implicitamente na Constituição Federal de 1988 e contido explícito e implicitamente no Código Civil de 2002 e em diversas outras leis infraconstitucionais do nosso ordenamento jurídico. Esse princípio é proveniente da força construtiva dos fatos sociais, possui densidade legislativa, jurisprudencial e doutrinária, o que permite sua atual sustentação conforme a lei[41].

As mudanças nas leis brasileiras acompanharam, ainda que lentamente, as transformações que ocorreram nas famílias. No código Civil de 1916 não havia previsão para valoração das relações afetivas, foi somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que passaram a reconhecer a afetividade no

[39] SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al*. Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo. Disponível em: http://www.lex.com .br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS _IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

[40] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce %20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[41] CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade _no_direito_ de_ familia.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda de forma implícita. Somente com o Código Civil de 2002 que a afetividade foi de fato expressa em algumas disposições. Além disso, alterações legislativas recentes trouxeram a afetividade de forma expressa em vários dispositivos, revelando uma tendência de maior aceitação desse princípio[42].

Outro fator que contribuiu para o reconhecimento do princípio da afetividade foi a ampla construção jurisprudencial que admite a afetividade em variadas situações existenciais afetivas. Diante disso, podemos sustentar que o papel da jurisprudência foi essencial para o estabelecimento da leitura jurídica da afetividade[43].

De acordo com Groeninga, cada vez mais o afeto e o princípio da afetividade têm importância dentro das relações familiares. A função dada à subjetividade e à afetividade tem se evidenciando progressivamente no Direito de Família, uma vez que não pode mais descartar de suas considerações a qualidade dos vínculos entre os membros de uma família, buscando a objetividade dentro da subjetividade inerente das relações[44].

As relações de parentesco serão sempre regidas pelo princípio da afetividade. Sendo na família que o ser humano inicia o processo de socialização, formação para o mundo, desenvolve sua personalidade e encontra suporte na velhice, faz-se

[42] CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade _no_direito_ de_ familia.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

[43] CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade _no_direito_ de_ familia.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

[44] GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: RT, 2008. Vol.7 *apud* TARTUCE,Flavio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.v. único. p. 1230.

necessário reconhecer o dever dos filhos de garantirem a qualidade de seus relacionamentos com seus pais, bem como garantir-lhes um desenvolvimento físico e psicológico saudável[45].

O princípio da afetividade é o que mantém as famílias unidas, pouco importando se existem ligações sanguíneas, uma vez que ela é regida pelo afeto e na carência deste sentimento, o ordenamento jurídico deve interferir para controlar tal situação. Os interesses sobre o patrimônio familiar foram relegados e a função social da família vem sendo representada pelo afeto, pois existindo vínculos de respeito, responsabilidade, cooperação, liberdade, esse grupo já pode ser considerado uma família[46].

Segundo Fernandes, manifestações do princípio da afetividade podem ser observadas expressamente no Código Civil de 2002, no artigo 1.596, quando trata da igualdade entre os filhos, vedando a distinção entre vínculos afetivos e biológicos. Assim como no artigo 1.593, do mesmo Código, há vedação à diferenciação entre pais adotivos e biológicos[47].

Ainda que tenha previsão em nossa Constituição Federal de 1988 e na lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso, o dever de cuidado com os idosos imposto à família é uma obrigação estabelecida pelo respeito e pela afetividade dos laços familiares que independem de competência e não necessitam de regulamentação. Por esse motivo,

[45] GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: RT, 2008. Vol.7 *apud* TARTUCE,Flavio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.v. único. p. 1230 - 1233

[46] BERTOLDO, Daniela Luso. O abandono afetivo inverso e a possibilidade de reparação decorrente da abstenção do dever de cuidado.2017. Disponível em: https://revistas.brazcubas .br/index.php/revdubc/article/view/276. Acesso em: 20 abr. 2018.

[47] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

podemos concluir então que a afetividade é o principal argumento para tutelar a dignidade garantida expressamente a cada um dos membros da família[48].

1.9 Atual Cenário Familiar no Brasil

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos paradigmas foram quebrados. É o que nos ensina Venosa:

> "No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal"[49].

Maria Berenice Dias explica as mudanças que ocorreram quanto ao reconhecimento das novas entidades familiares, pois antigamente pensar em família era imaginar um modelo convencional, onde um homem e uma mulher se uniam pelo casamento e tinham muitos filhos. Porém, esse cenário se transformou nos últimos anos[50].

Atualmente, todos já se acostumaram com as famílias que se diferenciam do modelo tradicional. Houve uma recomposição das famílias e nós passamos a conviver com famílias remodeladas, monoparentais, homoafetivas, o que nos permite reconhecer que o conceito de família se amplificou e diversificou. Por isso

[48] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

[49] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7. ed São Paulo: Atlas, 2007.

[50] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

não deve ser admitido o uso de expressões como famílias informais, marginais ou extramatrimoniais, pois se trata de denominação discriminatória[51].

Também nesse sentido Calderón entende que o atual cenário familiar vivencia uma mudança de paradigmas, onde se percebe uma gradativa redução de influências externas, da religião, do Estado e da sociedade, no seio familiar e um crescimento dos laços afetivos entre os membros da família. Com o passar dos anos, mas precisamente nos últimos 25 anos do século XX, a afetividade passou a ser sustentada como um vetor das relações pessoais[52].

Nas últimas décadas, as famílias passaram por intensas modificações, com contornos mais humanitários e menos patrimonialistas, atendendo mais aos valores que cercam a pessoa humana. Amparar o idoso não significa apenas dar suporte às suas dificuldades físicas, mas principalmente ajudar a cuidar das suas limitações morais e psicológicas. Valorizar seus conhecimentos, conselhos e opiniões, sem descarta-lo da convivência social[53].

Segundo Fernandes: "O afeto é fundamental para a sobrevivência dos indivíduos e deve ser presente nas relações familiares, pois o carinho, a atenção e o amor são essenciais para os seres humanos"[54]. Também após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito de família passa a ter fundamento na

[51] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[52] CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no Direito de Família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade _no_direito_ de_ familia.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

[53] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce %20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[54] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

comunhão de vida, na estabilidade das relações socioafetivas, restando em segundo plano às considerações de caráter patrimonial e biológico[55].

Então, pode-se chegar à conclusão de que o cenário familiar vem sofrendo uma série de transformações, passando a ter um conceito amplo que abrange as mais diversas formas de família, agora importando para caracterizar essa entidade, os laços afetivos entre seus integrantes e não apenas os laços sanguíneos[56].

2 ABANDONO AFETIVO

Hironaka conceitua abandono afetivo como um comportamento omisso de um ou de ambos os pais em relação aos filhos, no que se refere ao dever de cuidado, zelo, educação pois esta tarefa deveria ser permeada de carinho, atenção e afeto, mas essas características não são encontradas nos casos em que ocorrem tal abandono. Para a autora o abandono afetivo não se trata apenas de falta de afeto, mas de ausência de cuidado, omissão ao educar, falha ao se fazer ausente na vida dos filhos[57].

O dever de cuidar presente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, não diz respeito apenas a obrigação de alimentar, pois existe um dever de cuidar e instruir os filhos, dirigir sua educação, bem como se fazer presente no cotidiano familiar. E, é baseado nesse dever de convivência que autores como Hironaka,

[55] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

56 DE LUCA, Ana Paula. A deserdação no direito civil brasileiro: a possibilidade de exclusão do herdeiro necessário por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar à luz do princípio da afetividade. 2015. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3747/1 /ANA%20 PAULA%20DE%20LUCA.pdf. Acesso em 26 ago. 2018.

[57] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2012. *apud* MATOS, Lorena Araújo. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico .com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14>. Acesso em 21 set. 2018.

Gagliano e Pamplona defendem a possibilidade de indenização por abandono afetivo[58].

Nessa perspectiva, a possibilidade de indenizar filhos que foram abandonados afetivamente por seus pais tem como objetivo servir de mecanismo para inibir condutas omissas dos pais que podem ocasionar danos irreversíveis aos filhos[59]. Assim também podemos encontrar na obra de Gagliano e Pamplona:

> "Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a "perda do poder familiar", pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor"[60].

Esse dever de cuidar, amparar e dar afeto não se restringe apenas aos pais mediante seus filhos, pois no artigo 229 de nossa Carta Magna há previsão de que filhos devem amparar seus pais na velhice, ou seja, é uma obrigação recíproca. Pois nessa fase da vida, os idosos precisam de amparo e cuidados de seus familiares, assim

[58] MATOS, Lorena Araújo. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2017. Disponivel em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14. Acesso em 21 set. 2018.

[59] MATOS, Lorena Araújo. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2017. Disponivel em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14. Acesso em 21 set. 2018.

[60] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.v.6. p. 756.

como seus filhos já precisaram um dia.[61] E essa é a problemática que abordaremos em nosso estudo mais adiante.

2.1 Afeto Como Bem Jurídico

O Direito tem como característica intrínseca acompanhar as mudanças nas relações sociais. No cenário jurídico moderno o afeto está enquadrado no rol dos direitos da personalidade e foi gradativamente sendo admitido como bem jurídico, em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, princípios que permitem o pleno desenvolvimento do indivíduo[62].

Apesar do princípio da afetividade não estar expresso na Constituição Federal, as manifestações desse princípio estão presentes no Código civil, quando trata da igualdade entre os filhos, em seu artigo 1.596, vedando a distinção entre vínculos afetivos ou sanguíneos entre filhos. Também quando não admite que haja diferenciação entre vínculos afetivos e sanguíneos entre pais biológicos e adotivos, conforme o artigo 1593 do Código Civil[63].

[61] RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br /bitstream /235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

[62] CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf. Acesso em: 07 out. 2018.

[63] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

O afeto é imprescindível para a subsistência dos indivíduos e deve estar presente nas relações familiares e interpessoais, uma vez que carinho, amor e atenção são primordiais para as pessoas[64].

E é nesse sentido que Rolf Madaleno aponta em sua obra, que o afeto é o que impulsiona os laços familiares e as relações interpessoais. Uma vez que as pessoas agem e se relacionam movidas por sentimentos e pelo amor, para assim, dar sentido e dignidade à existência humana, pois o afeto provém da liberdade que o indivíduo tem de afeiçoar-se ao outro, desdobrando-se nos vínculos afetivos entre os casais, entre seus filhos, entre outros familiares e amigos[65].

O afeto é um valor jurídico, que está profundamente ligado aos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana e é um princípio que se faz presente em todo o ordenamento jurídico, seja através da elaboração de normas quanto no momento de interpretá-las[66].

Está ligado ao princípio da solidariedade em relação a responsabilidade pela qual as pessoas se comprometem fraterna e mutuamente a cuidarem uns dos outros. E está relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana quando promove o crescimento do indivíduo, seja na sua formação moral, social e psicológica, além de fomentar o desenvolvimento da autoestima de cada indivíduo[67].

---

[64] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017.Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

[65] MADALENO, Rolf. Direito de família - 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[66] CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf. Acesso em: 07 out. 2018.

[67] CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. 2010. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf. Acesso em: 07 out. 2018.

2.2 Abandono Afetivo Inverso

Segundo Maria Berenice Dias, o abandono afetivo inverso é o descumprimento dos deveres de cuidado e afeto dos filhos para com os pais, violando o que está disposto no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, em que os filhos devem amparar seus pais na velhice. No entanto, apesar dessa determinação legal, observa-se que os filhos e netos deixam de dar auxilio aos idosos, seja material ou afetiva, com falta de carinho, atenção, ausência de comunicação e estímulos, o que deprime ainda mais a pessoa que já está fragilizada pela idade avançada[68].

Neste mesmo sentido, Jones Figueiredo Alves, desembargador e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM, conceituou abandono afetivo inverso como:

> "a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família"[69].

A palavra "inverso" da expressão, equivale ao contrário da relação de abandono entre pai e filho, uma vez que o dever de cuidado paterno- filial corresponde ao valor jurídico imputado às obrigações dos filhos perante seus pais, conforme previsão do artigo 229 da Carta Magna Brasileira de 1988[70].

Segundo Alves:

[68] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[69] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

[70] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

> "[...] não há negar que, axiologicamente, o abandono constitui um desvio desconcertante do valor jurídico estabilidade familiar, recebendo aquele uma modelagem jurídica e jurisdicional capaz, agora, de defini-lo para os fins de responsabilização civil. O abandono afetivo afeta, sensivelmente, o perfil da família, cuja unidade é a representação melhor do sistema constitui um desvio desconcertante do valor jurídico estabilidade familiar, recebendo aquele uma modelagem jurídica e jurisdicional capaz, agora, de defini-lo para os fins de responsabilização civil. O abandono afetivo afeta, sensivelmente, o perfil da família, cuja unidade é a representação melhor do sistema"[71].

Ou seja, o abandono afetivo consiste em um afastamento do valor jurídico que é a estabilidade familiar, passando a dar ensejo então à propositura de uma ação de responsabilização civil a fim de reparar o dano decorrente de tal abandono[72].

Apesar do afeto ser essencial para o desenvolvimento do indivíduo e da preservação da dignidade da pessoa humana, o fundamento do abandono afetivo não está no desamor ou falta de afeto, uma vez que não é possível obrigar uma pessoa a amar outra[73]. A transgressão jurídica em questão é a omissão na obrigação de cuidado e amparo moral, bem como as consequências deste abandono, sejam físicas ou psicológicas que atingem os idosos[74].

Compete a toda coletividade o incentivo à proteção da família e aos idosos e se forem necessários que sejam utilizados meios de intervenção, para evitar que

---

[71] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

[72] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

[73] RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

[74] SANTOS, Roselaine dos. Pais irresponsáveis, filhos abandonados: a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 225-242.

ocorra o abandono afetivo inverso, uma vez que a proposta de tal responsabilização não é a de instituir que os integrantes do mesmo grupo familiar mantenham relação de afeto entre si, visto que o que se pretende é a obediência e o respeito ao amparo material e psicológico a que mais precisa, pois a carência de afeto pode acarretar uma série de consequências gravosas aos idosos[75].

2.3 Abandono Afetivo Inverso e a Responsabilização Civil

De acordo com Fábio Ulhôa Coelho, "a responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último"[76].

Maria Helena Diniz, ensina que a responsabilidade civil são obrigações impostas a uma pessoa afim de restaurar o dano moral ou material provocado a terceiros, em consequência de ações praticadas pela própria pessoa ou por quem ela responde, por suas coisas ou por determinação legal[77].

Segundo Alexandre Miguel, o dever de indenizar derivado do ato ilícito é aplicável também no Direito das famílias, em virtude da responsabilidade civil alcançar todos os ramos do direito, tendo destaque principalmente nas relações privadas, como nas relações entre familiares em que também devem ser observados e utilizados os princípios da responsabilidade civil[78].

---

[75] REPUBLICANO, Natália Bezerra de Assis. A possibilidade de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo inverso. 2016. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br /bitstream/235/10584/1/21174901.pdf. Acesso em 9 out. 2018.

[76] Coelho, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v.2.

[77] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.7.

[78] MIGUEL, Alexandre. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O artigo 186 do Código Civil brasileiro, traz a delimitação de ato ilícito e a partir deste artigo é possível identificar-se os requisitos da responsabilidade civil[79]: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"[80].

Assim, para que ocorra a responsabilização civil é imprescindível que sejam observados a presença de tais requisitos: conduta humana, ato ilícito, dano e nexo de causalidade. A conduta humana é o primeiro elemento da responsabilidade civil, e é a partir da ação ou omissão de uma pessoa, orientada por sua vontade, que ocorre o prejuízo ou dano a outrem. O dever de indenizar só existirá se a conduta infringir uma lei, uma regra contratual ou social[81].

Pablo Stolze tem o mesmo entendimento e afirma que um dos elementos imprescindíveis para caracterizar a responsabilidade civil é o dano. Para o autor, dano pode ser conceituado como:[82]

> "[...] a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. [...] para haver o dano indenizável é necessária a conjugação dos

[79] SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 23 out. 2018.

[80] BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

[81] SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al.* Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

[82] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

> requisitos a seguir: a) a violação de um interesse jurídico (patrimonial ou extrapatrimonial); b) certeza do dano; c) subsistência do dano»[83].

Então, para que se caracterize como a prática de um ato ilícito, o abandono afetivo inverso tem que apresentar as condutas de abandonar, humilhar e desamparar o idoso, causando-lhe danos psicológicos e até mesmo danos físicos em decorrência desse desamparo[84].

É importante ressaltar que a responsabilidade civil entre filhos e pais vai além da obrigação de assistência material e quando os laços familiares são rompidos e os idosos são privados de convivência familiar, ocorre um descumprimento ao que prevê o artigo 3º da Lei nº 10.741/03, quanto ao dever de assistência afetiva aos idosos[85].

O abandono afetivo inverso, denominado como "a não permanência do cuidar, dos filhos para com seus genitores" serve de premissa para a possibilidade de reparação civil por danos morais[86]. Visto que o dano causado pelo abandono afetivo, fere um direito a personalidade como nos ensina Hironaka:

> "Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se

[83] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[84] SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al.* Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

[85] SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al.* **Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

[86] INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

> manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada"[87].

Segundo Hironaka, a partir do momento efetivo em que estabelece-se um vinculo afetivo entre familiares, fica mais fácil demonstrar o dano decorrente do abandono afetivo entre pais e filhos, quando se consegue comprovar e demonstrar através de perícias e provas que a falta de convivência entre eles foi nociva para as partes.[88]

Contudo, de acordo com Fernandes, devemos ter cautela ao estabelecer que existe a possibilidade de reparação civil em caso de abandono afetivo de idosos, pois esta não pode ser considerada como uma imposição aos filhos, pois políticas públicas devem ser utilizadas, inclusive com assistência social para fiscalizar constantemente, a qualidade de vida dos idosos. O ordenamento jurídico deverá servir como um instrumento de conscientização da sociedade, para que se faça mais solidária[89].

Nesse mesmo sentido, Lima entende que o dever de indenizar não tem o objetivo de obrigar que filhos amem seus pais, mas que seja uma maneira de diminuir o sofrimento daqueles que estão em situação de abandono, pois a indenização em dinheiro decorrente do dano moral ocasionado pelo abandono

[87] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files /anexos/9365-9364-1- PB.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

[88] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files /anexos/9365-9364-1- PB.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

[89] FERNANDES, Crislayne Rodrigues. **A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso**. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

afetivo, não tem o objetivo de condenar os filhos pela "falta de amor", mas pelas atitudes que geraram as dificuldades morais e psíquicas[90]:

> "Ninguém é obrigado a amar um pai ou uma mãe, por mais estranho e absurdo que isso possa parecer, mas é sim, obrigado a prestar-lhe a devida assistência material e imaterial. Assim, o que se busca é uma satisfação pessoal da vítima no sentido de que o agente causador responda pelas consequências de seus atos, indenizando o pai ou a mãe abandonados em forma de dinheiro, de maneira que este possa lhes servir para amenizar o sofrimento, muitas vezes reparando um problema de saúde ou mesmo se revestindo de natureza alimentar"[91].

Além de tudo o que já foi observado, é necessário fazer a distinção entre o mero aborrecimento e o que de fato é um dano. Competindo assim, ao juiz, baseando-se nos critérios do "homem-médio", averiguar se realmente o prejuízo é passível de reparação civil ou não[92].

2.4 Projeto de Lei nº 4.294 de 2008.

Atualmente não há previsão legal expressa para a reparação civil do abandono afetivo, tanto para o que ocorre entre pais e filhos quanto o inverso. Porém, tal abandono vem sendo discutido com mais frequência nos últimos anos. Com base nessa diligência, surgiu um projeto de lei, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra em 2008[93].

---

[90] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce %20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[91] LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos /autor/Joyce %20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

[92] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

[93] RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

Inicialmente, o Projeto previa que fosse adicionado um parágrafo ao artigo 3º da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso: "O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral". Ainda no mesmo projeto, se pedia que fosse incluído também no artigo 1.692 do Código Civil um parágrafo que indicasse a possibilidade de sujeitar pais ao pagamento de indenização por dano moral em caso de abandono afetivo dos filhos: "O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral"[94].

Destarte, ficaria estabelecido em norma que tanto pais quanto filhos poderiam responder por abandono afetivo e ficariam sujeitos ao pagamento de indenização por danos morais, preenchendo as lacunas do ordenamento jurídico relacionados ao tema.[95]

Para justificar tal Projeto, o deputado Carlos Bezerra defendeu a importância da indenização por abandono afetivo inverso, uma vez que o isolamento nessa fase da vida dos idosos, refletirá em danos tanto físicos quanto psicológicos. Pois, de acordo com Bezerra, o abandono afetivo provoca sentimentos de tristeza e solidão, gerando deficiências funcionais e o agravamento das situações de isolamento social. A ausência de intimidade entre familiares e a carência de afetividade tendem a dizimar as interações sociais dos idosos, que já são precárias nessa fase da vida e acabam lhes tirando o interesse de viver[96].

[94] SILVA, Giannina Lucas Ferreira. Responsabilidade civil por prática de abandono afetivo de pais idosos. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/841/1/GLFS06012015.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

[95] RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

[96] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

Além disso, o deputado faz a ressalva de que "se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado." Ou seja, esse projeto de lei tem o caráter de conscientizar pais e filhos, a fim de evitar a conduta do abandono afetivo[97].

No ano de 2010, a deputada Jô Moraes, relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, ressaltou em seu parecer a importância e a necessidade de se analisar o abandono afetivo e as consequências geradas na vida de quem foi abandonado. Posto que o abandono afetivo gera danos ao indivíduo, como traumas comprometimento psicológico. Assim, a deputada considerou válido e adequado acrescentar à lei a obrigação de indenizar por dano moral, aqueles que abandonam afetivamente seus pais, com o intuito de conscientizar aqueles que cometem tal ato e evitar que outras pessoas venham a ter tais condutas repugnantes tanto moral como socialmente[98].

Em 2012 o deputado Antônio Bulhões era o relator da Comissão de Constituição e Justiça e apresentou parecer predisposto a constitucionalidade e à aprovação do Projeto de Lei, apoiando explicitamente o conteúdo apresentado nas propostas de tal Projeto[99]. É o que observamos no trecho do seu relatório:

> "ocorrem casos em que o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e, efetivamente, causa lesões no direito da personalidade do filho, com atos de humilhações e

[97] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

[98] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

[99] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

> discriminações", defendendo, também, que "a mesma linha de argumentação é válida em relação ao idoso"[100].

Na mesma Comissão de 2012, o deputado Marcos Rogério julgou que a matéria ainda não está madura o suficiente para se tornar uma obrigação prevista em lei, apesar da regularidade e constitucionalidade da proposta. Já o deputado Marcelo Almeida se posicionou de maneira contraria à aprovação do projeto de lei, por entender que o texto da proposta era abrangente e poderia gerar uma "indústria de indenizações"[101].

Já em 2013, o deputado Marcelo Almeida deu outro posicionamento a respeito do Projeto de lei, mantendo sua primeira posição sobre o tema. Para ele, a possível aprovação do projeto conduziria a ideia de que "amar é um dever e receber afeto é um direito" e que na atualidade, tem-se confundido direitos e deveres com sentimentos e emoções: "Sentimentos e emoções pertencem às ciências psicanalíticas e, em face de sua natureza subjetiva, descabe sua regulamentação no ordenamento legal"[102].

O deputado Marcelo Almeida, rejeitou o projeto, pois para ele, estaria fundamentando-se na pretensão de responsabilidade civil por ausência de amor e o objetivo não deveria ser esse, pois não se pretende tornar o amor um dever, mas legalizar a possibilidade de indenização decorrente do dever de cuidado, amparo e companhia aos idosos.[103] Ele ainda sugere que os "abandonados" usem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para pleitear indenização,

[100] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.
[101] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.
[102] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.
[103] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

devendo haver analise quanto ao cumprimento do dever de cuidado seja entre pai e filho ou o inverso. [104]

Atualmente o Projeto de Lei n. 4.294/2008 continua na Comissão de Constituição e Justiça e de cidadania aguardando para ser analisado em reunião deliberativa ordinária.

3 DA EXCLUSÃO DA SUCESSÃO

Quando do falecimento do autor da herança, ocorrerá a transmissão automática dos bens aos seus herdeiros. E a exclusão sucessória acontece com o afastamento dos herdeiros através dos institutos da indignidade ou deserdação[105].

Tais institutos de exclusão sucessória estão elencados no Código Civil Brasileiro no Capítulo V do Título I do Livro V, do artigo 1.814 a 1.818 tratando da exclusão por indignidade e no Título III, Capítulo X também do Livro V, os artigos 1.961 a 1.965 versam sobre a deserdação. Apesar de estarem em partes distintas do Código, ambos institutos têm funções similares, ou seja, a exclusão de um herdeiro[106].

Tanto o instituto da indignidade quanto o da deserdação são situações que podem estar previstas em lei e que podem ser acrescidas ou não de decisão de última vontade do autor da herança, fazendo com que o herdeiro ou legatário tenha seu direito sucessório excluído[107].

---

[104] BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

[105] DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[106] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017.v. único.

[107] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1568.

Apesar de possuírem semelhanças em suas finalidades, tais modalidades de exclusão não podem ser confundidas. É fundamental fazer uma distinção preliminar entre indignidade e deserdação, uma vez que na indignidade a exclusão ocorre através da aplicação da lei e mediante decisão judicial, podendo alcançar qualquer herdeiro, de acordo com o artigo 1.815 do Código Civil. Em contrapartida, na deserdação ocorre uma declaração de vontade do autor no testamento, afastando o herdeiro, porém essa exclusão precisa, indispensavelmente, de confirmação por sentença[108].

Segundo Hironaka, não é razoável confundir falta de legitimidade para ser sucessor com a exclusão por deserdação ou indignidade, porque a ilegitimidade se dá por falta de direito sucessório em "razão de ordem objetiva" e no tocante a indignidade e deserdação ocorre por "razão de ordem subjetiva", dado que o herdeiro praticou algum ato que lhe define como "desprovido de moral" para receber a herança[109].

3.1 Indignidade

A exclusão sucessória por indignidade tem previsão nos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil brasileiro e de acordo com Gagliano e Pamplona pode ser empregada tanto em sucessões testamentárias quanto em sucessões legítimas[110].

3.1.1Requisitos da Indignidade

[108] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1569.
[109] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Comentários ao Código Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. *apud* TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1568.
[110] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. V.único. p. 1507.

Segundo Gonçalves a indignidade trata-se de uma sanção civil aplicada contra o herdeiro ou legatário que passa a ser privado do seu direito sucessório devido a um ou vários atos por ele praticado contra o autor da herança e que de acordo com a lei são considerados ofensivos. Tais atos estão no rol taxativo do artigo 1.814 do Código Civil de 2002 e são eles: "atentado contra a vida, contra a honra e contra a liberdade de testar"[111].

Ou seja, para que um sucessor indigno seja excluído necessita preencher alguns requisitos: ser herdeiro ou legatário e que tenha cometido uma conduta que configure um dos atos indignos previstos no artigo 1.814, não tenha sido perdoado pelo de cujus e que haja uma sentença declaratória confirmando a indignidade[112].

3.1.2 Causas da Indignidade

Conforme Gagliano e Pamplona, as causas de exclusão sucessória por indignidade estão previstas expressamente em lei e não devem ser admitidas interpretações amplas ou extensivas e nem por analogias, devido ao caráter punitivo da sanção[113].

De acordo Flavio Tartuce, as causas que tornam um herdeiro indigno estão previstas no artigo 1.814 do Código civil e são elas:

> "I) Os herdeiros que tiverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

[111] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.v.7.
[112] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.v.7.
[113] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. V. único. p. 1508.

> II) Os herdeiros que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.
>
> III) Os herdeiros que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade"[114].

Tanto o herdeiro quanto o legatário podem se enquadrar em uma ou em várias dessas três hipóteses. Em relação a primeira situação: autoria ou coautoria do homicídio doloso, seja tentado ou consumado, é inaceitável que um herdeiro tenha direito a usufruir dos bens ou dos direitos deixados por quem ele atentou contra a vida. Pois, de acordo com Gagliano e Pamplona seria um ato de violência ao bem jurídico mais valioso que é a vida e que tal violação não poderia dar ensejo ao enriquecimento proveniente desse ilícito, pois causaria ofensa aos princípios éticos de convivência em sociedade[115].

Na segunda hipótese pode-se observar que não somente os crimes contra a vida são considerados, mas também os crimes contra a honra e imagem do de cujus. Assim, sendo um direito com previsão em nossa Constituição Federal, o patrimônio moral do indivíduo deve ser preservado, mantendo assim os direitos da personalidade amparados no principio da dignidade da pessoa humana e conforme o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988[116]: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"[117].

Já na terceira situação, observa-se que o autor da herança foi impedido de expressar sua vontade por um ato de violência ou por uma fraude cometida pelo

[114] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. V. único. p. 1569.
[115] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. V. único. p. 1509.
[116] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017.v. único. p. 1509.
[117] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

herdeiro ou legatário. Assim, caso um dos possíveis sucessores venham a cometer um desses comportamentos, através de coação física ou moral, deverão ser excluídos por indignidade da relação sucessória[118].

3.1.3 Efeitos da Indignidade

O artigo 1.815 do Código Civil estabelece que o herdeiro ou legatário indigno só poderá ser excluído da sucessão após sentença[119]. Nesse sentido segue Gonçalves, que afirma que apesar do herdeiro ou legatário ter sido condenado na esfera penal pelo ato ilícito que desencadeou em sua indignidade, ele só poderá ser excluído de fato da sucessão após trânsito em julgado da ação declaratória de indignidade. Mesmo que os atos cometidos pelo indigno gerem repugnância no homem médio, ele terá direito ao devido processo legal[120].

De acordo com Tartuce, os efeitos da exclusão por indignidade são pessoais, pois segundo o artigo 1.816 do Código Civil, os descendentes do herdeiro excluído podem sucedê-lo como se o indivíduo estivesse falecido antes da abertura da sucessão. Na indignidade não é ferido o direito de representação dos herdeiros do indigno como na situação de renúncia à herança. No entanto, o indigno não poderá usufruir e nem administrar os bens que couberem na herança aos seus sucessores, também não poderão participar de eventual sucessão de tais bens no futuro[121].

Gagliano e Pamplona dizem que a razão para tal efeito é que a exclusão por indignidade trata-se de uma sanção, que apesar de ser na esfera civil, não pode ser

[118] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. V. único. p.1512.

[119] BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 jan. 2019.

[120] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. v.7.

[121] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. V. único.

transferida para outra pessoa além do próprio ofensor. E assim como Tartuce, os autores ressaltam que de acordo com o que expressamente determina o artigo 1.816 do Código Civil, o excluído não poderá se beneficiar dos bens que lhe foram negados e nem poderá recebê-los em uma nova relação sucessória[122].

3.2 Deserdação

Segundo Maria Helena Diniz, deserdação é o procedimento em que o *de cujus* exclui um herdeiro necessário, por meio de declaração expressa em testamento, privando-o de seus direitos sucessórios por ter praticados algum dos atos enumerados nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil[123].

Flávio Tartuce ensina que a deserdação é "um ato de última vontade" em que o testador que exclui o herdeiro necessário do testamento, porém ainda faz-se indispensável a confirmação de tal exclusão por sentença[124].

Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

> "Deserdação é o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiro necessário, mediante disposição testamentária motivada em uma das causas previstas em lei. Para excluir da sucessão os parentes colaterais não é preciso deserdá-los; "basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar"[125].

Assim, entende-se que para excluir os herdeiros necessários é fundamental que tal desejo esteja expresso no testamento e pra excluir os herdeiros colaterais, o

[122] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. V. único. p. 1513.
[123] DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.2. p. 112.
[124] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.v. único. p. 1569.
[125] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. V.7.

testador pode simplesmente não incluí-los nas disposições testamentárias[126]. No entanto, essa exclusão não deve ocorrer de acordo com o livre arbítrio do testador, mas deve ser motivada por algum ato que esteja previsto em lei como desencadeador de tal medida[127].

Da mesma maneira, entende Paulo Lôbo:

> "Se a causa referida pelo de cujus em testamento não se enquadrar em uma das legalmente previstas, não poderá ser considerada, ainda que possa ser tida como mais grave ou ofensiva que estas. Assim é porque a deserdação tem caráter de excepcionalidade, não podendo haver interpretação extensiva"[128].

Salomão Cateb também segue este entendimento, afirmando que embora dependam do arbítrio do testador, as possibilidades de deserdação estão elencadas no Código Civil. A lei apresenta as hipóteses e somente se o herdeiro praticar uma delas, ele será, de fato, deserdado.[129]

Segundo Farias e Rosenvald, apesar do instituto da deserdação estar localizada no título de sucessão testamentária no Código Civil, o testamento é apenas o instrumento para a exclusão, pois tal instituto pertence na verdade à sucessão legítima, uma vez que seu objetivo é excluir o sucessor necessário da legítima. [130]

---

[126] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. V.7.

[127] VELOSO, Zeno. Comentários ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

[128] LÔBO, Paulo. Direito civil : sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[129] CATEB, Salomão de Araújo. Direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. apud PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: Indignidade e deserdação. 2017. Disponível em: https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4138/Priscila %20Viana% 20Perito.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 22 jan. 2019.

[130] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. *apud* PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: Indignidade e

Esse mesmo entendimento tem Poletto, ao afirmar que se deve ter cautela ao declarar que deserdação "consiste em uma cláusula testamentária", pois tal declaração, segundo o autor, "confunde a essência do instituto (aspecto material) com a forma pela qual se exterioriza (aspecto formal)" [131].

3.2.1 Requisitos da Deserdação

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, para que ocorra a efetiva exclusão de um herdeiro por deserdação é necessário o preenchimento de alguns requisitos[132]:

a) Que existam herdeiros necessários, conforme artigo 1961 do Código Civil. A deserdação figura como uma exceção ao artigo 1846 do mesmo dispositivo legal que assegura a legítima aos ascendentes, descendentes e cônjuges do *de cujus*, sendo a única ferramenta legal para afastá-los da sucessão[133].

b) Que o testamento seja válido, conforme artigo 1964 do Código Civil. Somente através do testamento é admitida a exclusão do herdeiro necessário por deserdação. Não são reconhecidas deserdações feitas através de escritura pública, codicilo ou termo judicial. A deserdação não produzirá efeitos se o testamento for nulo, caduco ou revogado[134].

---

deserdação. 2017. Disponível em: https://riuni.unisul.br/bitstream /handle/12345/4138 /Priscila%20Viana%20Perito.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 22 jan. 2019.

[131] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. 2013. São Paulo : Saraiva.

[132] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.

[133] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.

[134] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.



c) Deve ter declaração expressa de deserdação com causa prevista na lei. Ao declarar a deserdação de um herdeiro, o testador deverá apontar uma das causas de exclusão previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código civil, que apresentam um rol taxativo de causas de deserdação. Não se admite nenhuma outra aplicação, nem o uso de analogias. Por essa razão, Gonçalves afirma que: "torna-se essencial que o testador mencione no testamento a causa que o leva a deserdar seu herdeiro. A deserdação tem de ser fundamentada e a causa há de ser expressamente estabelecida pelo legislador." O autor ainda afirma que é nula a disposição testamentária que não expressa a causa e o motivo legal para tal exclusão[135].

d)Que seja proposta uma ação ordinária. Uma vez que somente a declaração de exclusão expressa no testamento não é suficiente para deserdar o herdeiro necessário. É preciso que o herdeiro, que ficou instituído no lugar do que foi excluído, ajuíze ação ordinária e comprove os motivos da exclusão que foram declaradas pelo testador, conforme artigo 1.965 do Código Civil. Caso não tenha tal comprovação o herdeiro não será excluído da legítima. O prazo para provar as causas de deserdação decai em 4 anos a contar da data da abertura do testamento[136].

Assim sendo, para que ocorra a exclusão por deserdação é necessário que os requisitos acima mencionados sejam cumpridos. Caso falte algum deles, o herdeiro não será deserdado e a deserdação será considerada inexistente[137].

3.2.2 Causas da Deserdação

[135] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.

[136] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.

[137] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.v.7.

Segundo Venosa, as causas de deserdação podem ser tanto entre ascendentes contra descendentes quanto o contrário. As hipóteses descritas no artigo 1.962 do Código Civil tratam das causas de deserdação entre ascendentes e descendentes e são as mesmas previstas no artigo 1.814 e tratam da indignidade, ou seja, que o indivíduo tenha tentado contra a sua vida; calúnia ou crime contra a honra do testador, violência ou fraude contra a possibilidade do sujeito exprimir sua vontade testamentária. Porém, além dessas hipóteses, o artigo 1.962 do Código Civil, ainda apresenta outras causas[138]:

> "Art. 1.962. Além das causas mencionadas no artigo 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
>
> I - ofensa física;
>
> II - injúria grave;
>
> III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
>
> IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade"[139].

Ofensa física vem a ser todo tipo de agressão, não importando a gravidade da lesão, pois a lei não faz distinção quando ao grau da ofensa e segundo Venosa é considerado o ato desrespeitoso em si, não as lesões sofridas pelo testador[140]:

> "A *ofensa física* é qualquer forma de agressão contra o corpo da vítima. A lei não distingue, não falando da gravidade da ofensa. Destarte, mesmo a ofensa leve é causa de deserdação. O ato é desrespeitoso. Tanto mais grave será quando a ofensa se reveste de um ato de escárnio, quando o ânimo de ofender moralmente é prevalecente, o que mais se aproxima da ofensa

[138] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[139] BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 jan. 2019.

[140] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

> contra a honra, da denominada "injúria real". Arremessar o líquido de um copo contra a vítima, por exemplo"[141].

Quanto à ofensa física, Rizzardo segue o mesmo entendimento:

> "Não interessa a gravidade ou a época. Independe da instauração de inquérito policial, ou processo na Justiça, e muito menos condenação. Desde que, posteriormente, reste provada, dá-se ensejo à exclusão do herdeiro. Nem importa que tenha resultado uma lesão, ou ferimentos. Qualquer agressão, ou mesmo tentativa, ou até gesto de hostilidade física, é suficiente para aceitar o alijamento do herdeiro da herança"[142].

Gonçalves também entende que a ofensa física pode ser causa de deserdação mesmo quando gere lesões leves, pois é o contato físico que se faz necessário. Ele entende que a ofensa física é um ato de falta de afetividade, de respeito e de cuidado, sendo que esses fatores dão legitimidade à deserdação. Segundo Gonçalves, não é necessária uma sequência de agressões, se ocorrer uma ofensa física já há possibilidade de ocorrer exclusão sucessória por deserdação. No entanto, o autor pondera que caso o filho agrida o pai em legitima defesa, será adotada a excludente de ilicitude do ato e o filho não será deserdado[143].

No que se refere a injúria, o próprio inciso II, do artigo 1.962 específica que se trata de "injúria grave", e segundo Venosa "simples desentendimentos não constituem ofensa grave". De acordo com o autor a gravidade da injúria deverá ser analisada conforme o caso concreto e as condições que levaram a ofensa. Além disso, a injúria deve ser direcionada ao testador e não a terceira pessoa[144].

---

[141] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[142] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[143] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[144] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Gonçalves também entende que a injúria grave como causa de deserdação não pode ser direcionada a familiares ou pessoas próximas ao testador, a não ser a exceção presente no inciso II do artigo 1.814 do Código Civil, o qual afirma que a injúria pode ser direcionada tanto ao testador quanto ao seu cônjuge ou companheiro[145].

Além disso, o autor afirma que a injúria grave consiste em "ofensa moral à honra, dignidade e reputação da vítima", não importando o meio pelo qual foi praticada, seja através de meios escritos ou gestos obscenos ou condutas palavras ou escritos, tais como cartas, bilhetes, telegramas, bem como por meio de gestos obscenos e condutas humilhantes, pois estes comportamentos causam danos morais ao testador[146].

Em relação a terceira hipótese de deserdação, o inciso III do artigo 1.962 do Código Civil fala sobre as "relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto" e segundo Gonçalves, quando o legislador falou em "relações ilícitas" ele não se referia apenas a relações sexuais, mas a quaisquer comportamentos libidinosos[147]:

> "O envolvimento amoroso e intimidades sexuais da filha com o marido de sua mãe, por exemplo, ainda que não tenha havido coito ou cópula carnal, sem dúvida se mostra repugnante, asqueroso e ofensivo aos sentimentos mais nobres da genitora"[148].

Ainda sobre as relações licitas do inciso III, do artigo 1.962, Venosa afirma que as relações entre madrastas/padrastos e enteados(as) são repugnantes perante o

[145] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[146] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[147] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[148] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.



senso comum e abalam e desestabilizam o meio familiar como um todo, além da figura do testador. O autor ainda destaca que não se pode fazer diferenciação entre relações hétero ou homossexuais e que madrastas e padrastos devem ser considerados integrantes da família de fato, de acordo com entendimento jurisprudencial[149].

A quarta hipótese é o "desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade". Segundo Gonçalves, caso o descendente não tenha condições de amparar o ascendente, ele não pode ser deserdado, inclusive exemplificou em sua obra: "Já se decidiu, com efeito, que a internação do testador como indigente num hospital durante grave enfermidade não autoriza a deserdação, se não se prova que o filho tinha recursos para custear o tratamento"[150].

Venosa afirma que o desamparo a ascendente em alienação mental ou grave enfermidade exprimem desrespeito, desprezo, falta de amor e carinho. Além do desamparo econômico, o autor expõe que pode ocorrer o desamparo moral e intelectual. Por essa razão, as circunstâncias desse desamparo devem ser analisadas pelo juiz para decidir se são ou não causas de deserdação[151].

Farias e Rosenvald salientam que para que o herdeiro necessário seja deserdado, em razão da aplicação do inciso IV do artigo 1962, ele deve ter conhecimento da condição de alienação metal ou grave enfermidade do ascendente e

[149] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[150] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[151] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

além disso, deve ter condições de arcar com os tratamentos e não os fizer e que o testador não tenha possibilidade de se sustentar por si só[152].

As hipóteses de deserdação entre descendentes e ascendentes estão dispostas no artigo 1.963 do Código Civil e são:

> "Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
>
> I - ofensa física;
>
> II - injúria grave;
>
> III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
>
> IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade"[153].

Segundo Venosa, as causas presentes no artigo 1.963 são as mesmas do artigo anterior, exigindo apenas que o juiz tenha ponderação em relação ao inciso I, pois de acordo com o autor[154]:

> "os castigos físicos moderados, que têm a função educativa, aos menores de pouca idade, não podem ser levados em conta para se inserirem nas ofensas físicas desse dispositivo. No mais, aplica-se semelhantemente o que se disse a respeito do artigo anterior" [155].

Gonçalves concorda com Venosa e diz que os incisos I e II do artigo 1963 do Código Civil são os mesmos do artigo 1962 e também destaca que o juiz deverá ter cautela ao analisar o caso em que o ascendente pode usar o poder familiar e

[152] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. *apud* PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: Indignidade e deserdação. 2017. Disponível em: https://riuni.unisul.br/bitstream /handle/12345/4138 /Priscila%20Viana%20Perito.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 22 jan. 2019.

[153] BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

[154] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[155] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

eventualmente ofender ou injuriar, com a intenção de corrigir um descendente, desde que de forma moderada[156]. Porém, Gonçalves destaca outras diferenças nos incisos III e IV:

> "O inciso III é mais completo do que o seu correspondente no art. 1.962, porque menciona relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta.
>
> E o inciso IV ganhou redação aperfeiçoada, mais condizente com a moderna psiquiatria, usando a expressão "deficiência mental" no lugar de "alienação mental". Sem dúvida, o desamparo diante da deficiência mental ou grave enfermidade de um descendente, cometida pelo ascendente, em geral possuidor de maiores recursos financeiros, revela-se mais grave e repulsivo do que a idêntica conduta omissiva do descendente"[157].

No inciso III a diferença acontece em relação aos sujeitos das relações, pois menciona as possíveis relações "com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta". Já o inciso IV observa-se a expressão "deficiência mental" ao invés de "alienação mental", um termo mais adequado de acordo com a psiquiatria[158].

3.2.3 Efeitos da Deserdação

De acordo com Gonçalves o Código Civil não traz expressamente, no capítulo referente a deserdação, os seus efeitos. Porém, segundo o autor, predomina o entendimento de que os efeitos da deserdação são os mesmos da indignidade, devido

[156] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

[157] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

[158] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

à semelhança quanto a natureza sancionatória de ambos os institutos. Assim, Gonçalves entende que os efeitos da deserdação são pessoais e não podem ser repassados a terceiros, ou seja não podem "ir além da pessoa que se portou de forma tão reprovável"[159].

Venosa também segue essa linha de pensamento e entende que a deserdação, assim como a indignidade, tem efeitos pessoais e que é uma punição que não deve passar "da pessoa do culpado"[160]:

> "Não só pelo argumento da individualidade da pena, como também pelo fato de os institutos da indignidade e da deserdação guardarem perfeita sintonia e similitude. Assim, considera-se o deserdado "como se morto fosse". Seus filhos não são afastados do direito de representação, ainda que assim tenha disposto o testador. Esse afastamento dos representantes poderá ser feito, quando muito, no tocante à parte disponível. Não quanto à legítima. Entender-se diferentemente é não só privar os herdeiros necessários da legítima, como também fazer passar uma pena além da pessoa do culpado. Há, no entanto, quem defenda o contrário"[161].

Segundo Venosa, o efeito primordial da deserdação é a exclusão do herdeiro necessário da legítima. Segundo o autor, não se reconhece deserdação parcial. Se o testador não quiser deserdar de fato o herdeiro, ele poderá apenas diminuir a cota do indigno em relação aos demais herdeiros, pois não há a possibilidade de deserdação parcial[162].

Ainda sobre os efeitos, Venosa afirma que assim como na exclusão por indignidade, o herdeiro deserdado não poderá gozar nem usufruir de nenhum

[159] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.
[160] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[161] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
[162] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

direito sobre os bens da herança em que foi destituído. Também não poderá receber tais bens em uma herança futura[163].

3.3 Abandono afetivo inverso e a deserdação

Como já abordado anteriormente, abandono afetivo inverso ocorre quando filhos maiores abandonam seus pais no momento em que eles estão mais vulneráveis e mais precisam de apoio, ou seja, na velhice. Esse abandono se caracteriza pela ausência de cuidado, desamparo emocional, moral, que geram consequências sejam físicas ou psicológicas aos idosos[164].

Flavio Tartuce ensina que quando se refere ao abandono de um familiar, não está tratando apenas de abandono no aspecto material, pois a lei não o tipifica, mas sim do abandono moral e afetivo. Segundo o autor, a ausência de afetividade é mais lesiva que o abandono material. E, por essa razão o abandono afetivo seria motivo para gerar possibilidade de indenização e exclusão de sucessor por deserdação[165].

No entanto, pela corrente majoritária, para que uma deserdação seja considerada válida, além dos requisitos já apresentados, os motivos para exclusão do herdeiro devem ser expostos em testamento e devem estar elencados no rol taxativo dos artigos 1962 e 1963 do Código Civil[166]. Porém, a questão da deserdação por

[163] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[164] SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al*. Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

[165] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. São Paulo: Método, 2007. v.6.

[166] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

abandono afetivo inverso não se encontra estabelecida de forma expressa no Código Civil, o que abre a possibilidade para o uso do sistema jurídico aberto e móvel[167].

Segundo Donnini nosso "sistema jurídico é aberto e móvel", possui mobilidade para aceitar aperfeiçoamentos, interpretações e aplicação de cláusulas e princípios gerais do direito[168]. Pois, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura da rigidez do ordenamento jurídico brasileiro[169], assim, seria possível a aplicação da deserdação em casos de abandono afetivo pela violação ao princípio da afetividade[170].

De acordo com Barroso, a mobilidade do sistema, condiz com a flexibilidade em adaptar o sistema jurídico brasileiro as novas demandas e aos problemas da atualidade[171]:

> "A *rigidez* procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a *plasticidade* procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada

[167] PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

[168] DONNINI, Rogério Ferraz. A complementação de lacunas no Código Civil: continua a viger o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2008. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

[169] TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

[170] PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

[171] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

> alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma"[172].

Isto posto, deve-se considerar que o ordenamento jurídico brasileiro não é composto apenas por regras, mas também por princípios. E a afetividade é um dos princípios constitucionais, muito utilizado nas causas que envolvem o atual Direito das Famílias. Assim, pode-se reputar o abandono afetivo como causa de deserdação, uma vez que o filho ao deixar de dar assistência ao seu pai idoso, estaria rompendo um elo da família, que é exatamente a afetividade[173].

Da mesma maneira pensa Guerra, ao declarar que a falta de vinculo afetivo entre descendente e ascendente seria motivo para a exclusão sucessória via deserdação por "quebra de afetividade" e essa exclusão se daria não por aplicação literal dos artigos 1962 e 1963 do Código Civil, mas ao aplicar os princípios da afetividade, solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana, conforme a Constituição Federal de 1988[174].

Segundo Speridião e Aguiar, a atual legislação que trata do instituto da deserdação, se encontra desatualizada e com lacunas, uma vez que o Código Civil de 2002 repetiu as disposições do Código de 1.916. Em face de tal situação, o abandono afetivo não se encontra expressamente previsto, tal princípio está presente, porém de

---

[172] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

[173] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. Direito de Família e das Sucessões: temas atuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

[174] GUERRA, Bruna Pessoa. A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental. Teresina. ano 16. n. 2.961. 2011. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto /19722 *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151 /205. Acesso em: 26 jan. 2019.

forma tímida.[175] Por esse motivo, Poletto explica que o tema precisa ser revisado e adaptado as condições da sociedade atual, buscando uma efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos nas regras e princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988[176]. E é através de projetos de lei que tais adequações e modernizações do Código civil poderão ser feitas.

3.4 Projetos de lei: n. 118/2010 e n. 3.114/2015.

Partindo da necessidade de melhorar e atualizar o dispositivo legal que trata do instituto da deserdação, estão surgindo projetos de lei, pedindo para que o abandono afetivo inverso também faça parte do rol taxativo, afim de evitar interpretações amplas e garantir segurança jurídica, como no caso dos projetos de lei n. 118/2010 e n. 3114/2015[177].

O Projeto de Lei 118/2010 foi proposto pela Senadora Maria do Carmo Alves e tem como objetivo modificar os artigos 1.814 a 1.818 que tratam da exclusão por indignidade e os artigos 1.961 a 1.965 que versam sobre deserdação, visando dar nova abordagem aos institutos de exclusão sucessória[178].

Alves usou em sua justificativa ao projeto de lei os argumentos do autor Carlos Eduardo Minozzo Polleto, afirmando que tal projeto tem a intenção de

[175] SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib .com.br /artigos/ 1395776639.pdf. Acesso em 27 jan. 2019.

[176] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013.

[177] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013.

[178] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg .br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 01 fev. 2019.

modernizar as formas de exclusão do direito sucessório brasileiro, pois tais institutos encontram-se defasados[179].

Entre as mudanças propostas pela senadora estão a modificação dos títulos do Livro V, capítulo V, que é "Dos Excluídos da Sucessão" e de acordo com o projeto deveria ser "Dos Impedidos de Suceder por Indignidade". Já o Capítulo X denominado "Da Deserdação" deveria ser "Da Privação da Legítima"[180].

As alterações não se restringem aos nomes dos capítulos, mas também ao conteúdo dos artigos conforme a seguinte disposição:

> "Art. 1.814. São impedidos de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade:
>
> I – aquele que houver provocado, ou tentado provocar, dolosa e antijuridicamente, a morte do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;
>
> II – aquele que houver praticado, ou tentado praticar, dolosa e antijuridicamente, qualquer comportamento que venha a atingir a honra, a integridade física, a liberdade, o patrimônio ou a dignidade sexual do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;
>
> III – aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou afetivamente, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade;
>
> IV – aquele que, por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furtar, roubar, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou o codicilo do falecido, incorrendo também aquele que, mesmo não tendo

[179] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg .br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 01 fev. 2019.

[180] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg .br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 01 fev. 2019.

> sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado"[181].

Em abril de 2011, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados para análise e revisão. Lá, ele sofreu alteração em relação a nomenclatura e passou a ser chamado de Projeto de Lei 867/2011. No ano de 2012, o deputado Willian Dib era o relator da Comissão de Seguridade social e Justiça e destacou em seu parecer que a matéria abordada no projeto de lei era relevante e buscava adequações no instituto da indignidade sucessória e da deserdação. Além disso, o relator observou que a autora estava baseando suas propostas em congruência com os ensinamentos de Polleto e que tal abordagem estaria contribuindo para o aperfeiçoamento do direito sucessório no Brasil[182].

Já em 2014, a deputada Erika Kokay era a relatora da Comissão Seguridade social e família e em seu parecer afirmou que o Projeto de Lei n. 867/2011 tinha como objetivo esclarecer os institutos de exclusão sucessória, pois segundo a relatora, apesar dos institutos terem semelhanças quanto a natureza e ao objetivo, eles são diferentes quanto ao fundamento, estrutura e regime[183].

Kokay observou que as causas de exclusão apresentadas por Maria do Carmo seriam ampliadas, em relação ao atual rol taxativo. E ressaltou ainda que "a ampliação se mostra acertada, sob o ponto de vista do que compete a esta Comissão

[181] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg .br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 01 fev. 2019.

[182] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg .br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 01 fev. 2019.

[183] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 867/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br /proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=PRL+2+CSSF+%3D%3E+PL+867 /2011. Acesso em: 02 fev. 2019.

analisar, ou seja, a proteção da família, como corolário do aprimoramento do Direito das Sucessões"[184].

Por esse motivo, a deputada considera importante a alteração da lei, não apenas em relação aos indignos, como também em relação aos não legitimados a serem sucessores do de cujus. Kokay ainda afirmou que considera relevante a diminuição de 4 para 2 anos o prazo para exercer o direito de demandar a exclusão sucessória e que seria possível a aceitação de perdão pelo testador, através do poder pátrio. "Assim, o PL n. 867, de 2011, oriundo do Senado Federal, aprimora a legislação civil brasileira, redundando numa maior proteção à família, motivo pelo qual merece prosperar"[185].

A relatora também destacou em seu parecer que o PL 867/2011 se encontrava apensado ao PL 8.020/2014 que tratava da exclusão por indignidade e que tal projeto teria um texto muito parecido com o artigo 1.814 da atual legislação civil e que não merecia ser aprovado. Assim, ela finalizou seu parecer afirmando que a comissão aprova o PL 867/2011, mas rejeita o PL 8.020/2014[186].

Nos dias atuais, o projeto de Lei 867/2011 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, aguardando um novo relator e nova análise[187].

---

[184] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 867/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=PRL+2+CSSF+%3D%3E+PL+867/2011. Acesso em: 02 fev. 2019.

[185] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 867/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=PRL+2+CSSF+%3D%3E+PL+867/2011. Acesso em: 02 fev. 2019.

[186] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 867/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=PRL+2+CSSF+%3D%3E+PL+867/2011. Acesso em: 02 fev. 2019.

[187] ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 867/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331278&filename=PRL+2+CSSF+%3D%3E+PL+867/2011. Acesso em: 02 fev. 2019.

Já o Projeto de Lei 3.145/2015 foi criado pelo deputado Vicentinho Júnior levando em consideração o aumento no número de abandono afetivo de idosos por parte de seus filhos. Nesse projeto, o deputado tem como objetivo alterar os artigos 1962 e 1963 da lei 10.146 de 2002, o atual Código Civil Brasileiro, para que seja possível a exclusão de herdeiros através do instituto da deserdação por abandono afetivo[188].

Como justificativa para seu projeto, o deputado indicou que o número de idosos no Brasil vem crescendo, assim como também aumentaram as denúncias de abandono e maus tratos. Relatando ainda que muitos idosos estão sujeitos a abandono afetivo e material, cuidados esses que deveriam ser prestados por seus descendentes, descumprindo o que o artigo 229 da Constituição Federal de 1988 determina[189].

Por essa razão, o deputado propôs que fosse feita uma alteração nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil a fim de autorizar a deserdação de filhos que abandonam seus pais. Caso fosse aprovado, as alterações se dariam da seguinte maneira[190]:

> "Art. 1.962. .....
>
> [...]
>
> V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

[188] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[189] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[190] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

> Art. 1.963. .....
>
> [...]
>
> V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres[191]".

Vale ressaltar que no projeto de lei apresentado, não foi utilizada a palavra "idoso", mas é de conhecimento geral que a maioria dos abandonos acontecem quando os pais já estão em idade avançada. A intenção do deputado era dar amplitude ao instituto, alcançando os pais que foram abandonados quando ainda não tinham atingido a terceira idade[192].

Em 2017, o projeto foi encaminhado para a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa e teve como relator o deputado Marcelo Aguiar. O relator observou que o Projeto de lei estava de acordo com os artigos 229 e 230 da Constituição Federal de 1988 em eu os idosos devem ser protegidos pela família, sociedade e Estado e em conformidade com o artigo 98 do Estatuto do Idoso, que considera crime passível de punição o abandono de idosos em hospitais ou casas de repouso[193].

Ele ainda enfatizou que a atual legislação não prevê a exclusão de filhos ou descendentes pelo instituto da deserdação por abandono afetivo de idosos e que essa conduta merece atenção, uma vez que provoca graves danos físicos e psicológicos

[191] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[192] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[193] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

nas vítimas. Assim, o relator destaca que os idosos merecem proteção contra o abandono e se mostrou favorável a aprovação do projeto de lei[194].

Da mesma maneira, em 2017, ocorreu o entendimento na Comissão de Seguridade Social e Família através do relatório da deputada Zenaide Maia, que demonstrou apoio a aprovação do Projeto de Lei 3.145/2015. Já em 2018, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, também houve entendimento favorável à aprovação do projeto. Porém, o relator Edio Lopes entendeu que deveria ocorrer a inclusão de um inciso no artigo 1.814, que trata da indignidade, sugerindo a redação: "...que abandonarem o autor da herança em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres"[195].

Em 31 de janeiro de 2019 o Projeto de Lei 3.145/2015 foi arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos deputados[196].

3.5 Entendimento jurisdicional brasileiro acerca da possibilidade de deserdação em face do abandono afetivo inverso

Atualmente os Tribunais brasileiros vêm se posicionando de maneiras diferentes em relação à possibilidade de deserdação decorrente de abandono

[194] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[195] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

[196] OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947& filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

afetivo[197]. Uma vez que o abandono afetivo não se encontra no rol taxativo das causas de deserdação presentes no atual Código Civil e é o que se observa a seguir:

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível, assegurou que é possível haver deserdação de filhos que abandonaram, tanto moral quanto materialmente, o pai, vítima de câncer, deixando-o totalmente desamparado quando mais precisava de apoio familiar. Esse comportamento dos filhos denota descaso, insensibilidade e indiferença o que deixa claro o abandono afetivo inverso[198]:

> "EMENTA: CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO.
>
> 1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador.
>
> 2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC"[199].

[197] BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. Do afeto como categoria jurídica: consequências do abandono no direito das sucessões. 2016. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br /bitstream/handle/ 11077/ 1673/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-20GIZELLI%20KAROL %20BOTH%20PALERMO%20 BOIN .pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 fev. 2019.

[198] BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. Do afeto como categoria jurídica: consequências do abandono no direito das sucessões. 2016. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br /bitstream/handle/ 11077/ 1673/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-20GIZELLI%20KAROL %20BOTH%20PALERMO%20 BOIN .pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 fev. 2019.

[199] BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br /jurisprudencia /5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195. Acesso em: 18 fev. 2019.

Segundo Maurício de Barros, como o pai dos herdeiros, estava com grave enfermidade, precisava de carinho e apoio moral dos filhos, mas estes não lhe davam a menor atenção. Por esse motivo, o relator tem o seguinte entendimento: "Filhos que não dão carinho e assistência moral aos pais em momentos tão difíceis, devem, sim, ser deserdados"[200].

Já em 2016, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na Apelação n. 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgou de maneira diversa do desembargador de Minas Gerais. Em tal ocasião, ele analisou um caso em que o testamenteiro tinha como objetivo reformar a sentença que anulava a cláusula de deserdação de um dos filhos do testador. Pois o juiz da primeira instância entendeu que o pedido de exclusão era improcedente, e que o apelado deveria ser considerado herdeiro necessário do de cujus, sob o fundamento de que a deserdação só poderia ocorrer se a causa estivesse disposta no rol taxativo do Código civil e o abandono afetivo não faz parte de tal rol[201].

O relator seguiu com o mesmo entendimento e manteve o posicionamento, anulando a deserdação, pois, ficou entendido que o filho não abandonou o pai, houve um afastamento natural devido ao segundo casamento do testador. É o que observa-se nas palavras do relator[202]:

---

[200] BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br /jurisprudencia /5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195. Acesso em: 18 fev. 2019.

[201] BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

[202] BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em:

> "A versão que melhor define o ocorrido foi bem aquilatada pelo julgador singular, que, com percuciência, realçou ter havido um "um distanciamento natural do pai para com o filho em razão de novas núpcias", cuja causa jamais poderia autorizar a medida drástica de deserdação"[203].

Para o desembargador Marco André Nogueira Hanson, não se deve ampliar as hipóteses de cabimento da deserdação, como a aplicação de analogias e princípios constitucionais, pois caso sejam utilizados de maneira inapropriada, poderão prejudicar profundamente alguns herdeiros[204]:

> "E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DESERDAÇÃO – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE ATAQUE A TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – REJEITADO – MÉRITO – PRETENSO DESAMPARO DO ASCENDENTE COM GRAVE ENFERMIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL – CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO EM TESTAMENTO DECLARADA NULA – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Se o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final,

---

https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

[203] BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

[204] BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

> declarou nula a cláusula de deserdação, afigura-se possível conhecer do recurso. II. Se o requerente não logrou demonstrar ter havido desamparo pelo requerido ao ascendente com grave enfermidade, mas um natural distanciamento do pai para com o filho em razão de novas núpcias, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista em testamento público. III. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios"[205].

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 0605333-94.2008.8.26.0100, no ano de 2016 negou o provimento do recurso, pois a apelação ajuizada pelos outros beneficiários do testamento tinha como objetivo atacar a sentença da ação de ineficácia do testamento que fora ajuizada pelos filhos que o *de cujus* queria deserdar. Como observa-se a seguir[206]:

> "DESERDAÇÃO. Causa fundada em desamparo imputado pelo testador gravemente enfermo a seus filhos e herdeiros necessários. Eficácia da disposição subordinada à efetiva prova de ocorrência da causa expressa no testamento. Desamparo não comprovado. Testador que não necessitava de auxílio econômico, pois provido de recursos. Insuficiência de prova quanto à ausência de amparo emocional dos filhos ao pai, enquanto se encontrava gravemente enfermo. Ônus da prova do alegado desamparo a cargo dos herdeiros instituídos ou legatários a quem aproveite a deserdação. Parte disponível da

[205] BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12.0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

[206] BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0605333-94.2008.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 21/06/2016. 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: https://esaj .tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do? conversationId=&cdAcordao=9542179&cdForo=0&uuidCaptcha=saj captcha_872300ba5cb44f1fb74dcda98014677e&vlCaptcha=enycz&novoVlCaptcha=.Acesso em: 26 mar. 2019.

> herança não atingida pela ausência de prova da causa da deserdação, como, de resto, já previsto e disposto no testamento. Sentença correta, que analisou com serenidade a prova dos autos. Recurso improvido"[207].

De acordo com a apelação, os filhos do testador abandonaram material e emocionalmente seu pai, porém, não foram apresentadas provas suficientes para comprovar tal abandono e o depoimento das testemunhas comprovaram o oposto, pois os filhos eram presentes e amparavam seu pai apesar das dificuldades de relacionamento entre eles[208]. Assim, o relator negou o provimento do recurso, alegando ausência de provas que demonstrassem o abandono afetivo e material do testador, não sendo possível então, nesse caso, a deserdação e os filhos, herdeiros necessários, tiveram direito à herança[209].

É o que nos ensina Maria Helena Diniz:

> "Se provar cabalmente o fato, a sentença privará o herdeiro de sua legítima. Se não conseguir provar a causa de deserdação, ficará sem efeito a instituição de herdeiro e todas as disposições que prejudicarem a reserva legitimaria do deserdado, logo, a falsidade da causa alegada ou a ausência de comprovação de sua veracidade, autorizará o herdeiro à receber o que tem de direito, mas se se tratar de legado,

[207] BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0605333-94.2008.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 21/06/2016. 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: https://esaj .tjsp.jus.br/cjsg/get Arquivo.do? conversationId=&cdAcordao=9542179&cdForo=0&uuidCaptcha=saj captcha_87230 0ba5cb44f1fb74dcda98014677e&vlCaptcha=enycz&novoVlCaptcha=.Acesso em: 26 mar. 2019.

[208] SILVA, Milena Matos da. Exclusão da sucessão: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. 2018. Disponível em: https://repositorio. ufpe.br/handle/123456789/27818. Acesso em 26 mar. 2019.

[209] BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0605333-94.2008.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 21/06/2016. 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: https://esaj .tjsp.jus.br/cjsg/get Arquivo.do? conversationId=&cdAcordao=9542179&cdForo=0&uuidCaptcha=saj captcha_87230 0ba5cb44f1fb74dcda98014677e&vlCaptcha=enycz&novoVlCaptcha=.Acesso em: 26 mar. 2019.

> cumprir-se-à a liberalidade que comporte a quota disponível"[210].

Em um caso recente, a oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou os embargos de declaração de número 70080440043:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE MOTIVOS ENSEJADORES DE DESERDAÇÃO. LEGITIMIDADE DOS FILHOS DESERDADOS. SENTENÇA QUE RECONHECEU A INEFICÁCIA DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA MANTIDA. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART.... Ver íntegra da ementa 1.022 DO CPC. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. 1. O cabimento de embargos de declaração limita-se às hipóteses elencadas pelo art. 1.022 do CPC, inocorrentes no acórdão impugnado. 2. Os embargos de declaração não se prestam para o objetivo de rediscussão da matéria já decidida, como a parte embargante, em realidade, pretende, pela linha de argumentação das razões do recurso que ofertou. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração N. 70080440043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/03/2019)"[211].

O relator Ricardo Moreira Lins Pastl entendeu que não havia causa para deserdação, uma vez que os filhos não abandonaram sua mãe e que por ela se encontrar com doença psicológica, tinha a "impressão" de que seus filhos tinham deixado-a à própria sorte, motivo pelo qual quis deserdar seus filhos. Porém, tal abandono não foi comprovado, documentos como laudos médicos, exames e

[210] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010 p. 200. v.6.

[211] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de declaração n. 70080440043. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. j. 21/03/2019. 8ª Câmara Cível. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero _Processo= 70080440043&code=1291&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-208.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso: 26 mar. 2019.

inclusive testemunhas confirmaram que os filhos davam apoio a mãe até seu falecimento[212].

Assim, de acordo com o relator, a testadora não tinha discernimento para elaborar testamento:

> "Dito isso, não comprovado nenhum fato que autorizasse a deserdação, impositivo afastar esta disposição do testamento, bem como as referências que lhe teriam dado causa, no entendimento da testadora, influenciado pelo seu quadro de saúde mental"[213].

Além dos Tribunais, a doutrina brasileira também diverge em relação à deserdação motivada pelo abandono afetivo. Oliveira e Amorim defendem que as hipóteses de deserdação constituem causas "*numerus clausus*" e que dessa forma não aceitam interpretação ampla, como os atos de ingratidão em relação ao autor da herança. Assim, segundo os autores, para que ocorra a hipótese de abandono "não basta que haja esfriamento de relações ou mesmo atos de hostilidade entre esses parentes"[214].

Venosa também tem entendimento de que o rol taxativo da lei deve ser seguido, pois segundo seu entendimento:

> "Fora das situações típicas descritas na lei, não pode haver deserdação, por mais que as relações do morto com o herdeiro

[212] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de declaração n. 70080440043. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. j. 21/03/2019. 8ª Câmara Cível. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero _Processo= 70080440043&code=1291&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-208.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso: 26 mar. 2019.

[213] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de declaração n. 70080440043. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. j. 21/03/2019. 8ª Câmara Cível. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero _Processo= 70080440043&code=1291&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-208.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso: 26 mar. 2019.

[214] OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e Partilhas: direito das sucessões – Teoria e Prática. 21. ed. São Paulo: LEUD, 2008.

> necessário tenham envolvido sérios problemas de ordem moral, ética, social ou religiosa, a questão não poderá afastar o sucessor"[215].

Outrossim, a deserdação funciona como uma exceção à regra da reserva da legítima e funciona como uma exaltação da vontade do autor da herança. Porém devem ser observados os princípios da boa fé, eticidade e socialidade. Para que haja deserdação, ela deverá ser fundada, não poderá ser declaração de vontade vazia, tem que ter uma justificação[216].

Por fim, minoritariamente, Flávio Tartuce e José Fernando Simão defendem que o abandono afetivo pode gerar a exclusão sucessória por deserdação, uma vez que para os autores, a afetividade é um dos mais importantes princípios do Direito de Família e afirmam que "abandono afetivo é pior e mais nefasto que o abandono material"[217].

Segundo Speridião, esse posicionamento veio para demonstrar que o afeto deve prevalecer em detrimento dos interesses patrimoniais e que a dignidade da pessoa humana deve preponderar nas relações familiares.[218] Nesse sentido, Tartuce e Simão apontam que o afeto é o "principal fundamento das relações familiares", mesmo não constando o termo afeto de forma expressa em nossa Constituição[219].

---

[215] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

[216] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010 p. 200. v.6.

[217] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *apud* SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib.com.br /artigos/ 1395776639.pdf. Acesso em 27 jan. 2019.

[218] SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib. com.br /artigos/ 1395776639.pdf>. Acesso em 27 jan. 2019.

[219] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *apud* SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib.com.br /artigos/ 1395776639.pdf. Acesso em 27 jan. 2019.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou a análise da (im)possibilidade de deserdação decorrente do abandono afetivo inverso. Partimos da premissa de que o número de idosos no Brasil está aumentado e com isso merecem atenção e proteção de seus direitos. Verificamos que, apesar de já haverem normas constitucionais e infraconstitucionais específicas de proteção à essa faixa da população, não existe legislação expressa quanto à deserdação em face do abandono afetivo inverso.

Apesar de não se encontrar expresso na lei, o afeto tem sido manifestado em diversas áreas do Direito, a exemplo o Direito Constitucional e Direito das Famílias. O princípio da afetividade vem merecendo atenção nos casos de abandono de idosos, visto que estes se veem desamparados por seus descendentes na época em que mais se encontram vulneráveis, causando-lhes danos físicos e psicológicos, muitas vezes irreversíveis.

Deste modo, busca-se uma proteção à esses idosos, fazendo-se necessário uma legislação vigorosa que venha a dar a possibilidade dos pais excluírem os filhos do testamento, quando forem abandonados por estes, pois, como já observado anteriormente, tal possiblidade é inexistente no rol taxativo do artigo que trata da deserdação no Código Civil.

Ademais, o cenário atual das famílias e o tratamento recebido por boa parte dos idosos, pedem que o abandono afetivo inverso seja uma das hipóteses de exclusão sucessória por deserdação, visto que é injusto deixar que herdeiros que deixaram de cumprir com o dever de zelar e cuidar previstos nos artigo 229 e 230 da

Constituição Federal de 1988, tenham os mesmos direitos sucessórios do que aqueles que cumpriram com seus papéis previstos em lei.

Além disso, o tema do abandono afetivo inverso ainda é pouco debatido e nas discussões existentes há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Majoritariamente juristas defendem que a deserdação só poderá ocorrer se o motivo estiver expresso na lei, for justificado e comprovado, como nos casos apresentados no presente trabalho que foram julgados nos Tribunais de justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul. Para estes, a restrição ao rol traz segurança jurídica, evitando que o autor da herança faça a exclusão por deserdação apenas por autonomia de vontade e evitando que essa retirada venha apenas a prejudicar os herdeiros sem a devida justificativa e provas.

Já em relação a posição minoritária, como na decisão proferida pelo Tribunal de justiça do Minas Gerais, alguns juristas acreditam que o abandono afetivo inverso poderá ser utilizado como um dos requisitos para a deserdação, visto que a afetividade deverá prevalecer e determinar os laços familiares. E, o abandono afetivo é considerado "pior e mais nefasto que o abandono material", por todas as consequências nocivas que traz, àquele que foi abandonado. Por esses motivos, para esse grupo, o Direito deveria evitar que idoso vítima de abandono seja obrigado pela lei à deixar seus bens para herdeiros que lhes causaram tanto sofrimento.

Por fim, chegamos a conclusão de que nosso Código Civil está desatualizado e não acompanha as mudanças do cenário da sociedade. Assim sendo, verificamos a necessidade de inclusão da hipótese de deserdação por abandono afetivo inverso no rol do artigo 1.962 do Código Civil e por essa razão, é primordial que os projetos de lei, que foram propostos a fim de modificar tal situação e dar amparo legal aos idosos, sejam aprovados. Também, entendemos que a afetividade deve ser

considerada durante as análises de cada caso, pois as relações familiares vão além de questões apenas patrimoniais e o afeto e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer nas relações familiares.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria do Carmo. Projeto de Lei 118 de 2010. Disponível em: https: //www25.senado.leg.br /web/atividade/materias/-/materia/96697. Acesso em: 1 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

BERTOLDO, Daniela Luso. O abandono afetivo inverso e a possibilidade de reparação decorrente da abstenção do dever de cuidado. 2017. Disponível em: https://revistas.brazcubas.br/index.php/revdubc/article/view/276. Acesso em: 20 abr.2018.

BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei n. 4.294 de 2008. Disponível em: http://www. camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=. Acesso em: 24 out. 2018.

BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. Do afeto como categoria jurídica: consequências do abandono no direito das sucessões. 2016. Disponível em: https://aberto.univem .edu.br/bitstream/handle/ 11077/ 1673/Disserta%C3%A7%C3 %A3o%20-20 GIZELLI %20KAROL%20BOTH%20PALERMO%20 BOIN .pdf? sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRAGA, Pérola Melissa Viana. Curso de direito do idoso. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2-3 *apud* RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/ bitstream /235/10588/1/21204051.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL, Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 26 ago.2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Envelhecimento ativo. 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso em: 28 ago.2018

BRASIL, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC 0006444-22.2012.8.12. 0001, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 27/09/2016, 3ª Câmara Cível. Disponível em:https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid =0D0D904F3DA9A4B37D627D75AFB9A928.cjsg2?conversationId=&nuProcOrige m=0006444-22.2012.8.12.0001&nuRegistro=. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, AC 1.0707.01.033170-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 5/09/2006, 6ª Câmara Cível. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de declaração n. 70080440043. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. j. 21/03/2019. 8ª Câmara Cível. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_ acordaos.php?Numero_Processo=70080440043&code=1291&entrancia=2&id_coma rca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-208.%20CAMARA %20CIVEL. Acesso: 26 mar. 2019

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0605333-94.2008.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 21/06/2016. 1ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/get Arquivo.do? conversationId=&cd Acordao= 9542 179&cdForo=0&uuidCaptcha=saj captcha_87230 0ba5cb44f1fb74dcda98014677 e&vlCaptcha=enycz&novoVlCaptcha=.Acesso em: 26 mar. 2019.

CALDERON, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default /files/principio_da_ afetividade_no_direito_de_familia.pdfhttp://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pd. Acesso em: 17 set. 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. 2010. Disponível em:http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos /anais/fortaleza/3911.pdf. Acesso em: 7 out. 2018.

CATEB, Salomão de Araújo. Direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *apud* PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: Indignidade e deserdação. 2017. Disponível em:https://riuni.unisul.br/bitstream/handle /12345 /4138/Priscila%20Viana%20Perito.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 22 jan. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DE LUCA, Ana Paula. A deserdação no direito civil brasileiro: a possibilidade de exclusão do herdeiro necessário por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar à luz do princípio da afetividade. 2015. Disponível em: http://repositorio.

unesc.net/ bitstream/1/3747/1/ANA%20PAULA%20DE%20LUCA.pdf. Acesso em: 26 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico/Maria Helena Diniz. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 141. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010 p. 200. v. 6.

DONNINI, Rogério Ferraz. A complementação de lacunas no Código Civil: continua a viger o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2008. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas. fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. *apud* PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: Indignidade e deserdação. 2017. Disponível em: https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4138 /Priscila%20 Viana%20Perito.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 22 jan. 2019.

FERNANDES, Crislayne Rodrigues. A responsabilidade civil decorrente do abandono do idoso. 2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br /artigo,a-responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-do-idoso,590008.html. Acesso em: 8 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011.v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: RT, 2008. Vol.7 *apud* TARTUCE,Flavio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. v. único.

GUERRA, Bruna Pessoa. A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental. In: Jus Navigandi. Teresina. ano 16. n. 2.961. 2011. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto /19722 *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2012. *apud* MATOS, Lorena Araújo. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2017. Disponível em: http://www.

ambito-juridico.com. br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo _id=19057& revista_caderno=14. Acesso em: 21 set. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Comentários ao Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. *apud* TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. v. único.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias /5086/+Abandono +afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 9 out. 2018.

LIMA, Joyce Cibelly de Morais. Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos. 2015. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br /artigos/autor/Joyce%20Cibelly%20de%20Morais%20Lima. Acesso em: 26 mar. 2018.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Disponível em: http://www.ibdfam .org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MATOS, Lorena Araújo. Responsabilidade Civil por abandono afetivo. 2017. Disponível em: http://www.ambito juridico.com.br/site/?n_link=revista_ artigos _leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14. Acesso em: 21 set. 2018.

MIGUEL, Alexandre. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Número de idosos cresce 18 % em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Agência de Notícias IBGE, 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge .gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html. Acesso em: 26 ago.2018.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e Partilhas: direito das sucessões – Teoria e prática. 21. ed. São Paulo: LEUD, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, Vicente Alves. Projeto de Lei n. 3145/2015. Disponível em: http://www.
camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947&
filename=PL+3145/2015. Acesso em 02 fev. 2019.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br /index.php /FMUD /article /viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013

REPUBLICANO, Natália Bezerra de Assis. A possibilidade de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo inverso. 2016. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/10584/1/21174901.pdf. Acesso em: 09 out. 2018

RIBEIRO, Amanda Marielle Madureira. Responsabilidade Civil dos entes familiares pelo abandono afetivo de idosos. 2016. Disponível em: http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/10588/1/21204051.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. 2012. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site /?n_link =revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 23 out. 2018.

SANTOS, Roselaine dos. Pais irresponsáveis, filhos abandonados: a responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo de seus filhos menores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 225-242. .....

SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. 2015. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1. Acesso em: 08 abr.2018

SILVA, Giannina Lucas Ferreira. Responsabilidade civil por prática de abandono afetivo de pais idosos. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui /bitstream/123456789/841/1/GLFS06012015.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

SILVA, Lillian Ponchio e, *et.al*. Responsabilidade civil dos filhos com relação aos pais idosos: abandono material e afetivo. Disponível em: http://www.lex.com .br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_REL ACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 22 abr. 2018.

SILVA, Milena Matos da. Exclusão da sucessão: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. 2018. Disponível em: https://repositorio. ufpe.br/handle/123456789/27818. Acesso em: 26 mar. 2019.

SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib.com.br /artigos/ 1395776639.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. v. único.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *apud* SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Claudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 2013. Disponível em: http://www.revistajurisfib.com.br /artigos/ 1395776639.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101. *apud* PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. 2011. Disponível em: http://www .revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD /article/viewFile/151/205. Acesso em: 26 jan. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro - direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2004.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Isabelly Alves de Melo

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos houve um aumento de pessoas com infertilidade e esterilidade, impossibilitando a concepção de filhos por meios naturais, gerando casais frustrados. Entretanto, com os avanços científicos foram criadas novas técnicas de reprodução humana medicamente assistida, possibilitando a concepção de filhos em benefício destes casais, conservando os sêmen e óvulos.

A presente monografia tem por escopo a análise das consequências jurídicas referente ao método de inseminação artificial heteróloga, mais especificamente o conflito gerado entre dois direitos fundamentais, de um lado o direito à identidade biológica, como forma de assegurar o direito a personalidade da pessoa; e do outro o direito ao anonimato do doador, preservando a intimidade do doador ou doadora.

Apesar do avanço na ciência, não existe no ordenamento brasileiro lei que regulamente os métodos utilizados pela reprodução assistida, apenas resoluções e diretrizes do Conselho Federal de Medicina. Contudo, as resoluções não abordam o problema em si, fazendo-se necessário a existência de uma legislação específica pertinente ao assunto para a solução do presente conflito, além de outros que poderão surgir, assim é indiscutível a relevância social.

Com isso, surge o questionamento da possibilidade da preponderância do direito à identidade biológica como direito fundamental em face ao direito do doador em permanecer no anonimato na inseminação heteróloga, surgindo diversos posicionamentos doutrinários.

Dessa maneira, surge o principal problema a ser enfrentado no presente trabalho: é possível na interpretação do direito à identidade biológica como direito fundamental preponderante sobre o direito ao anonimato do doador de material genético na inseminação heteróloga?

Nessa lógica, a hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme a argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial a serem desenvolvidos nos capítulos presentes na monografia.

Para tanto, o trabalho no primeiro capítulo trará breve conceituação sobre o que é a família e as principais técnicas de reprodução assistida, além das novas relações de parentesco surgido com o avanço da ciência. Ainda, buscará expor argumentos doutrinários divergentes, a favor e contra sobre os direitos conflitantes que surgirão com o método de inseminação heteróloga.

O segundo capítulo, será analisado a normatividade do direito à identidade biológica na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais. Mais adiante, será apresentado uma possibilidade de solução em casos de conflitos entre dois direitos fundamentais, conhecido como Ponderação de Interesses.

Logo a frente, será verificado as razões pela as quais deve prosperar o direito ao conhecimento, tendo vista que decorre do princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal; além da possível aplicação da nova lei de adoção, 12.010/09, por intermédio da analogia.

Por fim, no terceiro capítulo trará jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de analisar a tendência dos Tribunais Superiores ao reconhecimento do direito ao conhecimento de suas origens genéticas, apesar de não ser expressamente positivado pelo ordenamento jurídico. Fundamentando-se que o direito a conhecer sua ancestralidade faz parte da identidade da pessoa.

O referencial teórico será conceituado com base na doutrina de Silvio Venosa, Noberto Bobbio, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Guilherme Calmon, Carlos Roberto Gonçalves, Paulo Lôbo e Selma Petterle.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas brasileiras e artigos científicos, principalmente nas legislações infraconstitucionais e na Constituição Brasileira. Além de analisar as jurisprudências dos Tribunais Superiores.

1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NA DOUTRINA DA RELAÇÃO DE PARENTESCO

Este primeiro capítulo inicialmente aborda brevemente a conceituação da família e das principais técnicas de reprodução humana assistida, além de apresentar as novas relações de parentesco decorrente do avanço da ciência. Por fim, passa-se a expor os argumentos doutrinários divergentes sobre os direitos conflitantes no contexto da inseminação heteróloga.

1.1 A relação de parentesco decorrente da reprodução humana assistida

A família é considerada um instituto jurídico fortemente ligado com a cultura e o meio social. Em virtude desses fatores, o conceito e a extensão do que seria

família se tornou algo complexo de se estabelecer por sofrer diversas mudanças ao longo dos séculos.

No entanto, nas primeiras civilizações a família passou a ser conceituada como um grupo de pessoas hierarquizado composto pelos pais e filhos, convivendo num mesmo lar unidos pelo vínculo sanguíneo. Contudo, surge a primeira sociedade humana fundada nas relações de parentesco sanguíneo, não levando em conta os laços de afetividade apenas os laços biológicos.

Durante muito tempo as famílias só podiam ser constituídas por intermédio do matrimônio, independente da afetividade, e sob o modelo patriarcal, no qual o poder do *pater* era quase absoluto. Entretanto, este modelo não sobreviveu à revolução industrial, quando a necessidade de mão de obra fez as mulheres ingressarem na sociedade com mais autonomia[1].

Até o século XX a lei protegia apenas o casamento e as relações de parentesco advindas dele. Todavia, neste meio termo, as uniões sem casamento passaram a ser comuns e aceitas pela sociedade, dando surgimento a uma nova estrutura familiar que não estivesse ligada às núpcias. Em poucas décadas, o conceito e a extensão de famílias foram modificados.

Conforme já dito, o grande avanço quanto às famílias foi a possibilidade se constituir um novo núcleo familiar fora dos paradigmas pré-estabelecidos. Essas novas estruturas passaram a ser amparadas pela Constituição Federal de 1988, que albergou as famílias monoparentais, uniões estáveis, a multiparentalidade e etc. Ou seja, foi possibilitada a reestruturação familiar.

[1] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora de Revista e Tribunais, 10º Edição, 2015, p. 34

Apesar das constantes mudanças ocorridas, a família não modificou seus princípios fundamentais, tais como: liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade. Com base nestes princípios, é possível diferenciar o agrupamento familiar de outros agrupamentos como aqueles de caráter apenas patrimonial.

Ao ampliar o conceito da estrutura familiar, a Constituição deixa claro que família não é aquela apenas constituída pelo casamento, mas também pela união estável e família monoparental. Consequentemente, desmistifica os conceitos de casamento, sexo e procriação, possibilitando o surgimento de novas técnicas de reprodução que não decorram apenas do contato sexual. Deste modo, o vínculo de filiação deixa de ser apenas biológico.[2]

Nessa perspectiva, o avanço da medicina modificou os vínculos de parentesco, buscando com que fosse evitada a presunção de paternidade apenas pela filiação biológica, de forma a abranger também a filiação socio-afetiva. Assim, o surgimento das técnicas da reprodução humana assistida impôs ao legislador o reconhecimento de outros vínculos de parentesco, além da parentalidade biológica[3].

A apreciação da verdade afetiva em sobreposição da verdade biológica não modificou apenas as relações de parentesco, mas ampliou o conceito de filiação. Como afirma, Guilherme Calmon, a paternidade, maternidade e a filiação não decorrem apenas da verdade biológica, mas do amor e da afetividade na família para que se estabeleça uma relação de parentesco.[4] Assim, muda-se a compreensão do estado de filiação como aquele que compreende diversas relações.

[2] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora de Revista e Tribunais, 10º Edição, 2015, p. 389

[3] Ibid., p. 319.

[4] Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Das relações de parentesco. p, 118.

Desse modo, a filiação passou a ser identificada pelo vínculo de afetividade e não mais pelo vínculo biológico. Assim, a paternidade passou a ser um estado de filiação sem levar em conta a origem, seja genética ou afetiva.

Neste mesmo contexto, foi criado um conceito do que seria filiação, sendo agregado aos já existentes, o da filiação afetiva. A *filiação legítima ocorre quando* o filho é concebido na constância do casamento ou com o casamento subsequente. A *filiação natural* é a concepção do filho entre pai e mãe na ocasião que não havia impedimento para o casamento. O novo conceito é dado pela *filiação afetiva* onde o amor e o carinho entre a família se sobrepõem aos laços biológicos[5].

Essa nova perspectiva de filiação se deu pelo avanço genético da medicina em técnicas de reprodução humana assistida, no qual a identificação da paternidade não abrange apenas a origem genética. Deste modo, os casais com dificuldades de procriar pelos meios naturais que sofriam com a impossibilidade de constituir uma família poderão realizar seu sonho por intermédio deste avanço.

O planejamento familiar, isto é, a procriação, se tornou um direito inerente à pessoa, defendido pela Constituição Federal em seu artigo 226º §7º. Na letra da Lei o Estado não limita como este planejamento poderá ser realizado.

Fundamentado neste direito do planejamento familiar os avanços da medicina criaram as técnicas de reprodução humana assistida acolhendo aquelas famílias que são acometidas da impossibilidade de conceber um filho, seja pelo fato da esterilidade, infertilidade ou simplesmente da mãe querer tê-lo sozinha. Em todos os casos, era impossível constituir uma família. Sobre o tema, Maria Helena Machado (2011, p.23) afirma que:

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. Editora Atlas, 14º Edição, 2014, p. 234.

> A impossibilidade de procriar não atinge somente psicologicamente o indivíduo, como atinge diretamente o casal. Na mulher, priva-a da insubstituível sensação do estado de mãe. Enquanto no homem, o atinge no que ele tem de mais profundo, causando-lhe graves desordens psicológicas e emocionais.

É importante destacar que a esterilidade e a infertilidade podem se originar de fatores femininos e masculinos, conhecida como impotência generandi.

Desta forma, com avanço da medicina da manipulação genética, o anseio de procriar das famílias impossibilitadas passou a ser possível com o surgimento da reprodução humana assistida, realizada apenas em casos de insucessos na concepção natural. Entretanto, até o século anterior a paternidade se dava apenas com a origem do contato sexual e a concepção do filho, modelo ainda reproduzido pela Constituição Federal ao não prever essas novas técnicas.

A reprodução humana assistida, de acordo com Maria Helena Diniz "*é um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano*" (2002, p.145). Esta técnica teve início no ano de 1790, mas seu primeiro sucesso foi com a fertilização *in vitro* ocorrida em meados dos anos 50.

A expressão inseminação artificial inclui todas as técnicas de reprodução assistida que independem de ato sexual para a concepção de uma vida, havendo interferência no processo natural, daí o surgimento da expressão "assistida". As principais técnicas desse tipo de reprodução podem ser divididas de duas formas: *inseminação artificial* e *fertilização in vitro.*

A fertilização *in vitro*, é uma das técnicas de reprodução assistida que utilizam o óvulo e o espermatozoide do casal para serem fecundados fora do corpo da mulher. Pode ser *homóloga*, quando se utiliza o óvulo e o espermatozoide do marido; já a

fertilização *in vitro heteróloga* ocorre quando um dos materiais utilizado é de um terceiro doador desconhecido.

Já a inseminação artificial se dá pela introdução do esperma no canal genital feminino, se dividindo também em duas formas: a *inseminação artificial heteróloga* e *inseminação artificial homóloga*.

A *inseminação artificial homóloga* é a fecundação que acontece pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da mulher, ou seja, a paternidade biológica condiz com a paternidade socio-afetiva, não gerando problemas quanto à filiação. Essa técnica ocorre somente entre o casal, utilizada pelo fato de tentativas sem sucesso para reprodução.

No caso da *inseminação artificial heteróloga,* ocorre quando o sêmen utilizado na mulher inseminada não é do seu marido ou companheiro, mas de um terceiro doador desconhecido. A aludida técnica é utilizada por motivos de esterilidade masculina. O doador do sêmen tem garantido o seu anonimato, além do afastamento da sua paternidade.

Esta técnica tem características especificas como: o anonimato do doador, gratuidade do ato, licitude e a autorização prévia do marido. A autorização necessariamente não precisa ser expressa, apenas que seja prévia.

O atual Código Civil trata dos filhos concebidos pelas técnicas de reprodução humana assistida citadas acima no artigo 1.597º do CC.

A presunção de paternidade tem como justificativa a verdade biológica, isto é, a certeza de um vínculo biológico.

Nos casos das técnicas de reprodução humana assistida, entende-se que os filhos havidos da inseminação homóloga têm presunção de paternidade – *pater is*

pater, pois aqui não se utiliza de doação de terceiros estranhos a relação. No caso da inseminação heteróloga, a presunção de paternidade não se dá pelo vínculo genético, mas pelo vínculo afetivo. Como é utilizado material genético de terceiro, a verdade biológica, como dito anteriormente, deixou de ser um pressuposto da presunção de paternidade. A mudança deste pressuposto ocorreu pelo avanço da família ao longo dos séculos.

Dessa forma, diferentemente da homóloga, a inseminação artificial heteróloga gera presunção *juris et de jure*, ou seja, aquilo estabelecido por lei é considerado como uma verdade. Esta presunção ocorre devido à prévia autorização dada pelo marido para a mulher/companheira realizar a técnica, devido ao consentimento, a filiação não poderá ser impugnada. Isto é, a presunção de paternidade socio-afetiva torna-se absoluta[6].

De acordo com o Código Civil, presume-se a paternidade quando o filho é havido por inseminação homóloga. De igual maneira, a paternidade é presumida quando ocorre a inseminação heteróloga, desde que o marido tenha consentido com o procedimento.

> "O desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução humana assistida ensejou que passou a ser chamado de desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de outros vínculos de parentesco. Assim, parentesco civil não é somente o que resulta da adoção. Também o é o que decorre de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga gera parentesco civil". (DIAS, 2015, p.379)

1.2 A reprodução assistida heteróloga e o direito à identidade biológica na doutrina do direito contemporâneo

[6] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora de Revista e Tribunais, 10º Edição, 2015.

O avanço tecnológico da medicina com o surgimento de novas técnicas de reprodução humana assistida tornou-se a solução para muitos casais com os problemas de fertilidade, não conseguindo procriar da forma natural.

Diante das técnicas de reprodução artificial atualmente existentes, a *inseminação artificial heteróloga* é cercada de discussões e polêmicas em razão que seu método se dar por sêmen de terceiro. Isto é, sendo constada a esterilidade do parceiro o casal poderá realizar seu sonho de ter filho ao utilizar sêmen de um doador desconhecido da relação.

A inseminação heteróloga tem como requisito a "prévia autorização do marido/companheiro" no artigo 1597, inciso V do Código Civil de 2002, pois deverá estar de acordo com tal procedimento a ser realizado, visto que para efeitos legais este será considerado pai socioafetivo e a prole seu filho, sem qualquer discriminação. Dando surgimento a uma nova perspectiva da filiação, onde o fator socio-afetivo se sobrepõe ao fator biológico.

Assim como o marido/companheiro fornece autorização para a realização desta técnica, o doador ao doar seu sêmen consente na utilização do seu material genético para este procedimento. Segundo Guilherme Calmon, a relação das pessoas envolvidas na reprodução heteróloga deve ser mantida, mas quanto à criança derivada desta técnica em nada consentiu, pode futuramente manifestar sua vontade pelo conhecimento de suas origens (2003, p.803-804).

Entretanto, este conflito não interrompe o direito do pai socioafetivo com a criança que tem por filho.

Diante da falta de regulamentação pelo direito contemporâneo, surge um conflito de interesses. De um lado o direito à identidade biológica e do outro o

direito ao anonimato do doador não sabendo se há a possibilidade da quebra de sigilo deste dando a oportunidade da criança em conhecer as suas origens.

Sem regulamentação devida consequentemente os doutrinadores divergem sobre qual direito deverá sobrepor ao outro. Grande parte dos doutrinadores como Guilherme Calmon (2003) defendem o anonimato do doador, *in verbis,* a opinião do autor:

> O anonimato dos pais naturais – na adoção – e na pessoa do doador – na reprodução assistida heteróloga – se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

A falta de legislação sobre o assunto também traz implicações jurídicas sobre os novos "tipos de famílias" que passaram a existir com este novo método. Como exemplo, não há uma determinação de quem possa se submeter a este procedimento, dando origem as famílias monoparentais.

No intuito de descrever o discurso jurídico do conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade biológica, seguem as argumentações doutrinárias que visam sustentar tais direitos:

a) . Direito ao anonimato do doador:

Pai é aquele que cria, cuida, dá carinho independentemente dos laços sanguíneos existentes. Esta paternidade exercida sem vínculo biológico é denominada de paternidade socioafetiva criada com o surgimento da técnica de

inseminação heteróloga, onde a prole concebida desta técnica não tem relação com o doador do sêmen.

A doação do material genético é feita perante as clínicas autorizadas de reprodução humana assistida. O casal e o doador anônimo firmam com a clínica uma relação contratual, denominada de *contrato de recepção de sêmen* e *contrato de doação de sêmen.*

Primeiramente, se faz necessário abordar sobre o *contrato de recepção do sêmen.* A primeira atitude realizada pela clínica diante do casal é a obtenção do consentimento expresso do marido/companheiro, podendo ser rompido até o momento da realização da inseminação. Este consentimento vai além de uma mera autorização do método, mas a renúncia de uma futura Ação Negatória de Paternidade. Assim, há uma manifestação bilateral do casal, tanto da mulher quanto do marido.[7]

Já o *contrato de doação de sêmen* tem como principal característica ser gratuito, do anonimato ao doador e livre vontade manifestada. Assim, a doação tem um caráter voluntário sem fins lucrativos sendo feito por motivações altruístas; por último o doador deve manifestar sua vontade de forma livre e expressa; o anonimato do doador é conferido pelo Conselho Federal de Medicina.

A garantia do anonimato e a sua exceção é prevista unicamente no capítulo IV da resolução nº 1957/2010 da CFM e conjuntamente traz características especificas do contrato realizado pelo doador. As principais são:

[7] Aspectos Jurídicos da doação de sêmen. Camilo de Lelis Colani Barbosa. Revista Seara Jurídica. Volume 1. Número 9. Jan. – jun. 2013

Segundo Venosa, a quebra do sigilo só poderá ocorrer quando houver uma necessidade médica concedida por decisão judicial. Entretanto, as informações que estejam sob o sigilo de médico e paciente poderão ser violadas apenas em questões de saúde. Esta violação não corresponde à prole concebida, mas apenas aos médicos[8].

O direito ao anonimato do doador fortalece a ideia de que o fornecedor do material genético prática este ato como algo meramente altruísta não o fazendo com a possibilidade de assumir uma paternidade futura ou manter sua hereditariedade, tendo a plena segurança que não terá sua privacidade violada ou terá que assumir todas as obrigações correspondentes a um pai.

Assim, com a concessão do direito a identidade biológica o doador teria sua vida privada violada, além de tornar inexistente o principal motivo que influencia os doadores a doarem seu material genético desestimulando a doação de sêmens para contribuir com o desejo de procriar, pois há uma ausência do desejo de ser tornar pai.

Além disso, caso ocorra a quebra do sigilo estipulado pela resolução poderá o doador pedir reparação aos responsáveis pelos danos acarretados.

Desta maneira, a quebra do sigilo romperia com a segurança jurídica das informações fornecidas, já que não há um motivo concreto que leve uma pessoa doar seu material genético, tendo como atrativo o anonimato, sendo que não receberá algo por este ato. Portanto, é a partir desses fundamentos que o doador de material genético tem direito ao sigilo garantido pela resolução do Conselho Federal de Medicina, além de ser um direito garantido pela Constituição Federal.

[8] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 456.

b) . Direito à identidade biológica:

O direito ao conhecimento da identidade biológica apesar de ser considerado um direito fundamental não vem expresso na Constituição Federal de 1988, pelo fato de ser anterior ao surgimento do exame de DNA.

Selma Petterle (2007, p. 111) afirma que o direito à identidade biológica visa proteger a genética individual quanto a sua identidade pessoal, que está em constante construção. Devido a isso, o ser humano não pode ter o seu direito ao conhecimento da identidade biológica suprimido por um contrato do qual nem participou.

Um dos principais argumentos daqueles que defendem a doação de gametas no anonimato é que o concessor opta pela negatividade do seu direito à privacidade, pelo simples fato de não ter sonhado em ser pai e de não querer que suas proles façam parte de seu cotidiano.

Em oposição a este argumento, os doutrinadores que defendem o direito à identidade biológica abordam que a falta de conhecimento de quem é seu genitor poderá implicar em várias situações como: pai e filha se apaixonarem sem saber que têm ligações sanguíneas ou caso de incesto. Como solução destes casos acredita-se que a divulgação de dados sobre o doador aos seus filhos biológicos evitaria esses possíveis problemas. Além disso, o direito ao conhecimento não implica necessariamente obrigações para o doador do material genético, consequentemente não o coloca em posição de pai, não alterando o vínculo já existente com o pai socioafetivo.

Além disso, Paulo Lôbo declara que "o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano".[9]

Guilherme Calmon declara que o anonimato firmado contratualmente entre o casal e o doador deve ser mantido, contudo a criança deve ter acesso às informações do ponto de vista biológico para a proteção contra possíveis doenças hereditárias entre outras implicâncias.[10]

Com estes argumentos expostos fica claro que apenas o desejo de conhecer sua origem genética, necessariamente, não se conclui que o doador será considerado como pai, nem para o auxilio material ou para o auxilio emocional. Pois, no momento em que o doador doa seu material genético realiza o mesmo ato daquele pai que doa o filho concebido para adoção, onde se perde o total poder de guarda sobre a criança. Além de ser um medo das clínicas, pois ao romper com o sigilo concedido ninguém se sentirá motivado para doar o seu material genético se futuramente poderá ser responsabilizado.

b.1) Razões que levam o filho socioafetivo a buscar sua origem genética.

Muitos não compreendem o que leva uma criança ir em busca de sua identidade genética nos casos de inseminação heteróloga, mas Cândido elenca quatro hipóteses de como este interesse surge:

[9] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. 19:133-56. p. 153.

[10] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p. 803-804.

1.....Falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo;

2.....Pode também ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por dissentimentos com os que lhe criaram;

3.....Pode surgir da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo.

4.....Pode ser meramente curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.[11]

A primeira hipótese ocorre nas famílias monoparentais que surgiram com o avanço da sociedade. Diante desta possibilidade os solteiros com anseio de serem pais poderão ser beneficiados pela técnica de inseminação artificial heteróloga. Entretanto, concebem filhos sem a figura paterna criando-se o desejo de conhecer a sua identidade genética, pois a figura paterna é tão importante quanto a figura materna no desenvolvimento da criança ao longo da vida.

Vale ressaltar que o desejo do conhecimento da identidade genética não cria necessariamente um vínculo entre o doador e a criança concebida desta técnica, pois o conhecimento se difere do reconhecimento da paternidade.

No que tange a segunda hipótese de que o filho gerado pela técnica de reprodução assistida ser movido pelo anseio de ver desconstituído a paternidade anteriormente estabelecida, seja por desentendimento ou ambição material. Nestes casos, deverá ser desconsiderada, tendo em vista que é comum o filho requerer a paternidade biológica visando benefícios meramente financeiros.

[11] CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga. Revista Jus Navigani, Teresina, ano 12, nº 1480, 21 de julho de 2007. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/10171/reprodução-medicamente-assistida-heteróloga. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

A terceira hipótese é também um dos argumentos utilizados pelos doutrinadores que apoiam a quebra do anonimato do doador, sendo esta, a preservação da saúde da criança concedida pela técnica heteróloga fazendo-se uma análise do material genético concebido.

Além de evitar doenças, também poderá evitar o incesto tanto pela impossibilidade civil quanto pela prevenção de doenças que podem surgir com certo grau de parentesco. Como exemplo deste caso tem-se uma reportagem da Rede Globo[12], onde cinco irmãos concebidos da inseminação artificial heteróloga, por mães diferentes, se encontraram por intermédio de um site onde cruzaram seus DNA's constatando que eram filhos de um mesmo pai. Isso acontece mesmo que as clínicas assegurem que o material genético concebido é espalhado por diversas regiões "dificultando" que pai e irmãos se encontrem.

Este argumento das clínicas perdeu sua força com o caso apresentado pelo programa televisivo, visto que o avanço tecnológico da internet quebra esta prerrogativa.

Finalmente, a quarta hipótese é a mera curiosidade da criança de quem doou o material genético para que ela pudesse vir a vida.

Diante do exposto, a sociedade é deparada com o embate de dois direitos fundamentais, onde o direito ao anonimato é aplicado pela resolução do Conselho Federal de Medicina com base no direito à intimidade e o direito à identidade genética que é entendido pela doutrina como um dos direitos inerentes à criança, sendo constituído como um direito fundamental da personalidade.

[12] Programa jornalístico Fantástico. Exibido no dia 11 de dezembro de 2005.

Neste embate, a doutrina está claramente dividida entre esses dois princípios. Aqueles que defendem o direito ao anonimato levam em conta a vontade do doador de não querer que o concebido pela inseminação faça parte da sua vida privada ou que a prole o torne uma figura paterna. Entretanto, os doutrinadores que apoiam a identidade genética afirmam que este direito prevalece frente ao direito do anonimato por ter nele inserido o direito à vida de outra pessoa.

Conclui-se, neste capítulo 1, que o avanço da medicina, apesar de ter beneficiado todos aqueles casais com dificuldades em procriar, não tem base jurídica para se sustentar no ordenamento brasileiro. É claramente visível a fragilidade do tema, inclusive quando se trata da inseminação heteróloga, tendo em visto a colisão de direitos por ela provocada. Neste caso, alguns doutrinadores divergem sobre qual direito irá prevalecer sobre o outro e se baseiam nos preceitos fundamentais para sustentar o direito à identidade genética.

2 O DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo pretende demonstrar a qualificação do direito à identidade biológica como direito fundamental amparado pela Constituição Federal, assim como pelo Código Civil, mesmo que não venha expressamente no rol de Diretos da Personalidade. Ao final, traz uma analogia referente a aplicação da Lei nº 12.010/09 nos casos de inseminação heteróloga, onde se reconhece o direito ao conhecimento das origens genéticas à criança adotada.

2.1 O direito à identidade biológica: a Constituição Federal e o Código Civil

A Constituição Federal instituída pelo Poder Originário é considerada a fonte de todo ordenamento jurídico, conhecida como Lei Fundamental por encontrar no seu texto preceitos jurídicos para a organização do País.

Kelsen no seu livro Teoria Pura do Direito (2009), divide a norma jurídica em normas primárias e secundárias, onde essas são determinadas pelas normas superiores. Com base nesta afirmação é criada a pirâmide de Kelsen, onde no topo se encontra a Constituição Federal.

Afirma, Kelsen[13]:

> A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Com isso, a Constituição passou a ser parâmetro para todo ordenamento jurídico, dando surgimento a hierarquia entre as normas, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica (Hans, Kelsen. 2009).

Considerada como uma lei fundamental, a Constituição instituiu a todos os indivíduos direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5º, como exemplo, a dignidade da pessoa humana e a intimidade. Ambos precedem o direito à identidade biológica e o direito ao sigilo do doador, considerados como direito da personalidade, previstos no Código Civil nos artigos 11 a 21.

[13] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Ed. Martins Fontes, 2009.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos inerentes à pessoa e a sua dignidade, isto é: a vida, integridade física, nome, imagem, honra e intimidade; todos são considerados como fundamentais para o desenvolvimento de cada indivíduo.

O direito à personalidade é caracterizado no seu artigo 11º do Código Civil por ser intransmissível e irrenunciável.[14] Entretanto, para Carlos Roberto esse direito também pode ser caracterizado por ser absoluto, ilimitado, inexpropriável, imprescritível, vitalício e impenhorável. [15]

O direito da dignidade da pessoa humana é usado para a classificação dos direitos da personalidade. Considerando este direito amplo e sem um conceito especifico o rol previsto no Código Civil é considerado exemplificativo, não podendo restringi-lo. Nesse entendimento afirma o §2º do artigo 5º da Constituição federal que:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Há um diálogo entre os direitos da personalidade e a Constituição Federal no momento em que ambas legislações preveem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando a proteção individual de cada pessoa. Assim, os direitos de personalidade tratados no Código Civil estão entrelaçados com os direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

Portanto, Maria Helena Diniz conceitua a personalidade (2002, p.119):

[14] BRASIL. Lei 10.046, artigo 11º, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2018, 15º ed. p. 187.

> A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito a personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Deste modo, é importante frisar que o direito à identidade biológica e ao sigilo do doador são considerados direitos fundamentais por consequência do direito à personalidade: dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade, os quais entram em colisão de interesses quando se trata de reprodução humana assistida heteróloga.

O direito ao sigilo do doador, como já citado, é considerado como um direito fundamental em decorrência do direito à intimidade e é previsto no artigo 2º do capítulo IV da Resolução CFM nº 2121/2015 e no artigo 4º:

> (...)2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
>
> 4- Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Contudo, a intimidade se difere da vida privada quando se observa seus conceitos constitucionais. Alexandre de Moraes afirma que:

> Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos,

> inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho e estudo, etc.[16]

Assim, a intimidade é característica do ser humano como um modo de preservar a sua vida privada da sociedade. Com isso, na reprodução heteróloga quebrar este direito concedido ao doador no momento da doação é violar o direito de preservar a sua identidade e consequentemente sua vida privada.

O argumento daqueles que apoiam o sigilo do doador é a proteção da criança de futuro transtornos na sua personalidade ao descobrir um terceiro desconhecido na sua procriação, além de ser uma garantia aos pais de não serem procurados pelos doadores.[17]

Considerado como um direito fundamental, o direito à intimidade vem previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso X como um direito inviolável, assim como sua vida privada. Além do mais, a violação deste fundamento constitucional poderá acarretar indenização.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nessa perspectiva, a intimidade corresponde a todas as informações da vida pessoal do ser humano, sendo uma garantia que deve ser respeitada, pois com todo

[16] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

[17] MENDONÇA, Marcela Neves e MENDES, Samuel Fróes Casemiro. O direito a identidade genética na inseminação artificial heteróloga. 2014-2014. 16 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Faculdade de Direito, UniFACS, Salvador, 2014.

avanço da sociedade se torna mais difícil garanti-la. Como bem relata Queiroz (2001, p.95), a doação do material genético surge apenas como um ato altruístico em colaborar com aqueles casais impossibilitados de conceber um filho.

O legislador ao estabelecer os direitos da personalidade como rol exemplificativo permitiu que novos direitos fossem criados por intermédio de princípios. Assim, o direito à identidade biológica, apesar de não estar previsto no rol do Código Civil, surgiu em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança previstos na Constituição Federal.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> ..... (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Petterle (2007, p. 92-93), ensina que:

> [...] possível, inicialmente, construir os contornos do direito à identidade genética – como direito fundamental implícito na ordem jurídico constitucional brasileira – especialmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana [...] e do direito fundamental à vida, isso no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, como cláusula geral implícita que tutela todas as manifestações essenciais da personalidade humana. A identidade genética da pessoa humana, base biológica da identidade pessoal, é uma dessas manifestações essenciais da complexa personalidade humana.

A identidade biológica é incluída no princípio da dignidade da pessoa humana, apesar deste ser considerado um conceito abrangente, sem uma delimitação, porém, compreende-se que a identidade se tornou fundamental por fazer parte do desenvolvimento da vida do ser humano, criando-lhe uma identidade única, uma personalidade própria, isto é, o legislador visou proteger a essência do ser humano.

Deste modo, na inseminação heteróloga, ao conceder o sigilo ao doador impede-se a criança de conhecer sua origem genética ferindo o seu direito à personalidade prejudicando a autodeterminação pessoal. Assim, Szaniawski (2005, p.161) declara:

> No poder que todo o ser humano possui de autodeterminar-se, isto é, um poder que todo o ser humano possui de decidir, por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade. É a capacidade genérica de entender, querer e vivenciar seu comportamento e de autogoverno, ao completar a maioridade civil.

É importante ressaltar a mudança ocorrida na Lei 12.010[18] para os casos de adoção, significativa para este trabalho a inclusão do direito concedido ao adotado em conhecer suas origens genéticas no artigo 48º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.[19]

Esta redação incluída pela lei supracitada frisa a importância da criança em conhecer suas origens genéticas enquanto um direito de personalidade protegido

[18] Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009
[19] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. ECA.

pelo Código Civil e pela Constituição Federal ao proteger a dignidade humana e as garantias inerentes a ela.

Esta inovação no texto legal interfere diretamente no direito à identidade biológica que passou a adentrar no ordenamento jurídico, podendo ser utilizada como uma analogia nos casos de inseminação heteróloga dando a possibilidade de a criança buscar pela sua ascendência e identidade pessoal para o desenvolvimento único da sua personalidade.

Por esse ângulo, tem-se mais um argumento favorável à quebra do sigilo do doador nos casos de inseminação artificial heteróloga priorizando o melhor interesse da criança.

2.2 A ponderação de interesses no conflito de direitos fundamentais:

O ordenamento jurídico brasileiro, como citado acima, é fundado no sistema de hierarquia das normas, sendo a Constituição Federal a lei maior. Sendo assim, para uma norma ter validade é necessário que se baseie nesta lei. Deve se lembrar que é na Constituição Federal que se encontram os princípios e regras que orientam o sistema jurídico.

As normas constitucionais são consideradas como normas jurídicas detentoras de força normativa. A esta comprovação se soma os direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal que poderão ocorrer colisões entre os exercícios destes direitos.

Robert Alexy, afirma que a distinção entre regras e princípios é a solução para o problema entre os direitos fundamentais, declarando: *"La distinción entre reglas y*

principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales"[20].

Assim, a regra é uma espécie normativa onde se exige um comportamento a ser seguido pela sociedade, isto é, objetiva e determinada na sua função. Por outro lado, os princípios possuem uma natureza mais genérica e é utilizado como um processo interpretativo. Porém, ambas são consideradas como normas que dizem *o que deve ser feito.*

A distinção mais clara entre ambas ocorre na solução de conflitos, que podem ocorrer entre regra *versus* regra e princípios *versus* princípios, nunca entre princípios e regras pelo fato de ser um norteador na execução das regras.

Nos casos em que ocorre conflito entre duas regras é adotado os três critérios criados por Bobbio: cronológico, hierárquico e o da especialidade[21]; além da pirâmide de Kelsen que estabelece a ordem da hierarquia entre as normas, analisando o caso concreto.

Entretanto, o mesmo não ocorre na colisão de dois ou mais princípios havendo uma certa dificuldade para solucionar, pois, diferente das regras, os princípios não possuem um critério de solução específica e nem há hierarquia entre eles. Com a falta deste critério se fez necessário a criação da teoria da *Ponderação de interesses,* onde a teoria afirma que um princípio deverá prevalecer sobre o outro, ocorrendo o sopesamento de princípios com base em três premissas: proporcionalidade, necessidade e adequação para cada caso concreto.

[20] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Editora Malheiros, São Paulo, 2011
[21] BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7 ed. Brasília, DF: Unb. 1996, p.130;

As três premissas trazidas por Robert Alexy, para melhor entendimento podem ser assim compreendidas: a *adequação*, conhecida também como idoneidade, é a ligação entre o ato praticado e a finalidade pretendida; a *necessidade* impõe a utilização do método, isto é, verificando se esta era a medida com menos danos para atingir o objetivo. Ambas as premissas são consideradas mandamentos de otimização às possibilidades fáticas.[22]

A última premissa, proporcionalidade, trata de otimização da possibilidade jurídica, ou seja, trata da análise da norma em questão, devendo haver uma ponderação no ônus imposto e o benefício trazido, para verificar a justificativa da intervenção na esfera dos direitos do cidadão.[23]

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais aqui trabalhados, sigilo e conhecimento da origem genética, se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana é possível a aplicação desta teoria.

A ponderação de interesses não é conceituada como simplesmente um conceito jurídico, tendo em vista que ponderar nos remete ao equilíbrio, razão pela qual se faz necessário atribuir peso e contrapeso ao analisar casos concretos almejando alcançar a melhor solução para aquele caso trabalhado.

Para Pereira (2007, p.220) "a ponderação é a técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto", corroborando com o sistema de valoração trazida por Alexy (2011), onde não é determinado o que se deve fazer, mas que a decisão tomada esteja dentro das possibilidades jurídicas e

[22] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. Editora Malheiros, São Paulo. 2011.

[23] Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma Dogmática Consitucional transformadora. 5º Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

fáticas, sendo aplicada apenas em casos difíceis e podendo variar dependendo do caso concreto.

Entende-se por ponderação a técnica de observar qual dos princípios possui o maior peso sobre o caso concreto, havendo apenas uma prevalência neste caso pelas circunstâncias apresentadas e não um desprezo, onde um princípio deverá ceder lugar para outro.

Referente a este embate, um direito fundamental deverá dar lugar a outro direito fundamental *naquele caso concreto* que melhor atenda as três premissas da ponderação e do princípio da dignidade da pessoa humana, que está ligado aos direitos.

Por tais argumentos, se faz necessária a utilização da ponderação para solucionar o presente conflito, quando de um lado se tem o direito fundamental ao sigilo do doador e do outro o direito fundamental ao conhecimento da origem genética.

De acordo com Krell (2011, p.177):

> Tratando-se de duas normas constitucionais com idêntica hierarquia e força vinculante, caberá ao julgador ponderar e harmonizar os conflitos constitucionais em jogo, de acordo com o caso concreto, a ele apresentado, recorrendo inclusive ao princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o caso em questão no que se refere ao doador e à criança, ambos estão amparados pela Constituição Federal, ficando claro a colisão entre esses dois direitos fundamentais. Cunha e Ferreira afirmam que:

> Os direitos fundamentais em questão baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora os direitos fundamentais não

> sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexiste qualquer espécie de hierarquia entre eles.[24]

O doutrinador Guilherme Calmon, enfatiza a importância do conhecimento da origem genética para a formação da criança. Afirma ainda que o conhecimento da origem biológica é um direito fundamental constituinte do rol dos direitos da personalidade. Sendo assim, é possível que o direito à identidade biológica prevaleça ao direito do doador.[25]

Ainda que o direito ao sigilo do doador baseie-se na intimidade, quando confrontando com o direito a identidade biológica, este deverá ceder o seu lugar.

Afinal, Gama afirma (2003, p.910):

> Mesmo para aqueles que consideram o anonimato absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou a higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro.

Considerando os argumentos já expostos, a pessoa gerada através da reprodução humana heteróloga, tem um direito personalíssimo, indisponível e constitucional de conhecer a sua origem biológica. Tal direito é inserido no rol dos direitos da personalidade e nos princípios constitucionais.

Assim, expor o ser humano a possibilidade de crescer sem o conhecimento da historicidade da sua família por completo, ou deixá-lo sem a certeza de que a pessoa

[24] CUNHA, *op.cit.* s/p.
[25] GAMA, *op cit.* P.909.

com quem irá constituir um matrimônio não é seu parente é violar a dignidade da pessoa humana.

Por fim, o conflito trazido neste trabalho, direito ao sigilo do doador versus o direito ao conhecimento da origem genética, revela que deverá prevalecer um direito conforme o caso concreto que garanta melhor o exercício da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se neste capítulo 2, que os direitos abordados são classificados como direitos da personalidade advindos de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, passando a ser considerados como direitos fundamentais. Ambos direitos conflitados têm previsão jurídica, neste caso se faz necessário a aplicação da Ponderação de Interesses para a solução deste conflito com base no caso concreto.

3 TUTELA JUDICIAL DA ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

O presente capítulo busca expor como o direito à origem genética vem sendo aplicada em decisões dos tribunais brasileiros, principalmente os superiores, reconhecendo a sua efetividade em razão do princípio da dignidade humana e os direitos de personalidade, expressa pelo código civil.

3.1 Aplicação prática da tutela da origem genética:

Os doutrinadores que apoiam o prevalecimento do direito à identidade biológica, citados no capítulo um, evidenciam que esta busca vai além da mera curiosidade de conhecer o seu vínculo genético, no qual a origem biológica surge

como uma garantia autônoma, destituída de qualquer vínculo parental. Assim, apoiam a livre investigação da paternidade biológica.

Nesse sentido, julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

> "É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no artigo 22 [sic] do ECA (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, 2013) ".

Com base no artigo 27º[26] do Estatuto da Criança e do Adolescente, o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado de forma ampla sem qualquer restrição.

Certo é que, não havendo uma legislação específica em se tratando de inseminação heteróloga, a aplicabilidade do artigo supracitado afastaria o direito ao anonimato do doador, a fim de que fosse investigado a descendência biológica.[27] Importante lembrar a modificação do artigo 48º[28] do Estatuto da Criança do adolescente com a lei 12.010/2009, que concede o direito ao adotado em conhecer

[26] "Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça".

[27] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte, 2001, página 125.

[28] "Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos".

suas origens genéticas, frisando a sua importância, protegendo assim a dignidade da pessoa humana.

Além disso, doutrinadores que apoiam a prevalência do direito a origem genética afirmam ser completamente possível a assimilação entre a filiação advinda da inseminação heteróloga e a originária de uma adoção. Tendo como fundamentos sólidos, o princípio do melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar[29]. Importante salientar que a analogia feita acarreta apenas o "procedimento semelhante ao da adoção", aplicando os princípios próprios de cada instituto.

> EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ADOÇÃO COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CRIANÇA. DESCONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DOS PAIS BIÓLOGICOS. IDENTIDADE BIOLÓGICA. DIREITO DA CRIANÇA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ENTRE OS PAIS SOCIOAFETIVOS E BIOLÓGICOS. ACOMPANHAMENTO PSICOSSOCIAL. DECISÃO SOBRE ADOÇÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADIADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O Estatuto da Criança e do Adolescente priorizou a proteção e garantia dos direitos e deveres do menor a serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, abarcando o sentido tradicional de família, o que, por sua vez, não exclui os novos núcleos familiares que modernamente tem se formado, situação essa já reconhecida, inclusive, pela Corte Constitucional Brasileira. No Brasil, como é de conhecimento notório, tem sido muito comum a prática da "adoção à brasileira" que é, entre outras, grande expressão da formação da paternidade socioafetiva, fortemente marcada pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Todavia, mesmo diante dessa realidade, os ditames legais do ECA dão prevalência, sempre que possível, a paternidade biológica, sendo a viabilidade da família substituta ou socioafetiva resguardada a excepcionais situações. Na mesma esteira, a ratificar a essência vislumbrada no texto constitucional,

[29] BARBOSA, HELENA. Reprodução Assistida e o novo código civil. 2004.

> recentemente, foi promovida pelo legislador uma alteração no Código Civil, com a Lei nº. 13.058 de 2014, prevendo como regra a guarda compartilhada, ou seja, o que se observa é a intenção de preservar o núcleo familiar e contato da infante com sua identidade biológica, para a melhor formação da personalidade da criança. Analisando o ordenamento jurídico brasileiro o que se vislumbra é uma preocupação especial com o melhor interesse do menor, incluindo-se nele, além de outros, o direito ao conhecimento da identidade biológica (art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente) e, sempre que possível, a opinião do infante, no que diz respeito à colocação em família substituta (art. 28,§ 1º, ECA). Mesmo havendo a possibilidade de colocação em família substituta, diante das peculiaridades da demanda, é mais razoável, para que possam ficar resguardados outros direitos do menor, tais como o direito de escolha, de acordo com sua capacidade de discernimento, e o direito ao conhecimento de sua origem biológica, que antes de definir sobre a efetiva adoção e, consequentemente, a drástica medida de perda do poder familiar da família natural, que seja, por aplicação extensiva do art. 19, § 1º, da Lei 8.069/90, verificada a possibilidade de reintegração a família natural ou se é mesmo a melhor opção pela família substituta. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido. Sentença reformada. (grifo nosso). (TJ-DF 20170110084066 - Segredo de Justiça 0004222-83.2012.8.07.0013, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 16/08/2017, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 28/08/2017. Pág.: 245/250).

Maria Berenice Dias[30] afirma que o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de investigação de paternidade nos casos de já haver uma filiação registral poderá ser aplicado nos casos de inseminação heteróloga, pois a filiação socioafetiva, nestes casos não impedem a propositura da ação de investigação.

> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, §6º,

[30] DIAS, Maria Berenice, 2004, p 241

DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE.DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF.

1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal).

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos.

3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis.

4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros.

5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação.

6. Recurso especial provido. (grifo nosso). (REsp 1618230/RS RECURSO ESPECIAL 2016/0204124-4. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017 Brasília. Superior Tribunal da Justiça.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 1167993/RS, o Ministro Luís Felipe relatou que afastar a possibilidade de a criança pleitear ação investigatória

da paternidade biológica é obriga-la a se conformar com a situação criada à sua revelia[31].

Seguindo nessa linha, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 2003 o Recurso Extraordinário nº248.869/SP, referente a uma ação de investigação de paternidade, sob a relatoria do Ministro Maurício Côrrea. *In verbis:*

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº11677993/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 2012.

> da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129 CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso). (RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773). BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 248869. Recorrente: Ministério Público Estadual.

Apesar de ser anterior a lei de 12.010/2009, os fundamentos utilizados pelo ministro serviram como paradigmas para as decisões no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, priorizando a proteção da busca pela origem genética e a importância como direito de personalidade.

Inicialmente, o Ministro declara que o planejamento familiar, embora seja livre, deve fundar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado e da família assegurar este direito à criança, pois o direito a intimidade não



pode evidenciar a irresponsabilidade paterna, inviabilizando a imposição de deveres do pai biológico resultantes de uma conduta volitiva.

Além disto, declara que a negativa à investigação de paternidade é inconstitucional, uma vez que o conhecimento a identidade genética e pessoal são expressões concretas ao direito à verdade pessoal. Utilizando, mais uma vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente para dizer que o direito à investigação é personalíssimo, imprescritível e indisponível, indo além do âmbito privado.

Passando analisar acórdãos emanados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, é notório o seguimento da mesma linha de raciocínio acima demonstrado, priorizando o direito à identidade biológica como direito a personalidade e promovendo a dignidade da pessoa humana.

O acórdão a ser analisado trata-se de Recurso Especial, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, *in verbis:*

> EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TUTELA DO DIREITO À FILIAÇÃO, À IDENTIDADE GENÉTICA E À BUSCA PELA ANCESTRALIDADE. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME DE DNA FACE A SUSPEITA DE FRAUDE NO TESTE ANTERIORMENTE REALIZADO. POSSIBILIDADE. PROVA IRREFUTÁVEL DA FRAUDE. REDUÇÃO DA EXIGÊNCIA PROBATÓRIA, REVALORAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS E NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. INÉRCIA PROBATÓRIA DA PARTE ADVERSA. VALORAÇÃO DA CONDUTA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. TESTE DE DNA. VALOR PROBANTE RELATIVO, A SER EXAMINADO EM CONJUNTO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. COISA JULGADA. AFASTAMENTO NA HIPÓTESE.

> 1- Ação distribuída em 11/8/2008. Recurso especial interposto em 16/6/2015. 2- O propósito recursal é definir se é possível o afastamento da coisa julgada material formada em ação investigatória de paternidade cujo resultado foi negativo, na hipótese em que a parte interessada produz prova indiciária acerca de possível ocorrência de fraude no exame de DNA inicialmente realizado. 3- Os direitos à filiação, à identidade genética e à busca pela ancestralidade integram uma parcela significativa dos direitos da personalidade e são elementos indissociáveis do conceito de dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado o dever de tutelá-los e de salvaguardá-los de forma integral e especial, a fim de que todos, indistintamente, possuam o direito de ter esclarecida a sua verdade biológica. 4- Atualmente se reconhece a existência de um direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que a ela digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente, alterando-se o protagonismo da atividade instrutória, que passa a não ser mais apenas do Poder Judiciário, mas também das partes, a quem a prova efetivamente serve. 5- A existência de dúvida razoável sobre possível fraude em teste de DNA anteriormente realizado é suficiente para reabrir a discussão acerca da filiação biológica, admitindo-se a redução das exigências probatórias quando, não sendo possível a prova irrefutável da fraude desde logo, houver a produção de prova indiciária apta a incutir incerteza no julgador, aliada a possibilidade de exaurimento da atividade instrutória no grau de jurisdição originário. (grifo nosso). (REsp 1632750 / SP. Ministro. RECURSO ESPECIAL 2016/0193441-0. Relatores: Ministro Moura Ribeiro e Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24/10/2017. Publicado em 13/11/2017).

O conteúdo da decisão se mostra relevante, pois demonstra que o conhecimento da ancestralidade integra o rol de direito personalíssimo, além de ser considerado elemento indissociável do conceito da dignidade da pessoa humana. Tal

direito, possui tutela especial e integral, nos moldes dos artigos 5º e 226º[32] da Constituição Federal.

Além do mais, a Ministra tem adotado o entendimento de que o conhecimento da origem genética é irrenunciável, vitalício, inalienável e contém efeitos *erga omnes*. Portanto, entende-se que os netos possuem direito de pleitear o reconhecimento de parentesco em face dos avós.

Urge destacar outros casos em que o Superior Tribunal de Justiça assegurou a importância da busca pelo conhecimento da ancestralidade no direito à origem biológica, ambos Recursos Especiais também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. *In Verbis:*

> FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste

[32] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem se pronuncia de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido. (REsp1401719/MG RECURSO ESPECIAL 2012/0022035-1. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira

Turma. Julgado em 08/10/2013. Disponibilizado 15/10/2013).

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES.

- A adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que

> a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.
>
> - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.
>
> - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido. (grifo nosso). (REsp 833712 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0070609-4. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17 de maio de 2007. Publicado em 04 de junho de 2007.

O primeiro acórdão, mostra o caso do recorrido que após a morte do seu suposto pai tomou conhecimento de que poderia não ser seu filho biológico, razão pela qual propôs ação de investigação de paternidade e que se comprovou por meio do exame de DNA.

O voto versa sobre a prevalência da paternidade/maternidade socio afetiva frente à biológica, contudo esclarece ser essencial o conhecimento das origens, não sendo razoável a preponderância da socio afetividade quando o filho pretende exercer seu direito a busca da verdade biológica. Com isso, conclui seu entendimento afirmando que a investigação da paternidade está inserida no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua origem genética.

O segundo acórdão, a Ministra segue a mesma linha que vem adotando em seus julgamentos referente a investigação da paternidade, aduzindo que não é correto impedir uma pessoa de ter o conhecimento da verdade sobre suas origens. Faz referência ao Recurso Extraordinário 248.869/SP, ao afirmar que:

> Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

Semelhante pensamento do doutrinador GAMA, onde entende-se que a criança tem o direito de saber a sua historicidade biológica, auxiliando na compreensão de manifestações psíquicas e comportamentais[33].

Superado o tema sobre a investigação de paternidade, se faz importante analisarmos como tem sido resolvido o registro das crianças concebidas pela técnica da reprodução humana assistida.

No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Provimento nº 52, regulamentando o registro de crianças concebidas pela técnica de reprodução humana assistida, dispensando a necessidade de prévia ordem judicial.

Até então, a reprodução humana assistida não tinha regulamentação específica por meio de normas com efeito erga omnes, havendo apenas a Resolução do CFM nº2.121/2015, segundo o qual prevalecia o anonimato do doador para que não pudesse ser identificado, incentivando assim as doações de sêmen ou de óvulo.

Com a publicação do provimento nº 52 determinou-se que o doador de sêmen ou a doadora de óvulo deveriam estar identificados por escritura pública apresentada no ato do registro da criança advinda de reprodução assistida. O

[33] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida hieróloga.

estabelecimento desta norma por meio do CNJ estabeleceu extrema importância na proteção de pessoas nascidas pela técnica citada, permitindo a revelação da identidade do doador do material genético.

Nota-se que o provimento nº 52 obrigou a revelação da identidade do doador, entretanto tal informação não importaria, necessariamente, a criação de vínculo de paternidade entre os doadores[34].

No entanto, em 14 de novembro de 2017 houve um retrocesso referente ao tema, onde o CNJ tomou outro posicionamento por meio do Provimento nº 63, revogando o provimento anteriormente citado, passando a possibilitar o anonimato do doador do material genético, já que foi retirado a exigência da apresentação da escritura pública com a identificação do doador no ato do registro de criança advinda da reprodução assistida[35].

Esta mudança de posicionamento, mantendo o anonimato do doador pode acarretar resultados perversos, como o caso real ocorrido na França, não impedindo que tal fato também ocorra nas relações de casais brasileiros.

> "Na França, no ano de 2009, os pais de Audrey Kermalvezen, uma advogada francesa, revelaram à filha, já casada, que ela fora concebida por reprodução assistida heteróloga, aquela que um casal realiza mediante doação de gameta de um terceiro, ou seja, a procriação de Audrey ocorrera com o espermatozoide de outro homem que não seu pai.
>
> Audrey sentiu o mundo abrir aos seus pés. Ela conta que foi tomada de uma raiva intensa contra os pais, por terem

[34] Art. 2º, §4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vinculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

[35] Provimento nº63. Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.

> escondido a verdade dela por quase trinta anos. A raiva e a indignação que a moça sentia pelos pais só foi atenuada porque, como advogada especialista em Bioética, ela sabia perfeitamente o quanto a medicina e a legislação francesa haviam contribuído para criar e manter aquela mentira na qual ela havia acreditado durante tanto tempo, ao privilegiar o completo sigilo dos procedimentos de reproduções assistidas, mantendo o anonimato absoluto dos doadores, com o propósito de encorajar mais e mais pessoas a se tornarem doadores de gametas.
>
> Contudo, a angústia que se abateu sobre Audrey não se devia exclusivamente à frustração de descobrir que o homem que passara a vida inteira pensando ser seu pai, não era de fato seu pai biológico. Sua situação era mais grave. Audrey casara-se com um homem da mesma idade, nascido na mesma região da França, também concebido por reprodução assistida. Sem poderem conhecer as identidades de seus pais biológicos, em razão do anonimato do doador que vigora na França, ela e o marido foram tomados pelo medo de que fossem irmãos, com a mesma ascendência biológica paterna.
>
> O casal iniciou então uma verdadeira batalha na justiça, que continua se estendendo por anos, para descobrir a identidade de seus respectivos pais biológicos, ou, ao menos, para obterem a confirmação que não são filhos biológicos do mesmo homem.
>
> Mas essa informação tem sido negada, porque, argumentam as autoridades francesas, colocaria em risco o anonimato dos doadores. Assim como no Brasil segundo sua atual regulamentação, na França a identidade dos doadores somente pode ser revelada aos médicos e por razões de saúde cujo tratamento exija o conhecimento dos dados genéticos[36]». (grifo nosso).

Conforme o caso apresentado acima, o sofrimento enfrentado pelo casal é compartilhado por inúmeras pessoas na França, que anseiam conhecer sua historicidade biológica. Sem contar, que o risco de incesto é real, presente na França, como também no Brasil e em diversos países que adotam o anonimato do doador,

[36] https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/casei-me-com-meu-irmao/

sendo este um dos argumentos dos doutrinadores que defendem o direito à identidade biológica.

Apesar da falta de regulamentação específica e o retrocesso com o provimento nº 63 do CNJ, ao analisar as jurisprudências dos acórdãos apresentados percebe-se uma tendência dos tribunais superiores brasileiros, deixando claro, normalmente, a prevalência do direito à origem genética, uma vez que é considerado direito personalíssimo e faz parte da dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que os tribunais consideram irrelevante a pessoa ter pais socioafetivos ou não, além de permitir a busca pela ancestralidade, não podendo ser negada nem aos netos, visto que é indispensável a construção da personalidade da pessoa. Assim, a tendência dos tribunais é assegurar o direito a origem genética.

Diante desta tendência dos tribunais, impossível não alcançar o mesmo caso aludido no método de inseminação heteróloga, pensamento este compartilhado por Paulo Lobo, trazido no capitulo 1, onde afirma que o direito de personalidade é titular de cada ser humano[37]. Com isso, manter o anonimato do doador e limitar o direito da pessoa concebida por este tipo de reprodução demonstra total desalinho com aquilo que vem sendo aplicado nos tribunais, além do que aplicam apenas o texto constitucional no tocante a proteção à pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

As diversas mudanças no contexto familiar, tem ao longo do tempo refletido nas relações de parentesco. A principal mudança ocorreu com o surgimento dos

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família.



novos métodos de reprodução humana, surgido com o avanço científico, permitindo aos casais a concepção de filhos por outro meio além do natural.

O presente trabalho versou sobre a aparente colisão entre dois direitos fundamentais na inseminação heteróloga, o direito à identidade biológica do concebido e o direito ao anonimato do doador.

Pôde se constatar pelo presente trabalho a existência de argumentos divergentes no que tange a prevalência de um direito sobre outro. Tal divergência de posicionamentos doutrinários advém da ausência normativa acerca do assunto. Comprovou-se, assim, a necessidade da criação de lei específica para a regulamentação detalhada de todas as técnicas de reprodução humana assistida existentes, especialmente o reconhecimento do direito ao conhecimento da origem genética.

Conforme foi explicitado, mesmo que a realização do método de inseminação heteróloga trate diversos direitos fundamentais, denota-se a supremacia do direito à intimidade do doador quando se impõe o anonimato à criança concebida, impossibilitando de vir a conhecer suas origens genéticas.

Em razão disso, demonstrou-se que embora o direito ao anonimato se fundamente pela atitude altruística e o não desejo de se tornar pai, tais argumentos não devem prevalecer diante o direito do concebido de conhecer suas origens genéticas. Isso ocorre, pois, o direito ao conhecimento de suas origens abrange raízes profundas do ser humano, que se negado pode ocasionar danos psicológicos, tendo em vista que o acesso à identidade biológica é um dos pilares fundadores da personalidade.

Ainda, pôde-se constatar que o direito à identidade biológica decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo não estando tutelado diretamente no texto constitucional ou em legislação infraconstitucional. Entretanto, o conhecimento à historicidade pessoal foi considerado como essencial para a formação do concebido, incluindo-se, desta forma, dentro dos direitos da personalidade tutelados no Código Civil.

Entendeu-se que há fatores que devem primar a supremacia do direito à identidade biológica, relativizando o direito ao anonimato. Considerando-se que a busca pela origem genética vai além da mera curiosidade, atingindo níveis médicos, como exemplo a existência de relações incestuosas ou doenças hereditárias. Apesar do conhecimento da identidade do doador, não há de se falar em vínculo de paternidade entre doador e a criança concebida, pois não é objetivo da inseminação heteróloga criar filiação entre eles.

Buscou-se demonstrar a importância do direito à identidade biológica por meio da comparação dos direitos outorgados aos adotados pela Lei nº 12.010/09, a qual garante o direito ao conhecimento da identidade civil dos pais biológicos, demonstrando a tendência legislativa a proteger a historicidade pessoal.

O trabalho analisou acórdãos proferidos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de justiça, ficando claro a tendência dos tribunais superiores em conceder o direito ao conhecimento das origens genéticas, reconhecendo assim a importância da preponderância deste direito comparado a outros.

Diante de tudo que foi exposto e argumentado ao longo do trabalho, é evidente a necessária reflexão acerca da concepção do direito à identidade biológica às crianças concebidas pela inseminação heteróloga, assim como é tendência do Brasil o reconhecimento expresso deste direito no ordenamento jurídico, por ser

uma cultura enraizada no nosso país. Porém, tal concessão deve ser analisada conforme o caso concreto, tendo em vista que o anonimato garantido ao doador é o que impulsiona as doações de sêmen e óvulos. Devendo assim, realizar necessária ponderação dos bens jurídicos tutelados e os impactos causados com a quebra do sigilo

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. Editora Malheiros, São Paulo. 2011.

ANDRIGHI, Nancy. Provimento nº 52. Brasília, 14 de março de 2016. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma Dogmática Constitucional transformadora. 5º Ed. São Paulo: Saraiva 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2121/2010

BRASIL. Código Civil. 2002.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. ECA.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº11677993/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 2012

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 248869. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 07 ago. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28248869%2ENUME%2E+OU+248869%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kmmyymz. Acesso em: 26 mar. 2019

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1618230. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1401719/MG. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1632750/SP. Relatores: Ministro Moura Ribeiro e Nancy Andrighi. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em: 27 mar 2019.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 833712/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de maio de 2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em: 27 mar. 2019

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF 20170110084066 - Segredo de Justiça 0004222-83.2012.8.07.0013, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Brasília, 16 de agosto de 2017. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501572971/20170110084066-segredo-de-justica-0004222-8320128070013?ref=serp. Acesso em: 27 mar. 2019.

BARBOSA. Camilo de Lelis Colani. Aspectos Jurídicos da doação de sêmen. Revista Seara Jurídica. Volume 1. Número 9. jan. – jun. 2013

BARBOZA, Heloísa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira, (Coord.). Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.225-249.

BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7 ed. Brasília, DF: Unb. 1996;

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga. Revista Jus Navigani, Teresina, ano 12, nº 1480, 21 de julho de 2007. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/10171/reprodução-medicamente-assistida-heteróloga. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. Disponível em http://www.lfg.com.br. Acesso em 18 de outubro de 2018.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora de Revista e Tribunais, 10º Edição, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). Direito de Família e o novo Código Civil. 3º Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 101-132.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 2018, 15º ed.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. Reprodução humana assistida e a filiação civil. Curitiba:Juruá, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. 19:133-56.

MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MAIA, Rebouças Isabela. O que é isto – Ponderação de princípios? 2013, 18 fls. Dissertação – UNIFACS.

MENDONÇA, Marcela Neves e MENDES, Samuel Fróes Casemiro. O direito a identidade genética na inseminação artificial heteróloga. 2014-2014. 16 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Faculdade de Direito, UniFACS, Salvador, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, João Otávio. Provimento nº 63. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019

PETTERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

PEREIRA. Marcelo Cardoso. Direito à Intimidade na Internet. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

QUEIROZ, Juliene Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. Editora Atlas, 14º Edição, 2014. Volume 6.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Casei-me com o meu irmão? Estadão, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/casei-me-com-meu-irmao/. Acesso em: 27 mar. 2019.

SZANIAWSKI, E. Direitos de Personalidade e sua Tutela. "2ª". Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380 Proviemneto 63. 2018

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE MENORES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NAS ESCOLAS

Jules Bottega Woitechumas

RESUMO

No decorrer desse trabalho, será estudada a responsabilização do Estado perante menores absolutamente incapazes da rede pública de ensino do Distrito Federal. À princípio, será analisada a definição de personalidade, bem como dos direitos dela decorrentes. Juntamente a esta compreensão inicial, será abordado o conceito da capacidade civil, objetivando definir os parâmetros constitutivos da incapacidade absoluta. Além disso, será apresentada a definição jurídica da responsabilidade civil, discorrendo questões sobre a imputabilidade, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva e dano ou prejuízo, conforme a interpretação do Direito Civil Brasileiro. Como delimitação temática do presente trabalho, será apresentada a responsabilidade dos pais, da escola e do Estado perante os menores absolutamente incapazes. Ao final, será explicitada a teoria da responsabilidade pressuposta como forma capaz de inovar nas decisões acerca dos danos sofridos pelas vítimas e suas famílias em casos concernentes à responsabilidade objetiva do Estado. Para tanto, será necessário compreender o atual entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, perante a análise jurisprudencial de acórdãos por esta corte proferidos. Contudo, a discussão é ainda mais significativa ao declarar caber responsabilidade à vítima quanto aos danos sofridos enquanto o dever de vigilância dos prepostos estatais não foi observado, abrindo lacunas jurídicas no tocante à responsabilidade civil objetiva do Estado em acidentes ocorridos com menores absolutamente incapazes da rede pública de ensino do Distrito Federal. Logo, percebe-se que tanto a legislação civil brasileira quanto o julgamento monocrático, podem gerar incertezas jurídicas em questões basilares da responsabilização civil, cabendo acompanhamento cauteloso das decisões jurisprudenciais como norteadores de precedentes futuros.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Incapacidade absoluta. Dano. Responsabilidade objetiva do Estado. Jurisprudência.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do Estado perante menores absolutamente incapazes nas escolas públicas do Distrito Federal. O desenvolvimento dessa pesquisa mostra-se de grande pertinência, uma vez que a doutrina estabelece parâmetros bem definidos quanto à teoria da responsabilidade civil enquanto a interpretação dos doutos juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios contempla interpretação por vezes contrária às disciplinas consolidadas no Código Civil Brasileiro. Vislumbra-se, portanto, que há uma carência de estudos sobre a respectiva temática, causando divergências entre a doutrina e a jurisprudência quanto à responsabilização e consequente indenização por danos sofridos por vítimas menores de 16 anos, estudantes da rede pública de ensino.

A responsabilidade civil integra o direito obrigacional, acarretando ao autor a reparação do dano. Para tanto, assenta-se nos pressupostos do dano, da culpa e da relação de causalidade entre eles.

O Código Civil de 2002 adota a teoria da responsabilidade civil objetiva para determinadas atividades de risco, incluindo nestas a prestação de serviços educacionais do Estado, preconizando a independência da culpa para o devido ressarcimento de dano causados no ambiente de sua tutela. Ocorre que existem interpretações jurisprudenciais estabelecendo precedentes para interpretação em sentido contrário.

Sendo assim, para que fosse possível esclarecer o contexto jurídico ao qual se aplica a teoria da responsabilidade civil no território distrital, foram utilizadas nesse



estudo metodologias de pesquisa de grande relevância, tais como, a investigação sobre acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios referentes à reparação de danos sofridos por menores absolutamente incapazes, bem como um estudo aprofundado sobre os diversos entendimentos doutrinários sobre o assunto.

Para tanto, o trabalho foi subdividido didaticamente nos seguintes capítulos. No primeiro capítulo dessa pesquisa serão abordadas as diferenças entre os conceitos de personalidade e capacidade, delimitando fundamentadamente as implicações da definição doutrinária de cada uma delas diante da evolução histórica observada até os dias de hoje.

No segundo capítulo, se pretende analisar, a partir dos postulados legais, o que vem a ser a responsabilidade civil, propriamente dita. Para tanto, serão explorados nesta sessão o caminho evolutivo para se alcançar sua atual definição, abordando as questões da imputabilidade e responsabilidade subjetiva, bem como seu contraponto, a responsabilidade objetiva, perpassando pela compreensão do que vem a ser o dano ou prejuízo.

Partindo das premissas doutrinárias e legais expostas nos capítulos anteriores, o terceiro capítulo visa abordar a responsabilidade civil dos pais, da escola e do Estado, delimitando o dever de cada um destes agentes perante os menores absolutamente incapazes. Nesse capítulo, também serão expostos dois casos concretos da interpretação jurisprudencial acerca de fatos ocorridos no ambiente escolar da rede pública de ensino do Distrito Federal, como forma de ilustrar a relevância de um aprofundamento na busca de uma tutela jurídica mais eficaz no atendimento de vítimas da ausência do dever de vigilância.

Isto posto, sugere-se no quarto capítulo uma alternativa às teorias até hoje aplicadas na reparação do dano ou prejuízo. Trata-se da Teoria da Responsabilidade

Pressuposta, cuja aplicação na seara trabalhista proporcionou satisfatória evolução jurisprudencial e que se fosse aplicada à seara cível, concretizaria o valor social previsto na Constituição Federal.

2 DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE

O presente trabalho passa pelo conceito de personalidade, principalmente os direitos decorrentes dela. Ademais, faz-se necessário diferenciá-la do conceito de capacidade.

A palavra *persona* no latim significa máscara de teatro e na antiguidade confundia-se com o próprio papel atribuído ao ator, que adaptava uma máscara ao rosto para desempenhar seu ofício. Com o passar dos tempos o termo passou a representar o próprio sujeito de direito, como se as pessoas fossem atores representando um papel na sociedade. (VENOSA, 2013)

No sentido jurídico, pessoa é o ente suscetível de direitos e obrigações, representando o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas. Os romanos demoraram para atribuir um termo específico aos sujeitos de direito, pois *persona* para eles significava qualquer ser humano, aplicando-se inclusive aos escravos, que não eram sujeitos de relação jurídica, sendo estes considerados coisas (*res*). Dessa forma, a personalidade enquanto conjunto de atributos jurídicos ou aptidões, não era atributo de todo ser humano, pois era considerada privilégio que exigia certas condições.

Felizmente a evolução jurídica e social desfez tais diferenciações. A personalidade hoje é um atributo ou qualidade de todo ser humano. Está intimamente ligada à pessoa, pois todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, adquirindo assim a personalidade.

Ocorre o nascimento no momento em que a criança é separada do ventre materno, seja por meio cirúrgico ou por parto natural, sendo necessário no entanto que a criança respire. Com a respiração da criança, desfaz-se dessa forma a unidade biológica dela com a mãe, constituindo assim a existência de dois corpos independentes, com vida orgânica própria, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. Não importa também se tenha nascido a termo ou prematuro. O ponto diferencial para o direito civil está na respiração da criança após seu nascimento. (GONÇALVES, 2011)

A constatação da respiração da criança após o nascimento se fazia pela docimasia hidrostática de Galeno, a qual faz prova de que o feto, tendo respirado, inflou ar nos pulmões. Os pulmões eram extraídos do corpo da criança que morreu e imersos em água, e caso viessem a boiar, indicaria a presença de ar em seu interior, comprovando que a criança chegou a respirar, e portanto nasceu. A medicina hoje possui recursos mais modernos e eficazes, levando em consideração inclusive outros órgãos do corpo, como forma de comprovar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.

Tal avaliação criteriosa se faz necessária, além da personalidade, para garantir os direitos sucessórios, recebendo por exemplo, ao ter respirado, mesmo que por poucos segundos, todo o patrimônio deixado pelo pai falecido, a título de herança, e a transmitindo, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era sua genitora.

O nascituro, que é aquele concebido, mas ainda não nascido, ainda não tem personalidade, porém a legislação brasileira mesmo assim resguarda seus direitos.

Diferencia-se curiosamente o Código Civil espanhol, o qual exige para a aquisição da personalidade que o feto tenha aparência humana, isto é, que não seja

um “monstro”, estabelecendo ainda um prazo de vinte e quatro horas de vida, de inteira separação do corpo materno.

Nosso Código apenas exige que o feto seja viável, apto para a vida, sem a falta de órgãos essenciais. Sendo assim, qualquer ser humano que venha a nascer com vida será uma pessoa, independente das anomalias e deformidades que apresente.

O Código Civil de 2002 conecta o conceito de personalidade ao de capacidade ao declarar que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". (BRASIL, 2002) Afirmar que o ser humano tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Distinguem-se no entanto duas formas de capacidade, sendo uma de direito e a outra de fato. A capacidade de direito ou jurídica é a que gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações enquanto a capacidade de fato é a aptidão "pessoal" para praticar atos com efeitos jurídicos. A capacidade de fato, de exercício, de ação, são aptidões para exercer os atos da vida pessoal e diante da sua incapacidade, é necessário que alguém às represente ou assista. A capacidade plena, é justamente a conjugação entre a capacidade de fato com a capacidade de exercício. Como forma de ilustrar essa diferenciação, vejamos a seguinte situação: um homem maior de 18 anos, na plenitude de sua capacidade mental, tem ambas as capacidades, a de direito e a de fato, e pode ser sujeito de direito, podendo praticar pessoalmente atos da vida civil; já uma pessoa em estágio avançado do Mal de Alzheimer, devidamente interditado por decisão judicial, não deixa de ter personalidade, como ser humano que é, possuindo capacidade jurídica, podendo figurar como sujeito de direito, porém necessita de alguém que, por ele, exercite a capacidade de fato que não possui, por lhe faltar o devido discernimento. Seus atos da vida civil serão praticados por curador. (VENOSA, 2013)

Diante deste exemplo acima citado, é importante observar como se desenvolveu o conceito de capacidade, para melhor entender o que hoje se compreende por incapacidade absoluta, objeto da nossa pesquisa.

Antes do Código Civil de 1916, a menoridade era distinguida pela puberdade, sendo considerados absolutamente incapazes os menores impúberes (varão com menos de 14 anos e a mulher com menos de 12 anos), sendo esta uma clara referência à maturidade sexual relacionada à capacidade para procriar.

O Código Civil de 1916, fixou em 16 anos para ambos os sexos a incapacidade absoluta, considerando para tanto o desenvolvimento intelectual e a adaptação à vida social acima da aptidão para procriar. (GONÇALVES, 2011) Este Código de 1916, passou ainda a abordar a diferenciação entre a incapacidade absoluta e incapacidade relativa, como forma de resguardar a defesa dos direitos de quem não tinha força para fazê-lo pessoalmente. Eram considerados absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não pudessem exprimir sua vontade e os ausentes declarados por atos do juiz. (BRASIL, 1916)

O Código Civil de 2002, valorizou fundamentalmente o grau de discernimento ou necessidade que o indivíduo tivesse para avaliar o que seria melhor para si, buscando protegê-lo dos riscos em assumir obrigações que poderiam comprometer o andamento de suas vidas perante a falta de compreensão da realidade que teriam estas pessoas, objetivando manter sua dignidade. Por este novo viés, passou a considerar-se absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, bem como os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e ainda os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002)

Resta clara a observação deste Código Civil de 2002 de que a deficiência do surdo-mudo não lhe retiraria o discernimento para realizar suas escolhas, podendo utilizar-se da linguagem de sinais para comunicar-se com as pessoas. Vislumbra-se ainda a hipótese dos surdos-mudos que não conseguissem se comunicar com as pessoas que desconhecessem a linguagem de sinais bem como das pessoas que não pudessem expressar sua vontade por situações especiais, como no caso das pessoas que estivessem em coma.

Permaneciam como incapazes os deficientes ou enfermos mentais e os excepcionais (visível adequação técnica do termo "loucos de todos os gêneros" usado no Código Civil de 1916), que a depender do seu grau de discernimento, lhes seriam atribuídas a incapacidade absoluta ou relativa.

A Constituição Federal de 1988, trouxe novas diferenciações no tocante à incapacidade absoluta, buscando garantir o acesso à cidadania. Atendendo aos anseios da sociedade, especialmente às pessoas com deficiência, através da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), ou simplesmente Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe reflexos em várias áreas do Direito, sendo um destes, a exclusão dos deficientes da classe dos absolutamente incapazes, alterando o Art. 3º do Código Civil de 2002, passando a consagrar unicamente os menores de 16 anos, restando assim apenas um critério etário.

O atual Código Civil de 2002 manteve em menos de 16 anos a incapacidade absoluta para o menor dirigir sua vida e negócios, necessitando para tanto da representação na vida jurídica por seus pais ou tutores. (BRASIL, 2002)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/1990) em seu art. 28, *caput* e §1º, destaca que ao haver necessidade de colocar a criança ou o adolescente em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção, serão eles previamente

ouvidos e a sua opinião devidamente considerada, (BRASIL, 1990) de forma a respeitar suas opções e argumentações sobre o destino que lhes será reservado.

Reforça este posicionamento o Enunciado 138, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor:

> A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. (JUSTIÇA FEDERAL, 2016)

Diante do entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Enunciado 138, resta evidente que a criança não é completamente ignorante ou inapta em suas opções. Faz-se necessário então definirmos os tipos de responsabilidade e sobre quem deve recair, conforme admite a legislação brasileira, tema que abordaremos no capítulo seguinte.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo por objetivo analisar, segundo os postulados legais, qual a responsabilidade civil dos agentes do Estado bem como dos menores absolutamente incapazes, faz-se necessária uma maior explanação do tema responsabilidade civil.

3.1 Conceito

A responsabilidade civil integra o direito obrigacional, acarretando ao autor a reparação do dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Entende-se por obrigação o vínculo entre dois sujeitos de direito juridicamente qualificados, no sentido de um deles (o sujeito ativo ou credor) titularizar o direito de receber do outro (sujeito passivo ou devedor) uma prestação. (COELHO, 2012)

A responsabilidade exprime fundamentalmente a idéia de restauração de equilíbrio, da contraprestação, de reparação de dano, submetendo o responsável pela violação de determinada norma perante a conduta danosa, a restaurar o *status quo ante*, (GONÇALVES, 2014) ou seja, tentar "voltar no tempo", retornando à situação original, numa tentativa de minimizar os efeitos causados pela atitude danosa.

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil assenta-se em três pressupostos: um dano, a culpa e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano.

Antes do surgimento do Direito Romano não se cogitava o fator culpa, podendo o ofendido exercer a vingança imediata, instintiva e brutal como forma de reintegração do dano sofrido, sendo o causador do dano punido de acordo com a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas, caracterizada pelo "olho por olho, dente por dente", levando a uma grande sorte de situações injustas diante da responsabilidade sem culpa, surgindo assim a necessidade de comprovação da culpa como uma questão social evolutiva. Com o desenvolvimento da organização econômica escravagista do Império Romano, tal pena de Talião só aumentava o prejuízo, pois ao invés de apenas um escravo morto, eram dois, o que era um disparate em termos de eficiência econômica. Posteriormente, com o Direito Romano (surgimento da autoridade soberana), o legislador vedou a justiça pelas próprias mãos, passando o ofensor a pagar, de forma tarifada, pelos danos causados. Distinguem-se os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) dos delitos privados, sendo que nos públicos, a pena econômica imposta ao causador seria recolhida aos cofres públicos e nos privados, caberia à vítima. Percebe-se claramente nessa nova realidade, uma tentativa de compensar materialmente o dano causado, buscando uma satisfação financeira e não mais uma

satisfação pessoal na forma de sofrimento físico do agente causador, seja por lesão à parte do corpo que causou o prejuízo ou até mesmo a morte do causador. O Estado assume a função de punir, surgindo a "ação de indenização". A Lei Aquília esboça um princípio regulador da reparação do dano (GONÇALVES, 2014)

O elemento culpa só foi introduzido na interpretação da Lei Aquília, diante da máxima de Ulpiano segundo a qual haveria o dever de indenizar mesmo pela culpa mais leve (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Esta lei foi editada na República Romana, provavelmente no século III a. C. e prescrevia as consequências de certos eventos danosos (p. ex., a morte ou ferimento de escravos ou animais de rebanho) para quem os houvesse causado. Obrigava-os, em suma, a reparar os prejuízos nos bens de produção. (COELHO, 2012)

A Lei Aquília, portanto, buscava apenas afastar a aplicação da pena de Talião na hipótese de bens de produção, porém sem qualquer noção geral de imputação de responsabilidade. No entanto, os pretores e jurisconsultos aplicaram-na extensivamente na responsabilização por outros danos além dos que contemplava, o que acabou dando início ao longo processo de elaboração do princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa".

Um marco importante ocorre no direito francês (seguidor do princípio aquiliano), com o Código Civil de Napoleão (1804), sendo este o primeiro a prescrever norma geral imputando responsabilidade civil por danos a quem os tivesse causado culposamente. Por ele, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Desde então inseriu-se na legislação mundial a responsabilidade civil fundada na culpa.

Cabe apenas uma ressalva na questão da culpa. A culpa do Direito Romano é diferente da culpa atual, uma vez que hoje ela traz em seu conteúdo a idéia de

castigo, por influência da Igreja Católica. Como os romanos eram essencialmente pragmáticos, a culpa era, antes de qualquer coisa, mero pressuposto do dever de indenizar. (TARTUCE, 2018)

Seguindo a construção pela doutrina clássica francesa e pela tradução do art. 1.382 do Código Napoleônico, o Código Civil brasileiro de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, exigindo prova de culpa ou dolo do causador do dano para que este seja obrigado a repará-lo. Em sua essência, a responsabilização subjetiva fundamenta-se na pesquisa ou indagação de como ou quanto o comportamento do autor contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. (PEREIRA, 2016)

Atualmente, a responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o agente indeniza não porque tem culpa, mas porque é o proprietário do bem ou responsável pela atividade que provocou o dano.

Persistem no Código Civil de 2002 momentos em que se adota a teoria subjetiva e momentos em que se adota a teoria objetiva, como veremos a seguir, porém resta pacificado que a linha adotada por este é predominantemente objetiva.

Como exemplificação de um resquício subjetivo, o Código Civil em vigor, em seus arts. 186 e 927, mantem-se fiel à teoria subjetiva, onde, para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. (BRASIL, 2002) Por este entendimento, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de ato ilícito. Sem prova de culpa, inexiste a obrigação de reparar.

Entretanto, em outros dispositivos deste mesmo código, adotaram-se princípios da responsabilidade objetiva, como nos arts. 936 e 937, relativos à responsabilidade do dono do animal e do dono do edifício em ruínas; bem como nos arts. 938, 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que assim responsabilizam,



respectivamente, o habitante da casa de onde caírem ou forem lançadas coisas em lugar indevido, aquele que assume o risco do exercício de atividade potencialmente perigosa, os pais, empregados e outros, e os proprietários em geral por danos causados a vizinhos.

Deixa de preocupar-se apenas em julgar a conduta do agente, passando a preocupar-se com o julgamento do dano em si, em sua ilicitude ou injustiça.

Mas e a vontade do agente? Não merece ser levada em consideração? Seria um menor absolutamente incapaz, com 15 anos de idade, completamente desprovido de discernimento a ponto de não saber das consequências de determinados atos por ele tomados?

Para tanto faz-se necessário entender os preceitos de imputabilidade e de responsabilidade subjetiva.

3.2 Da imputabilidade e responsabilidade subjetiva

Como forma de cumprir o objetivo estabelecido de analisar a responsabilidade dos agentes do Estado e do menor absolutamente incapaz, deve-se considerar a questão da vontade do agente, tema aparentemente nebuloso perante os argumentos utilizados por defensores públicos em defesa dos interesses do Estado.

Segundo as idéias do capítulo anterior, é importante destacar a questão da imputabilidade, sendo esta a livre-determinação de vontade do agente. Para tanto, é necessário ter discernimento, o que vincula às idéias do capítulo inicial. Aquele que não pode querer e/ou entender não incorre em culpa e, portanto, não pratica ato ilícito.

A controvérsia entre os doutrinadores brasileiros reside quanto à responsabilidade do causador do dano. O âmago do Código Civil de 1916 recaía na pessoa do agente diante de seu comportamento contrário a determinado direito, aludindo especificamente ao dano ligado à conduta do ofensor. (PEREIRA, 2016)

Com o advento da cláusula geral de responsabilidade prevista no art. 927, parágrafo único do atual Código Civil, a culpa deixa de ser o único fundamento do dever de reparação. A voluntariedade do ato é elementar do dolo, não se confundindo com a intenção de causar o dano ou à consciência dele.

Não se pode considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada de razão.

As leis vigentes estabelecem que a criança, mesmo que supostamente consciente dos seus atos, que venha a ferir um colega no ambiente escolar, não deverá responder por sua atitude. Apesar de existirem casos em que imputa-se a culpa ao menor absolutamente incapaz por ter agido com má-índole em relação ao seu colega, causando-lhe ferimento, entende-se que a responsabilidade de vigilância é do educador subjetivamente, e como representante do Estado no ambiente da escola pública, do Estado objetivamente.

Mesmo que um menor tenha agido de forma perigosa e até mesmo cruel em relação ao seu colega, o entendimento legal é de que cabe ao agente do Estado prevenir e precaver-se para que isso não aconteça.

Em face do direito vigente, o princípio da responsabilidade civil subjetiva subsiste no direito brasileiro e continua sendo invocado pela jurisprudência. O

comportamento do agente continua como fator etiológico da reparação do dano, não obstante a aceitação paralela da doutrina de risco. (PEREIRA, 2016)

No art. 928 do Código Civil aplicou-se o princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária, recaindo sobre o incapaz a responsabilidade pelos prejuízos que causar caso seus responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, (BRASIL, 2002) porém o art. 933 deste mesmo código, não permite mais tal exoneração, independente da culpa, cabendo aos responsáveis a responsabilidade objetiva.

Desta forma, independente da vontade explicitada pelo absolutamente incapaz, o entendimento legal é de que deve recair sobre seus responsáveis civis a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Passemos então a abordar melhor o que vem a ser a responsabilidade civil objetiva.

3.3 Da responsabilidade civil objetiva

No capítulo anterior visualizamos o posicionamento da responsabilidade subjetiva como contraponto ao posicionamento legal que embasa o objetivo deste trabalho, onde busca-se a responsabilidade objetiva do Estado perante acidentes ocorridos no ambiente escolar da rede pública de ensino do Distrito Federal independente da culpa que possa ser atribuída ao menor absolutamente incapaz em decorrência de seus atos.

No Código Civil anterior ao vigente, o caminho jurídico vislumbrado consistia em buscar-se os culpados ao invés de alcançar os responsáveis que assumiam o risco da atividade que desempenhavam.

O clamor social buscou atender aos interesses da vítima, fundamentando-se para tal no nexo de causalidade e na teoria do risco, segundo a qual todo dano deve

ser reparado, prescindindo da análise da culpa. (FERNANDES, 2013) Diante de uma atividade de risco desenvolvida por alguém, existindo dano, há o responsável, que ressarcirá o dano, sendo ou não culpado.

A doutrina estabelece que quem colhe os frutos de certa atividade experimenta as consequências prejudiciais daí decorrentes. (FERNANDES, 2013) Poderia até se arguir que no caso das escolas públicas não há uma contraprestação por parte dos pais dos alunos diretamente à escola por eles frequentada, porém não há de se esquecer que o funcionamento de tais estabelecimentos de ensino são custeados por tributos e impostos pagos pela sociedade civil.

Apesar do Código Civil atual ter adotado o sistema bipartite de responsabilidade objetiva, que pode ser reconhecida por lei ou por sentença, o parágrafo único do art. 927 deste mesmo código assegura que a jurisprudência também pode fixar responsabilidade objetiva.

Levando-se em consideração que os elementos da responsabilidade objetiva são o fato, o risco, o dano e o nexo causal, não se fala em indenização se não houver dano.

Sendo assim, adentremos um pouco mais no que se entende por dano ou prejuízo.

3.4 Do dano ou prejuízo

O vocábulo "dano" vem do latim *damnum*, significando lesão de natureza patrimonial ou moral. Dano e prejuízo são termos equivalentes na linguagem jurídica atual, porém no Direito Romano o *damnum* referia-se apenas ao fato material de destruição total ou parcial da coisa, enquanto o *praeiudicium* possuía

sentido jurídico, constituindo uma ação pela qual o autor requeria a declaração da existência ou não de um fato ou de uma relação jurídica. (NADER, 2013)

Nos termos da Lei Civil, somente haverá ato ilícito em caso de dano material ou moral, independente de sua extensão, tanto nos prejuízos de pequeno porte como nos de grande expressão, sendo estes suscetíveis de reparação.

Dano suscetível de reparação é o dano injusto, não amparado pelo ordenamento, não sendo ilícitas as lesões praticadas em legítima defesa, no exercício regular de direito ou a fim de remover perigo iminente, desde que necessária a conduta e nos limites indispensáveis, conforme prevê o art. 188 e incisos do Código Civil de 2002. Cabe ressaltar, que somente haverá dano reparável quando ocorrer a violação de direito subjetivo de outrem.

Constituem a noção de dano emergente (ou dano positivo) o dano material decorrente de conduta alheia antijurídica que acabam por desfalcar o patrimônio de alguém, diminuindo o acervo de bens deste. Um exemplo típico é o estrago de um automóvel no caso de um acidente de trânsito, cabendo à quem causou o mesmo o ressarcimento do prejuízo ocasionado.

Além do dano emergente, há os lucros cessantes (ou danos negativos), referente aos valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, o que razoavelmente deixa de lucrar. No caso do acidente de trânsito, poderá pleitear os lucros cessantes o taxista que teve seu carro danificado, deixando de receber pelas "corridas" que realizaria caso nada tivesse acontecido.

Ressalta-se, no entanto, que apenas os atos injustos serão considerados ilícitos, impondo ressarcimento. Um agente, autorizado por ordem jurídica, que exercita seu direito de retenção, causando prejuízos a outrem, não estará praticando

ilicitude. Há ainda os danos materiais e morais decorrentes de caso fortuito ou força maior, que também não suscitam reparação.

Por mais que se queira relacionar as inúmeras possibilidades de dano, patrimoniais e não patrimoniais, o elenco, ao final, restará incompleto, diante das infinitas possibilidades fáticas. (NADER, 2013)

Para que haja qualquer direito à indenização, além de provar-se a culpa ou o dolo na conduta, faz-se necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém.

Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, conforme o art. 373, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

O dano, na responsabilidade civil, deve ser certo e não meramente eventual ou hipotético. A certeza exigida, todavia, não impede o reconhecimento de um dano futuro e não eventual. O dano futuro deve ser certo, devidamente verificado em juízo. Diante da certeza ou do alto grau de probabilidade, se impõe a reparação, porém, se meramente hipotético ou eventual o prejuízo futuro, resta incabível a reparação.

Cabe diferenciar ainda a possibilidade dos danos serem individuais ou transindividuais, sendo o primeiro a hipótese de uma ação danosa recair sobre uma única pessoa e o segundo quando recair sobre um coletividade. São transindividuais os danos que atingem o meio ambiente, os que alcançam genericamente os consumidores, os que atentam contra bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

Nos danos patrimoniais, o agente deve ser compelido a recompor a situação fática ao *status quo ante* ou, não sendo isto possível, a indenizar a vítima com o valor correspondente à extensão do seu prejuízo. (NADER, 2013)

A ocorrência do dano patrimonial é possível que advenha, reflexamente, de ofensas morais à vítima. Um diretor de escola acusado caluniosamente de pedofilia com alunos por um órgão de imprensa, acarretará danos morais à vítima além dos danos materiais pela evasão de alunos, causando tanto danos emergentes quanto lucros cessantes.

Os patrimônios individuais são constituídos de bens materiais e imateriais. Os materiais compõem-se de riquezas suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os imateriais não comportam tais estimativas, como a vida, a honra, a opção sexual, a opção religiosa, a liberdade. Na indenização por danos morais (imateriais) não se fala em ressarcimento, mas em reparação; não há uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas condena-se o indivíduo com uma dupla finalidade: a de proporcionar uma compensação pelos males sofridos e para se desestimular condutas desta natureza. Aliás, entendimento ao contrário carregaria de imoralidade o dano moral. (TARTUCE, 2018)

Compreendendo o conceito de responsabilidade civil, bem como suas duas vertentes, subjetiva e objetiva, diante do conceito de dano ou prejuízo, restrinjamos agora nossa apreciação à responsabilidade dos pais, da escola e do Estado.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS, DA ESCOLA E DO ESTADO

Diante do aumento considerável das atividades em que estão inseridos os jovens e crianças nos dias atuais, cabe analisar pormenorizadamente as

responsabilidades civis concernentes aos três maiores influenciadores da educação destes, quais sejam, os pais, a escola e o Estado.

4.1 Da responsabilidade civil dos pais

A influência dos pais na formação dos filhos é inegável. Não se restringe à subsistência física, com alimentação, moradia, assistência médica, nem com a garantia de acesso à educação, cultura e lazer. O ambiente familiar, diante da complexidade do ser humano, busca suprir as carências do corpo e do espírito (materiais e morais).

Desenvolvendo-se em um ambiente sadio, com o amor dos pais, suprida de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, refletindo diretamente no desempenho escolar, no sucesso profissional e no bom relacionamento com as pessoas.

O crescente desajuste social causado pela não observância dos cuidados mínimos que devem ser destinados à criança tem provocado distúrbios de ordem emocional, agressividade, insegurança, desvio de conduta, depressão, dentre outros.

Afora os fatores genéticos, a normalidade dos seres adultos e a sua aptidão para gerir interesses ao longo da vida dependem da experiência vivida no ambiente doméstico, especialmente na infância e na adolescência. (NADER, 2013)

Diante de tamanho dever perante os filhos, recai sobre os pais a responsabilidade civil pelos atos e atitudes desses. Os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. (VENOSA, 2013) Cabe ressaltar que tal responsabilidade tem como base o exercício do poder familiar, o qual impõe aos pais um feixe enorme de deveres, independente inclusive da proximidade física.

O art. 932, inciso I, do Código Civil de 2002 é claro, considerando responsáveis pela reparação civil "os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" (BRASIL, 2002). É o caso do pai responder por acidente de trânsito causado por filho menor sem habilitação bem como responder pelo ressarcimento do dano causado pelo filho o pai que não educa bem ou não exerce vigilância sobre ele, possibilitando-lhe a prática de algum delito, como incêndio, furto, lesão corporal e outros. (GONÇALVES, 2014)

Segundo a teoria subjetiva, abordada no Capítulo I do presente trabalho, o fundamento está na culpa direta dos pais, consistente na omissão do dever de vigilância. Já para a teoria objetiva, também vista no mesmo Capítulo, a responsabilidade, no caso, funda-se na idéia de risco e da reparação de um prejuízo sofrido pelo lesado injustamente, buscando estabelecer um equilíbrio dos patrimônios, como forma de reparar o dano causado.

Considerando que a responsabilidade dos pais é decorrência do dever de guarda, com maior rigor se configura no caso de atos praticados por menores sem discernimento, pois sua obrigação de zelar por eles e de vigiá-los é superior.

Dessa forma, uma criança que tenha acesso à arma de fogo, ferindo ou matando alguém, responsabilizará os pais pela indenização. O juiz observará a conduta sob a forma objetiva, e não sob o aspecto da culpa dos menores, e decidirá se, no caso, pode ser excluída a responsabilidade dos pais, reconhecendo, então, o caso fortuito ou força maior. (VENOSA, 2013)

Ressalva-se ainda a situação em que o filho não reside com o pai, em caso de separação de direito e de fato dos cônjuges, sendo necessário verificar-se a situação fática, mais do que a jurídica. Embora a guarda possa ter sido atribuída à mãe, pode

ocorrer que o filho menor ainda se submeta à autoridade do pai. O caso concreto definirá a responsabilidade, podendo inclusive responsabilizar ambos os progenitores. Reforça esse posicionamento o estabelecido pelo parágrafo único do art. 942 do Código Civil de 2002, o qual estabelece a solidariedade entre as pessoas descritas no art. 932 deste mesmo Código.

Tal solidariedade se manifesta inclusive no caso dos filhos morarem longe dos pais, mas sob suas expensas, estando assim sob seu poder.

No caso da adoção, o poder familiar e, consequentemente, a guarda se transferem do pai natural para o adotivo, deslocando a responsabilidade para o adotante, bem como a simples guarda, deferida nos termos do Código da Infância e Juventude, também transfere o dever de vigilância ao guardião.

Como forma de suprimir sua responsabilidade, cabe aos pais demonstrar que o menor não se encontrava sob seu poder e autoridade ou em sua companhia.

Cabe destacar, no entanto, o disposição do art. 928 do Código Civil de 2002, que enuncia "o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes" (BRASIL, 2002) relegando ao juiz o exame da conveniência da condenação e o montante desta.

Feitas as considerações acerca das responsabilidades dos pais, aprofundemos nosso conteúdo com relação ao tema ora abordado, especificando doravante a responsabilidade das escolas perante os menores absolutamente incapazes.

4.2 Da responsabilidade civil das escolas

Diante do considerável aumento da oferta de serviços escolares aliado à necessidade laboral cada vez maior dos pais, perante às vicissitudes econômicas, o tempo em que o aluno passa dentro da escola aumenta a cada dia.

Uma vez que o dever de vigilância é passado dos pais para a instituição de ensino no momento em que o menor adentra seus limites, houve a necessidade de se estabelecer as responsabilidades civis desta no atual Código Civil, mais especificamente no art. 932, inciso IV.

Destaca, ainda que de forma breve, junto às responsabilidades dos donos de hospedarias, as responsabilidades dos estabelecimentos de ensino, não se discriminando se particulares ou públicos, cabendo reparação civil pelos danos causados por seus educandos a terceiro ou, no sentido oposto, causados por terceiro a seus educandos.

Mais claramente, o estabelecimento de ensino é responsável pela incolumidade física e moral do educando bem como por atos ilícitos praticados por este a terceiros.

Em se tratando de escola particular, há uma relação de consumo, recaindo a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, (BRASIL, 1990) tanto no interior das dependências da escola, como fora desta (excursões, visitas e similares organizadas pela escola).

No caso de escola pública, onde o ensino é gratuito, recai sobre o Estado e seus prepostos a responsabilidade objetiva perante o aluno, vigorando as regras da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Nesse contexto, o dever de vigilância e incolumidade decorrente da responsabilidade objetiva, em qualquer estabelecimento de ensino, são características da atividade de risco a que se sujeitam os fornecedores desse tipo de serviço.

Seria uma excludente de responsabilidade se os educandos fossem maiores de idade, sendo assim plenamente capazes em seus atos civis, mas não é o objeto abordado neste estudo, uma vez que restringimos à população de menores absolutamente incapazes.

Porém, como vimos nas considerações relativas à responsabilidade dos pais, influi na responsabilidade do educador a má educação anterior do aluno. Exsurge assim uma concorrência de situações entre a responsabilidade do pai e a do professor. Os professores exercem sobre os alunos um encargo de vigilância que é sancionado pela presunção de culpa, enquanto aos pais incumbe não só a vigilância como a educação. A idéia de vigilância é mais ampla que a de educação, devendo entender-se que os educadores respondem pelos atos dos alunos, durante o tempo em que sobre eles exercem vigilância e autoridade. (GONÇALVES, 2011)

Destaca-se afirmar que, na hipótese de um aluno ferir seu colega, não logra à escola provar qualquer excludente de sua responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima ou força maior, por exemplo. A responsabilidade restringe-se ao período em que o educando está sob a vigilância do educador, compreendendo o que ocorre no interior do colégio, ou durante a estada do aluno no estabelecimento, inclusive no recreio, ou em veículo de transporte fornecido pelo educandário.

Cabe arguir se há preparo suficiente e condizente do educador para fazer frente à demanda atual. Restringindo ao objeto do presente estudo, no âmbito das escolas públicas, com o aumento demográfico aliado à insuficiente construção de novas escolas, bem como a falta de concursos para provimento de vagas de novos



educadores, o que se observa são salas de aulas cada vez mais cheias e consequentemente, com menos educadores por número de alunos.

Por maior que seja o esforço em promover capacitação ao educador, torna-se cada vez mais difícil exercer adequado dever de vigilância diante de tantos alunos. Mas esta é uma questão político-econômica, não jurídica.

Façamos uma breve análise do Código Civil de 1916 até o atual Código Civil de 2002 para melhor entendermos como se estabeleceu a atual visão de responsabilidade dos educadores.

No art. 933 do atual Código Civil está previsto que as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente (pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e escolas e os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime) terão responsabilidade objetiva, respondendo pelos terceiros ali referidos "ainda que não haja culpa de sua parte", usando tal argumento para afastá-los da culpa presumida consagrada no art. 1.521 do diploma de 1916. Neste, a presunção de culpa dos educadores era relativa, pois admitia prova em contrário (presunção *juris tantum*). A culpa consistia no fato de não haver exercido, como deveria, o dever de vigiar, de fiscalizar (culpa *in vigilando*). Permitia-se, assim, que se exonerasse da responsabilidade, desde que provasse não ter havido de sua parte culpa ou negligência. (GONÇALVES, 2011)

O Código Civil de 2002 adotou solução mais severa, não os isentando de responsabilidade, ainda que não haja culpa de sua parte, pois adota a teoria da responsabilidade objetiva.

A título de exemplo, se o dano é causado pelo aluno contra terceiros, a escola responde pelos prejuízos, independentemente de culpa, tendo ela, no entanto, direito

de ação regressiva contra os alunos (pois os pais não tem a obrigação de responder pelos atos praticados por seus filhos na escola), se estes puderem responder pelos prejuízos, sem se privarem do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem (Código Civil de 2002, art. 928 e parágrafo único).

Se um dano é sofrido pelo próprio aluno, a vítima pode mover, representada pelo pai, ação contra o estabelecimento. É o caso, por exemplo, de um aluno que queima-se por pedaços de fósforo químico deixados no chão pelo professor, durante uma aula de Química.

Sendo assim, a não observância da obrigação de vigilância e a violação da integridade dos alunos tutelados, faz surgir a responsabilidade civil das instituições de ensino pelos danos causados, ressalvadas descaracterizações provenientes de ausência de nexo de causalidade material entre a escola e o evento danoso. Observemos então a questão da responsabilidade do Estado.

4.3 Da responsabilidade civil do Estado

Compreendendo o entendimento quanto à responsabilidade dos pais bem como das escolas no tocante à vigilância e guarda dos menores absolutamente incapazes, resta compreender o entendimento jurídico sobre a responsabilidade do Estado neste contexto.

O art. 43 do Código Civil de 2002 enuncia que "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo". (BRASIL, 2002) Da mesma forma, as pessoas de direito privado que prestem serviço público não estão isentas de responsabilidade objetiva por seus agentes e prepostos, conforme a

previsão do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, com texto de teor muito semelhante, prevendo que:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Quanto à responsabilidade do Estado, trata-se de responsabilidade objetiva, não entrando em questão a culpa do agente. Tal culpa serve meramente para fixar o direito de regresso do Estado contra o responsável direto pelo evento danoso.

Sendo assim, vigora a teoria do risco administrativo, a qual gera uma responsabilidade objetiva mitigada, tendo em vista que pode ser afastada ou diminuída pela culpa exclusiva ou concorrente da vítima, o que não ocorre na responsabilidade objetiva plena ou integral, relacionada à teoria do risco integral.

Previa a Constituição Imperial (1824-1891), em seu art. 99 que "a Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma" numa clara referência ao princípio da infalibilidade real do direito inglês (*the king can do no wrong*), preservando não somente a pessoa do rei, mas também o Estado de sua responsabilidade. Porém, na Constituição Imperial, contava-se com sentido mais estrito, pondo à salvo das responsabilizações civil e penal apenas o monarca e os membros da família real.

Em nosso primeiro Código Civil já havia dispositivo imputando às pessoas jurídicas de direito público responsabilidade subjetiva. Se o prejudicado não provasse a conduta culposa do agente público, não tinha direito a ressarcimento. Somente com a Constituição de 1946 é que passou a ser objetiva a responsabilidade do Estado, não sendo imediata esta transição. (COELHO, 2012)

Constitui parte da socialização dos custos da atividade estatal a responsabilização objetiva do Estado, uma vez que são os contribuintes, por meio dos tributos, que pagam mediata ou imediatamente a indenização dos danos causados pelos prepostos estatais, não sendo relevante a questão da licitude ou ilicitude do ato causador do dano; a indenização será devida em qualquer hipótese pelo Estado. Resta ao Estado apenas o direito de regresso caso haja ato ilícito (dolo ou culpa) por parte de seu agente, buscando primeiramente pagar ao prejudicado e somente depois reaver o valor da indenização com o agente culpado.

Contextualizando à triste realidade social que passamos em nosso país, principalmente nos grandes centros urbanos, a violência e a miséria se alastram. Turbas armadas, e até organizadas, causam terror e medo. Nesse cenário, balas "perdidas" atingem os mais diversos destinatários, diante da flagrante ineficiência do Estado em cumprir suas obrigações assumidas perante a sociedade. (TARTUCE, 2018).

Existe um julgado da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Processo nº 2006.005.00292) (RIO DE JANEIRO, 2007) que aponta no sentido contrário, para a não reparação dos danos advindos de "balas perdidas", justamente por entender que a responsabilidade é subjetiva, não conseguindo comprovar que o projétil de arma de fogo disparado que causou o ferimento tenha partido de armas utilizadas pelos policiais militares.

Como contraponto, existe um julgado da Décima Sexta Câmara Cível, do mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Processo nº 2005.005.00486) (RIO DE JANEIRO, 2005), em que se aplica a regra da responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de culpa do agente. Neste caso, a vítima foi indenizada pela "bala perdida" que atingiu sua perna direita, vindo posteriormente a causar-lhe a

amputação da mesma. Diante de tamanho prejuízo físico, cabe destacar a pequena monta da indenização a que fez jus, um total de cinquenta e dois mil reais a título de danos morais.

A gama de entendimentos jurisprudenciais em um país de dimensão continental como o Brasil é demasiado vasta e complexa, cabendo assim uma restrição à realidade enfrentada no Distrito Federal, analisando ao final uma possível alternativa que possa satisfazer a reparação dos danos sofridos pelas vítimas da ausência de vigilância.

5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO DISTRITO FEDERAL E DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

Diante da diversidade de entendimentos dos magistrados, cabe-nos restringir a pesquisa ao entendimento jurisprudencial do Distrito Federal, bem como abordar o surgimento de uma teoria que vem ganhando espaço inicialmente no âmbito trabalhista, mas que devido à sua inovação, com foco no atendimento primordial às necessidades da vítima, logo terá grande apreciação no âmbito cível. Trata-se da Teoria da Responsabilidade Pressuposta.

5.1 Do entendimento jurisprudencial no Distrito Federal

Aqui no Distrito Federal há o registro de um acidente ocorrido entre alunos de uma escola pública de ensino fundamental, com a consequência grave da perda de um olho (Acórdão 1064868 – 2ª Turma Cível - TJDFT), com entendimento favorável à indenização da família da vítima, bem como um acidente ocorrido em passeio escolar ao ar livre causado por terceiros, estranhos ao aluno lesionado, porém que vieram a agredi-lo, causando-lhe a perda de um dente e convulsão decorrente das agressões sofridas (Processo 2015.01.1.096190-2 – Quinta Vara de Fazenda Pública

do DF), cujo entendimento do magistrado caminhou para a exoneração da responsabilidade subjetiva dos educadores bem como da responsabilidade objetiva do Estado.

Nesses dois casos citados, o Estado tentou eximir-se da sua responsabilidade junto aos menores, imputando-lhes acidente imprevisível no primeiro caso ou mesmo má-índole do menor no segundo caso, buscando a dispensa das suas implicações civis indenizatórias.

O primeiro foi o caso de dois menores absolutamente incapazes de uma escola pública do Distrito Federal que ficaram sozinhos por instantes em uma sala de aula, e em pequeno intervalo de tempo ocorreu um dano, causando uma lesão irreversível no olho de um dos alunos causado por seu colega, que em atividade alusiva à comemoração do Dia do Índio (19 de abril) aproveitou-se da ausência do professor para disparar uma flecha que veio a perfurar a vista do outro colega, concretizando-se a inobservância do dever de vigilância, independente da vontade ou culpa do causador, sendo desta forma entendida pelo juiz do TJDFT que sentenciou o dever de indenizar a família do jovem ferido pelo mau causado, amparando-se legalmente nos preceitos da responsabilidade objetiva do educador enquanto representante do Estado.

O representante do Distrito Federal recorreu da decisão buscando esquivar-se de tal responsabilidade argumentando que o menor agiu por vontade própria e que tratava-se de um acidente, alheio à capacidade de vigilância do educador, tentando assim imputar ao menor a responsabilidade subjetiva, porém não foi atendido em seu pleito, sendo o Distrito Federal condenado definitivamente a ressarcir a família pelo dano ocorrido.

Destaca-se do acórdão referente ao caso os seguintes trechos:

1. Apelação interposta contra a sentença proferida em ação de indenização que julgou procedentes os pedidos iniciais consistentes no pagamento de pensão mensal, ressarcimento das despesas médicas, a serem devidamente comprovadas, danos morais, materiais e estéticos. 1.1. Acidente ocorrido nas dependências de escola pública, após o professor ausentar-se da sala de aula, deixando os alunos sozinhos manuseando artefatos indígenas. 1.2. Menor, à época com 10 anos de idade, atingido no olho direito por uma flecha manuseada por um colega de classe, ocasionando lesão no olho direito do autor, com perda completa da visão no olho atingido [...].

2. A conduta negligente do professor, ao não exercer o seu dever de vigilância foi determinante para a ocorrência do acidente e, conseqüentemente, para os danos sofridos pelo autor. Evidencia-se, pois, que não houve o necessário e exigível cuidado e diligência que deve ter aqueles encarregados pela integridade física e psíquica de crianças, especialmente quando, como ocorreu no caso, elas estavam na posse de instrumentos com potencial risco de acidentes. 2.1 [...] o professor foi penalizado com advertência, tendo a própria administração concluído que ele, referindo-se ao negligente professor, "... não exerceu com zelo e dedicação as atribuições do cargo porquanto não foi providente ao ausentar-se da sala quando seus alunos manuseavam instrumentos perfurantes [...].

3. Não há dúvida quanto à responsabilidade do Distrito Federal pelos danos causados ao autor, pois houve o descumprimento de um dever preestabelecido de guarda e vigilância do agente público, que se ausentou da sala de aula, deixando os alunos sozinhos e na posse de instrumentos com potencial risco de acidentes, o que, por si só, já demandaria maior cuidado por parte do professor.

4. Sobre a responsabilidade do Estado na omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem, objetivamente, pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 4.1. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público funda-se no risco administrativo

> motivo por que dispensa a prova da culpa do agente público. 4.2. O agente público tinha o dever de agir para evitar o resultado. Houve um descumprimento de um dever preestabelecido de guarda e vigilância, pois o Estado assumiu a responsabilidade física e psíquica dos alunos da instituição de ensino [...]. (DISTRITO FEDERAL. TJDFT, 2017, p. 253/279)

Percebe-se nesse acórdão a perfeita interpretação dos preceitos de responsabilidade abordados nos capítulos anteriores, com aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado perante menor absolutamente incapaz que tenha sofrido dano enquanto sob tutela do preposto estatal.

No segundo caso citado, um menor de apenas 13 anos de idade, foi agredido por dois transeuntes desconhecidos durante um passeio à local público (Ermida Dom Bosco), agressão essa de violência tamanha que levou o menor a sofrer convulsões após receber pontapés na cabeça, além de ter a perda de um dente e a fratura de outros dois. Novamente o representante do Distrito Federal tentou atribuir ao menor agredido a responsabilidade pelos danos sofridos, como se este tivesse provocado a ira dos desconhecidos, querendo enfatizar dessa forma uma possível má-índole do menor. Mesmo que assim o fosse, cabe aos educadores o dever de zelar pela segurança das crianças que participavam do passeio, mantendo-os em grupo coeso, aos olhos e alcance dos adultos responsáveis, de forma a evitar tais agressões.

O menor e sua genitora buscaram indenização moral e material diante dos fatos ocorridos, porém, o magistrado prolatou decisão contrária, como se observa a seguir, em trechos retirados da sentença:

> Sentença
>
> RELATÓRIO (ART. 489, I, CPC)
>
> Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por MARCOS AURÉLIO OLIVEIRA DOS SANTOS

e sua genitora, MÁRCIA DE OLIVEIRA, em face do DISTRITO FEDERAL, por meio da qual pleiteiam a condenação deste ao pagamento da quantia de R$ 770,00 (setecentos e setenta reais), acumulados com os gastos que ainda terão, a título de danos materiais, e da quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a cada um dos demandantes, a título de danos morais. Narram os autores que o primeiro demandante é aluno do Centro de Orientação Socioeducativo e que, no dia 24 de julho de 2015, participou de um passeio na Ermida Dom Bosco, junto com educadores e outras trinta e cinco crianças. Relatam que, no episódio, enquanto o grupo se preparava para ir embora, a caminho do ônibus, vinham, em sentido contrário, dois indivíduos desconhecidos, os quais agrediram o primeiro autor com chutes e pontapés no rosto e na cabeça, o que acarretou a este a perda de três dentes, cortes na cabeça e no rosto, bem como convulsão. Ressaltam que, após o ocorrido, o primeiro autor foi encaminhado ao Hospital de Base, onde recebeu atendimento, e que os educadores entraram em contato com a segunda demandante, mãe do primeiro demandante. Elucidam que, ainda no hospital, a segunda demandante se encontrou com o primeiro demandante, o qual se encontrava machucado, ensangüentado, com dentes quebrados e visivelmente abalado. Ainda, afirmam que o primeiro demandante está sem alguns dentes, com dificuldades para se alimentar e sofrendo bullying na escola.[...]

Conforme assentadas de fls. 56 e 57, as tentativas de conciliação restaram infrutíferas.

Devidamente citado (fl. 54), o réu apresentou contestação às fls. 58/65. Na referida resposta o réu alega que a agressão somente ocorreu em virtude da conduta do primeiro autor que provocou com xingamentos os indivíduos que o agrediram e que não houve dolo, nem culpa no dever de guarda e vigilância dos professores, mas culpa exclusiva do primeiro autor ao criar a situação de risco par si mesmo, agredindo com palavras pessoas desconhecidas e se sujeitando a agressões físicas imediatamente empreendidas, sem que pudessem ser evitadas. Sustenta, também, que, ausente o nexo de causalidade, não se pode falar em danos materiais e morais sofridos pelos autores, sequer demonstrados [...]

FUNDAMENTAÇÃO (ART. 489, II, CPC)

[...] Em que pese o demandante sustentar que a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva seja objetiva, o posicionamento deste Tribunal e de Tribunais Superiores é distinto [...]

Portanto, ainda que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal preveja que as pessoas jurídicas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, nos casos de danos decorrentes de conduta omissiva estatal, o entendimento que prevalece é o de que a Fazenda Pública será responsabilizada subjetivamente. Sendo, dessa maneira, imprescindível a demonstração de culpa lato sensu do ente estatal a ensejar o dever deste de reparar o dano que lhe incumbia evitar, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público (Teoria da Falta do Serviço ou da Culpa Anônima).

No caso em apreço, os autores, a quem lhes incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos de seus direito, de acordo com o artigo 373, I, do Código de Processo Civil, não lograram êxito em demonstrar que os educadores que acompanhavam o evento deixaram de observar as atribuições que lhe cabiam. Assim, não é possível concluir que os agentes públicos foram os responsáveis pela agressão sofrida pelo primeiro demandante.

Pelos fatos narrados nos autos, verifica-se que os educadores estavam acompanhando as crianças e os adolescentes alunos do Centro de Orientação Socioeducativa durante o passeio e, inclusive, quando as agressões ocorreram. Todavia, ainda que próximos ao primeiro demandante e aos agressores, os educadores não tiveram a aptidão de evitar que aquele fosse lesionado.

Mesmo que demandante tenha se ferido pela agressão de dois indivíduos desconhecidos, não se pode atribuir a responsabilidade do ocorrido aos educadores que tomavam as cautelas necessárias para garantir a integridade das crianças e adolescentes que estavam sob suas guarda, tendo em vista que não foram negligentes.

Outrossim, é importante salientar que, ainda que se adote a Teria do Risco Administrativo no sistema jurídico brasileiro e se considere que a responsabilidade do demandado é objetiva, são admitidas excludentes de responsabilidade, as quais

afastam o dever de indenizar, uma vez verificada a ausência de nexo de causalidade entre a conduta que se aponta como causado do dano e o dano.

No presente feito, o autor ressalta que houve o descumprimento de um dever de guarda preestabelecido de guarda e vigilância e tal fator foi determinante para a ocorrência do resultado danoso. Contudo, pelos elementos coligidos aos autos, nota-se que a conduta dos educadores não foi a que culminou na agressão do primeiro demandante. É incontroverso que as agressões sofridas pelo primeiro demandante partiram exclusivamente dos indivíduos desconhecidos. Dessa maneira, depreende-se que esses dois indivíduos são os responsáveis pelas agressões suportadas pelo primeiro autor e não os educadores, que buscaram garantir a integridade física do adolescente e levá-lo ao hospital. Portanto, deve-se considerar que as lesões foram decorrentes do comportamento agressivo dos indivíduos desconhecidos, o que se configura culpa exclusiva de terceiros.

Ainda, não se pode excluir a hipótese de que o primeiro autor tenha provocado os dois indivíduos inicialmente. Nesse caso, deve-se considerar que as lesões decorreram da própria ação do primeiro autor, configurando-se, assim, culpa exclusiva da vítima. [...]

Dessa forma, ante a ausência dos pressupostos fáticos e jurídicos que legitimem a responsabilização do demandado, seja pela falta de negligência do réu, caso se considere subjetiva a responsabilidade do Estado por condutas omissivas, seja pela falta de nexo causal entre a conduta do Estado e os danos suportados pelos réus, ou seja, pela não demonstração dos danos, não há de se acolher o pleito condenatório formulado pelos autores.

DISPOSITIVO (ART. 458, III, CPC)

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pleito autoral e, assim, declaro resolvido o mérito da demanda com base no artigo 487, inciso I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, e § 4º, inciso I, do Código de Processo Civil. Ressalto que a exigibilidade de tais verbas deverá ficar suspensa nos termos do artigo 98, §3º,

> do CPC, uma vez que defiro aos autores os benefícios da gratuidade de justiça.
>
> [...]
> Brasília - DF, segunda-feira, 18/06/2018 às 15h56. Germano Crisóstomo Frazão
>
> Juiz de Direito (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Percebe-se nesse acórdão uma interpretação diferente da postulada no atual Código Civil quanto à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que foi possível o juiz interpretar que um menor absolutamente incapaz pode ter culpa e, diante disso, arcar com as consequências de seus atos, mesmo estando sob o dever de vigilância dos educadores (prepostos estatais).

Sendo assim, resta-nos buscar respaldo em outra teoria como forma de minimizar ao menor e seus familiares os prejuízos materiais sofridos, uma vez que os prejuízos emocionais são de mais difícil mensuração.

5.2 Da teoria da responsabilidade pressuposta

Diante da nova forma de se pensar a responsabilidade civil do Estado, surge o conceito de Responsabilidade Pressuposta, desenvolvido por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, onde propõe a visualização de horizontes além da discussão da culpa (responsabilidade subjetiva) ou da existência de riscos (responsabilidade objetiva), valorizando antes de qualquer coisa e em primeiro lugar, a indenização das vítimas, para depois verificar, em um segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade.

A responsabilidade do Estado, por atos inoperantes de seus agentes, os quais não se preocupam com a segurança em sentido amplo ou estrito, deve ser objetiva, sendo dessa forma pressuposta, uma vez que as vítimas devem primeiro ser reparadas, para depois se investigar quem é o culpado. (TARTUCE, 2018). Trata-se



da pressuposição da responsabilidade de quem, com sua atividade, expõe terceiros a risco (*mise en danger*), devendo assim indenizá-la, independente da culpa. O foco está na indenização da vítima e em segundo plano o reembolso pelo culpado ou criador da situação de risco.

A Teoria da Responsabilidade Pressuposta demonstra um salto no entendimento da Responsabilidade Civil.

Nas palavras da autora:

> Segundo a nossa visão, e a partir da incansável reflexão acerca do assunto, até aqui, uma *mise en danger* otimizada tenderia a corresponder ao que chamamos de responsabilidade pressuposta e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as subespécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente).
>
> Portanto, a partir desta compreensão do que se idealiza quanto a uma *mise en danger*, provavelmente seria possível retratar o critério buscado para lhe conferir o status de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de

> uma atividade; 4) estabelecido o nexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (*tout court*); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, à face de provas liberatórias (assemelhadas às contraprovas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria. (HIRONAKA, 2005, p.30).

Apesar da Teoria da Responsabilidade Pressuposta encontrar maior aceitação na seara trabalhista, o atual estágio de constitucionalismo, onde o instituto da responsabilidade civil vem sofrendo releituras a fim de concretizar o valor social inscrito na Constituição Federal (art. 3º, I e III) e da justa repartição dos custos sociais, acredita-se que a Teoria da Responsabilidade Pressuposta venha em breve encontrar maior aceitação no ambiente cível.

Com relação à sentença prolatada pelo juízo no segundo caso citado (jovem agredido por dois transeuntes), percebe-se um distanciamento do magistrado com relação à Teoria da Responsabilidade Pressuposta, ignorando qualquer atendimento às necessidades da vítima, compreendendo que não houve descuido ou falta de vigilância por parte do preposto estatal.

Resta apenas indagar: uma agressão de tamanha magnitude, com ferimentos tão graves, não foi percebida por nenhum responsável pelos jovens que faziam o passeio? Ninguém viu, ninguém ouviu? Onde estavam? Se isto não caracteriza ausência de vigilância, o que caracterizaria?

São questionamentos que reverberam na mente dos que menos podem, gerando insegurança e desconfiança da real possibilidade de alcançar um mínimo de justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, observamos que a responsabilidade do Estado perante acidentes ocorridos com menores absolutamente incapazes ainda recai na compreensão particular dos magistrados. Por mais que no Código Civil de 2002 reste pacificada a linha adotada predominantemente objetiva, cabem interpretações em sentido diverso.

Sendo assim, a fim de resolver a problemática apresentada no início desse trabalho acerca da responsabilização civil objetiva do Estado perante o dever de vigilância de menores absolutamente incapazes, avaliamos minuciosamente a perspectiva jurisprudencial e os institutos preconizados pelo Código Civil de 2002.

Analisamos, primeiramente, a questão da personalidade e da capacidade, diferenciando-as e estabelecendo seu processo evolutivo para alcançar a compreensão hoje aceita desses conceitos. Constatamos dessa análise que a personalidade é adquirida com o nascimento de um feto viável, apto para a vida, sem a falta de órgãos essenciais. Em conexão à esse conceito, o Código Civil de 2002 definiu os parâmetros da capacidade civil, estabelecendo a idade de 16 anos como limítrofe para classificar um menor como absolutamente incapaz, necessitando de representação na vida jurídica por seus pais ou tutores, para a concretização de seus atos civis.

Sucessivamente, percorremos o trajeto histórico da definição de responsabilidade civil, abordando a questão da imputabilidade, enquanto livre-

determinação de vontade do agente, e da responsabilidade subjetiva, sendo o comportamento do agente o fator etiológico da reparação do dano. Como questão central da temática deste trabalho, foi necessário estabelecer o entendimento doutrinário sobre a responsabilidade objetiva, bem como a compreensão do vem a ser o dano ou prejuízo.

Dito isso, concentramos nossa atenção em responsabilidades mais específicas, delineando o conceito de responsabilidade dos pais, da escola e do Estado perante menores absolutamente incapazes que estejam sob sua guarda e vigilância.

Por derradeiro, focamos na exemplificação fática dos entendimentos jurisprudenciais, restringindo à realidade vivenciada no Distrito Federal bem como a busca de uma solução para melhor atender a necessidade das vítimas, através da teoria da responsabilidade pressuposta.

Diante disso, espera-se que o tema provoque a seara cível no entendimento que o ressarcimento da vítima, principalmente em se tratando de menores absolutamente incapazes, deva ser priorizado, independente da investigação de quem é o culpado. Bastaria respeitar a previsão do art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, onde o Estado deve responder pelos danos que seus prepostos causarem a terceiros, enquanto estes estiverem sob seu dever de vigilância.

Ao final, percebe-se que decisões monocráticas podem desconsiderar esses parâmetros legais e doutrinários, gerando grande insegurança jurídica aos que necessitarem desse meio para garantir o mínimo de reparação da justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Fazenda Pública do Distrito Federal (5. Vara). Processo nº 2015.01.1.096190-2. Direito Processo Civil e Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Prestação do Serviço Público. Falha não configurada. Nexo de causalidade rompido. Dever de indenizar inexistente. Sentença mantida. Requerente: Marcos Aurélio Oliveira dos Santos e outros. Requerido: DF Distrito Federal. Juiz de Direito: Germano Crisóstomo Frazão, 18 de junho de 2018. Disponível em: http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=236&CDNUPROC=20150110961902. Acesso em: 16 jul. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma). Acórdão 1064868. Constitucional, Administrativo, Civil e Processual Civil. Apelação. Indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Pensão mensal. Ressarcimento de despesas médicas. Acidente em escola pública. Aluno atingido no olho direito por uma flecha. Professor ausente. Professor punido com pena de advertência. Nexo de causalidade. Responsabilidade civil do Estado. Conduta omissiva. Teoria do risco administrativo. Valor da indenização. Razoabilidade. Recursos improvidos. Relator: João Egmont, 29 de novembro de 2017. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.

apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1064868. Acesso em: 8 jun. 2018.

FERNANDES, Alexandre Cortez. Direito civil: responsabilidade civil. Caxias do Sul: Educs, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 30.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça federal. Jornada de Direito Civil: Enunciado Nº 138, 3., Brasília, DF, [última modificação] 18 jan. 2016. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view. Acesso em: 8 jun. 2018.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 11.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6. Câmara Cível). Embargos Infringentes. Embargos Infringentes em Apelação Civil do Estado. Art. 37 §6º da CF. Tiroteio. Vítima atingida por bala perdida. Confronto entre policiais militares e traficantes, resultando na amputação da perna direita da autora. Comprovação do fato, do dano e do nexo de causalidade. Danos morais fixados em R$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais). Manutenção do acórdão pelos próprios e judiciosos fundamentos. Conhecimento dos recursos para negar provimento. Embargante: Estado do Rio de Janeiro. Embargado: Sebastiana Celia Pereira da Silva. Relator: Des. Siro Darlan de Oliveira. 21 de fevereiro de 2006. Disponível em:

http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200500500486. Acesso em: 29 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1. Câmara Cível). Embargos Infringentes. Embargos de declaração Não há no acórdão, pontos obscuros, duvidosos, contraditórios ou omissos, sendo indisfarçável o propósito do embargante de requestionar matéria clara e explicitamente dirimida no julgado. A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, exige a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano. Improvimento do Recurso. Autor: Estado do Rio de Janeiro. Réu: Matuzalem Alves. Relator: Des. José Carlos Maldonado de Carvalho. 19 de junho de 2007. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600500292. Acesso em: 29 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA LEI Nº 11.101/2005 EM CONTRAPARTIDA COM O PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018 QUE A ALTERA COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO

Julliana Évelin de Souza Carvalho

RESUMO

A presente monografia seguiu a linha dogmática de estudo do direito nacional privado, mais especificamente o direito empresarial, ao realizar uma análise – partindo de uma lógica universal – da lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falência (Lei nº 11.101/2005), de maneira especial acerca do instituto de recuperação judicial. O enfoque principal foi trazer uma linha crítica, com referência a diversos livros, artigos e publicações acerca do assunto, sobre os resultados alcançados nesses 14 anos de vigência. Com uma abordagem comparativa, os resultados apresentados mantiveram conexão aos alcançados pela lei de recuperação judicial americana – *chapter 11* –, a qual serviu de base para criação da Lei nº 11.101/2005. De modo conclusivo, foi realizada análise do Projeto de Lei nº 10.220, apresentado em maio de 2018 pelo Poder Executivo, demonstrando, através de pontos específicos, as principais alterações propostas ao instituo de recuperação judicial e, por uma análise a partir de um ponto de vista universal – ainda sem muitos estudos aprofundados ou casos concretos – foram trazidos comentários dos possíveis reflexos caso o projeto em análise seja aprovado e entre em vigor. Além disso, buscou-se trazer uma visão de proteção às empresas em crise ou em eminência, de maneira a possibilitar um cenário propício ao êxito. Por fim, concluiu-se que o grande enfoque do projeto de lei em análise é: (i) a questão fiscal; e (ii) a modernização do processo de recuperação judicial. Contudo, ouve omissão quanto aos tópicos que beneficiariam aquelas empresas que buscam o instituto de recuperação judicial, principalmente, que atingiria grandes credores, como os bancos e a Fazenda Nacional.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Projeto de Lei nº 10.220. Alterações legislativas. Efetividade do instituto de recuperação judicial.

INTRODUÇÃO

O assunto a ser abordado se refere especificamente ao instituto de recuperação judicial, positivado na Lei nº 11.101/2005, a partir do estudo acerca de sua efetividade com base nos resultados acerca das empresas que alcançaram sua recuperação por meio do instituto judicial. O referido instituto tem como objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira para as empresas que a enfrentam ou estão em eminência de enfrentá-la. Em se tratando de um instituto importantíssimo, principalmente para empresas que estão em um país em crise, como o Brasil, o alcance de êxito na recuperação judicial reflete diretamente na economia brasileira.

Em busca pela análise da efetividade da lei em referência e seu reflexo no cenário econômico brasileira, o estudo da matéria se delimitou a uma pesquisa crítica acerca das especificidades do instituto e os possíveis fatores geradores dos seus resultados negativos, negatividade reafirmada quando comparados os resultados entre a lei de recuperação judicial brasileira e o *chapter 11*. Em 14 anos de vigência, trata-se de uma lei pouco alterada, principalmente em comparação ao contexto em que a lei foi criada, o cenário legislativo brasileiro, em que comumente as leis sofrem diversas alterações. Com isso, de maneira complementar ao estudo-crítico realizado, foi analisado um importante projeto de lei – PL nº 10.220/2018 – apresentado pelo presidente a época, Michel Temer.

Com o intuito de visualizar os pontos positivos e negativos trazidos a partir do projeto de lei em referência, foram considerados pontos específicos acerca do instituto, tanto na análise da Lei nº 11.101/2005, quanto do PL nº 10.220/2018, de

maneira a seguir a mesma linha dos pontos mais importantes na recuperação judicial que forem apresentados ao longo da presente monografia – a qual tem como objetivo a conclusão quanto ao referido projeto de lei e seus reflexos benéficos ou prejudiciais às empresas submetidas ao instituto quanto à viabilidade do alcance do êxito pretendido na recuperação judicial e qual é o foco principal do projeto de lei.

A presente monografia foi dividida em três tópicos principais. Em um primeiro momento foi realizada uma análise geral de todo o processo e estrutura do instituto de recuperação judicial, além dos pontos estruturais principais, foram trazidas as características, de maneira que o leitor se tornasse íntimo das peculiaridades do instituto em análise. Em um segundo momento foi realizada análise dos resultados da recuperação judicial no Brasil, além disso, foram apresentados tópicos críticos de dificultadores estruturais da recuperação judicial. E, por último, foi realizada a análise do PL nº 10.220/2018, em contrapartida com os tópicos estruturais, composta por um apontamento das principais alterações.

Alguns questionamentos foram levantados para se chegar ao presente tema, como: "Quais alterações a estrutura da recuperação judicial precisa sofrer para alcançar resultados de êxito?", "O instituto de Recuperação Judicial é efetivo?" e "O projeto de lei nº 10.220/2018 agregaria de maneira positiva a Lei nº 11/101/2005?". A relevância dessa pesquisa contribui, diretamente, para os estudos e mudanças de estratégias que auxiliarão na fixação de conhecimento acerca do conteúdo presente e, futuramente, na hipótese do projeto de lei ser aprovado, no conhecimento acerca das novas mudanças. Caso contrário, o estudo serve como base crítica para possíveis mudanças a serem realizadas na lei de recuperação judicial.

Através de estudiosos da área, como Marlon Tomazette e Fábio Ulhoa Coelho, o presente trabalho será realizado e o alcance de uma excelente análise será

possível. De maneira que aqueles que venham a ler o presente projeto o adeque conforme suas necessidades de aprendizado, se tornando uma fonte positiva de conteúdo.

1 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo será realizada uma análise acerca da lei de falência, recuperação judicial e extrajudicial, em suas especificidades acerca do instituto da recuperação judicial. A Lei nº 11.101/2005 entrou em vigência em 08 de junho de 2005, após cerca de 11 anos de tramitação legislativa, trazendo consigo inúmeras inovações ao direito. Foram alterados conceitos e termos jurídicos, foi extinta a concordata e a continuação dos negócios da empresa falida, como era previsto no Decreto Lei nº 7.661/1945 – que foi revogado[1].

A Recuperação Judicial se apresenta como um conjunto de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, com viés de possibilitar a melhor oportunidade de reestruturação e aproveitamento da capacidade produtiva da empresa em crise, de maneira a alcançar uma rentabilidade autossustentável. Com isso, objetiva-se a superação da crise em eminência ou existente, consequentemente, permitindo a manutenção: (i) da empresa como fonte produtora; (ii) dos empregos; e (iii) dos interesses dos credores[2].

1.1 Requisitos e objetivos legais

[1] SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 125.

[2] CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 235. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=V9ViDwAAQBAJ&lpg=PT3&ots=xbmxxfJ73f&dq=recupera%C3%A7%C3%A3%20judicial%20&lr&hl=pt-BR&pg=PT1#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 30 out. 2018.

O principal assunto a ser analisado acerca do instituto da Recuperação Judicial, antes de iniciar uma análise crítica sobre os pontos negativos do instituto em referência e o Projeto de Lei 10.220/2018[3] - que vêm de encontro à sua melhoria - é sua própria estrutura em seus requisitos, objetivos, princípios, preceitos e atributos.

O art. 48, da Lei nº 11.101/2005[4], prevê 5 (cinco) requisitos específicos para ser requerida a Recuperação Judicial. O primeiro vislumbra o instituto como uma benesse concedida às empresas que exerçam suas atividades de maneira regular, pelo tempo mínimo de exercício de mais de 2 (dois) anos.

Os outros 4 (quatro) requisitos estão relacionados ao histórico de atuações e intervenções realizadas na prática empresarial da requerente, são eles: (i) não ser falido; (ii) não ter obtido a concessão da Recuperação Judicial há menos de 5 (cinco) anos; (iii) não ter obtido concessão de Recuperação Judicial em plano especial há menos de 8 (oito) anos; e (iv) não ter sido condenada, ou não ter como administrador ou sócio controlador pessoa condenada à crime falimentar.

[3]CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927. Acesso em: 28 mar. 2019.

[4] Art. 48. Poderá requerer Recuperação Judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial; III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta lei. §1º A Recuperação Judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. §2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. *(Destaque acrescentado).*

O objetivo do instituto de Recuperação Judicial é superar uma crise[5] existente ou um risco iminente de crise[6]. O art. 47, da referida lei[7] indica os principais propósitos do instituto, que além da superação de crise, estão presentes objetivos peculiares e correlatos: (i) manutenção da atividade empresarial como fonte produtora; (ii) continuidade dos empregos dos trabalhadores; (iii) proteção: (a) dos interesses dos credores; e (b) do Princípio da Função Social da Empresa; e (iv) estímulo à atividade econômica.

Aqui, cabe ressalva ao Princípio da Função Social da Empresa, tratado por Waldo Fazzio[8] como mandamento constitucional, previsto na Constituição Federal, pelo art. 5º, em seus incisos XXII[9] e XXIII[10], de maneira complementar. A função

[5] Fábio Ulhoa tem uma visão consequencial da crise de uma empresa, como um fenômeno que não apenas atinge a pessoa jurídica que passa por dificuldades, mas também todos os empreendedores e investidores, além de significar o fim de postos de trabalho, o desabastecimento de produtos e serviços e a diminuição na arrecadação de impostos (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Empresarial, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251. v. 3.).

[6] Nesse sentido, Marlon Tomazette assenta que: "Pelos contornos da Recuperação Judicial, fica claro que seu objetivo final é a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente. Embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa". (TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 47. v. 3).

[7] Art. 47. A Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

[8] FAZZIO, Waldo Junior. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

[9] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasiLeiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade. *(Destaque acrescentado).*

[10] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasiLeiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

social é uma condicionante de finalidade da atividade empresarial, que não deve ser desenvolvida apenas para proveito próprio do titular, além disso, a preservação da função social da atividade, servirá como base nas tomadas de decisões na Recuperação Judicial[11].

Além do cumprimento de todos os requisitos previstos, há que se observar a viabilidade da concessão do instituto àquela empresa requerente, considerando que se trata de um instituto caro, arcado pela sociedade, portanto, não é qualquer empresa que merece a concessão, tampouco, não é qualquer crise que será superada e alcançará os objetivos do instituto[12].

Há um comportamento mínimo que deve ser exigido de uma empresa que busca a Recuperação Judicial, como a geração de empregos e receitas fiscais, produção de riquezas, bens e serviços. Não é recomendado que uma empresa que usufrua do benefício de superação da crise, não busque preservar o emprego de seus colaboradores, demitindo-os de maneira injustificada ou, até mesmo, que deixe de produzir ou recolher tributos. A conduta da empresa em recuperação deve ser justificativa para o dispêndio de energia e capital social, consequência da atuação estatal ao auxiliar na superação da crise empresarial[13].

---

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. *(Destaque acrescentado).*

[11] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51. v. 3.

[12] Acerca desse assunto, Fábio Ulhoa tem a seguintes perspectiva: "Como é a sociedade brasiLeira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas" (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 412.).

[13] COSTA, Daniel Carnio. Recuperação Judicial deve ocorrer de forma ética e adequada. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 24.11.2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/daniel-costa-recuperacao-judicial-ocorrer-forma-etica-adequada. Acesso em: 13 out. 2018.

A Lei Reguladora da Recuperação Judicial, em seu art. 2º[14], estabelece ressalvas quanto à sua aplicabilidade, são elas: (i) empresa pública e sociedade de economia mista; e (ii) instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Esses também podem ser considerados como requisitos, entretanto como requisitos negativos.Concluída a análise dos requisitos e objetivos, os quais são expostos a partir de uma construção legal dada pela própria lei de recuperação judicial e falência - LRF. Passa-se ao estudo da estrutura da Recuperação Judicial e a série de atos que a compõe.

1.2 Pedido e deferimento

Com a promulgação da Lei nº 11.101/2005, originou-se o instituto da Recuperação Judicial. Em seu art. 1º[15] é estabelecido seu limite regulatório, que além do presente instituto estudado, Recuperação Judicial, abrange a Recuperação Extrajudicial e a Falência.

Esta Lei prevê uma série de atos, que sob a supervisão do judiciário, são praticados com o propósito de reestruturar e manter em funcionamento a empresa que passa por um momento marcado por dificuldades financeiras. Não será o judiciário o incumbido pela reformulação das atividades empresariais daquela empresa que está em recessão, ele apenas supervisiona a legalidade e rege o

[14] Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

[15] Art. 1º Esta Lei disciplina a Recuperação Judicial, a Recuperação Extrajudicial e a Falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

procedimento adotado pelo empresário, que deverá seguir às previsões legais, proporcionando a viabilidade da recuperação da empresa[16].

Dentro do procedimento de Recuperação Judicial, a análise da série de atos supracitados, inicia-se pelo pedido, que de praxe é realizado pelo empresário ou sócios devedores, entretanto, na ausência destes, o §1º, do art. 48, da Lei n° 11.101/2005[17], prevê os possíveis substitutos legais, são eles: (i) cônjuge; (ii) herdeiros do devedor; (iii) inventariante; e/ou (iv) sócio remanescente.

O pedido de Recuperação Judicial, em observação ao Princípio da Inércia Jurisdicional[18], é considerado como ato de provocação do judiciário, realizado por meio de uma Petição Inicial[19]. O art. 51, da LRF[20] estabelece uma sequência de

[16] PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. Revista Direito GV, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 153, jan. 2006. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219/34019. Acesso em: 14 out. 2018.

[17] Art. 48. Poderá requerer Recuperação Judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial; III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta lei. §1º A Recuperação Judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. §2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente. *(Destaque acrescentado).*

[18] Nesse sentido, conferir o artigo "Artigos 2 º e 3 º do CPC: Inércia e inafastabilidade da jurisdição". Disponível em: https://www.migalhas.com.br/CPCMarcado/128,MI297500,21048-Artigos+2+e+3+do+CPC+Inercia+e+inafastabilidade+da+jurisdicao. Acesso em: 26 mar. 2019.

[19] Tomazette, em sua obra, realiza uma análise dos requisitos da inicial, aplicando as regras processuais cíveis as ideias e objetivos da Recuperação Judicial, devendo atender os requisitos estabelecidos no art. 319, do CPC, como toda exordial. Os requisitos estruturais, que devem estar presentes no texto da inicial, são: (i) indicação do juízo competente; (ii) qualificação das partes; (iii) causa de pedir; (iv) pedido; (v) valor da causa; (vi) provas; e (vii) a opção pela realização ou não da audiência de conciliação e mediação. A inicial deverá ser endereçada ao juízo competente, as partes deverão estar qualificadas - sendo o autor como o próprio devedor e, por mais que não haja réu, é necessária a qualificação dos devedores, podendo ser na inicial ou em documento separado. A causa de pedir, dividida entre fatos e

elementos que devem constar na inicial, sob pena de indeferimento do pedido de recuperação.

---

fundamentos jurídicos - que na recuperação a causa é a viabilidade da empresa requerente que passa por crise e os fundamentos jurídicos se embasam na no benefício estatal jurídico de Recuperação Judicial, propiciando a superação da crise.Além disso, deve constar o pedido, que seria sentença de deferimento do pedido de Recuperação Judicial e a consequente recuperação. Será necessário estipular o valor da causa, que será determinado após avaliação dos pedidos. Há ainda as provas, que não se aplica, tendo em vista que não cabe dilação probatório - devendo a inicial ser instruída por todas as provas documentais necessárias ao processamento da recuperação; e, a audiência de conciliação e mediação não é realizada no processo recuperacional (TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 76. v. 3.).

[20] Art. 51. A petição inicial de Recuperação Judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes. *(Destaque acrescentado).*

O inciso I, do referido artigo, prevê como tópico instrutivo da inicial, a exposição das causas que levaram àquela situação de dificuldade financeira ao devedor e quais as razões geradoras da crise econômica[21]. Dessa maneira, as causas da situação patrimonial do devedor e as explicações para a presente crise, devem ser detalhadas, com apontes concretos da origem e motivação do estado crítico do financeiro da empresa. As alegações não devem se restringir a considerações sem fundamentos ou comprovação, mas sim, uma narrativa dos fatos e ocorridos geradores da recessão e instabilidade temporária nas finanças da empresa. De modo que, possibilite uma visão de quais as providências poderão ser tomadas, com o objetivo da não concretização da Falência empresarial[22].

Também se faz necessária, conforme o inciso II, uma demonstração dos documentos contábeis que comprovem os 3 (três) últimos exercícios sociais e o levantamento de demonstrações com objetivo específico de instrução do pedido de Recuperação Judicial, sendo eles: (i) balanço patrimonial; (ii) demonstração de resultados acumulados; (iii) demonstração do resultado desde o último exercício social; e (iv) relatório gerencial do fluxo de caixa e sua projeção.

Por fim, os incisos III ao IX, dispõe a obrigatoriedade da instrução da inicial composta por: (i) uma relação nominal completa dos credores, indicando a natureza, classificação e o valor atualizado do crédito; (ii) relação integral dos empregados, de modo a constar as funções, salários, indenizações e todas as parcelas as quais têm direito, com discriminação dos valores pendentes de pagamento; (iii) certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, ato constitutivo

[21] Acerca do assunto, indica-se a leitura do artigo "O que é crise econômica?" Disponível em: https://www.politize.com.br/crise-economica-o-que-e/. Acesso em: 02 mar. 2019.

[22] PACHECO, J. Da S. Processo de recuperação fudicial, extrajudicial e falência, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 186.

atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; (iv) relação dos bens particulares dos sócios controladores e administradores da empresa devedora; (v) extratos bancários atualizados, constando todas as eventuais aplicações financeiras ou em bolsas de valores; (vi) certidões cartorárias de protestos; e (vii) relação de todas as ações judiciais em que o devedor figure como parte, com a estimativa dos valores demandados.

O juiz irá analisar se os requisitos impostos pelo art. 51 foram cumpridos, em caso de negativa, o devedor será chamado para emendar sua inicial, como previsto pelo art. 321, do CPC[23] (aplicável no processo de Recuperação Judicial pelos termos do art. 189, da Lei nº 11.101/2005[24]). Na hipótese de que o prazo de emenda decorra, sem que as irregularidades tenham sido sanadas, será o caso de indeferimento do processamento da recuperação.

Cumpridos os requisitos de instrução da inicial, o juiz, conforme o art. 52[25], deferirá o processamento e no mesmo ato: (i) nomeará o administrador judicial; (ii)

[23] Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

[24] Art. 189. Aplica-se a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta lei.

[25] Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta lei; II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta lei; III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta lei; IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento. § 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para

determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, salvo quando se tratar de contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefício ou incentivos fiscais ou creditícios; (iii) suspenderá todas as ações ou execuções contra o devedor; (iv) determinará a apresentação mensal de contas demonstrativas, enquanto perdurar o processo de Recuperação Judicial; (v) intimará o Ministério Público e comunicará as Fazendas Públicas de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento; e (vi) determinará a expedição de edital, que será publicado em órgão oficial, contendo: (a) o resumo do pedido e da decisão de deferimento; (b) a relação nominal de credores, com os valores dos créditos discriminados e atualizados, além de classificados; e (c) uma advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, para que os credores apresentem suas objeções ao plano de recuperação.

A decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial gera efeitos e um deles é a suspensão das ações e execuções individuais em face do devedor. Essa suspensão tem o objetivo de trazer uma tranquilidade maior para a empresa enquanto elabora seu plano de recuperação judicial, em busca do fôlego necessário para viabilizar o alcance da reorganização da empresa[26]

publicação no órgão oficial, que conterá: I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta lei. § 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta lei. § 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes. § 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores.

[26] SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 176.

Quanto à suspensão[27] das ações e execuções contra o devedor, são ressalvadas: (i) as demandas que tratam de quantia ilíquida; (ii) as ações de natureza trabalhista até a apuração do crédito; (iii) as execuções de natureza fiscal; (iv) as demandas em que os credores são: (a) proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis; (b) proprietários de arrendamento mercantil; e (c) os promitentes vendedores de imóvel, cujo contrato contém cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade; e (v) as ações em que encontram-se credores de adiantamento de contrato de câmbio. As suspensões das ações e execuções são temporárias, seu efeito será cessado quando um dos seguintes fatos ocorrer primeiro: o plano de recuperação for aprovado ou decorrer o prazo de 180 dias[28].

O referido art. 52, além de prevê o deferimento e os atos do juiz ao deferir o processamento da Recuperação Judicial. No seu § 4º, estabelece condição para desistência do pedido de Recuperação Judicial, que só poderá ser homologado caso obtenha aprovação na assembleia-geral de credores, salvo essa hipótese, o devedor não pode desistir do seu pedido.

1.3 Órgãos da Recuperação Judicial

[27] Tomazette trata essa suspensão como um fôlego dado ao devedor e uma forma de resguardar a atuação dos juízes, tendo em vista que a recuperação poderá alterar as condições das obrigações do devedor. Além disso, a suspensão impede a quebra de igualdade entre os credores, pois, sem a suspensão, alguns credores poderiam receber o valor do seu crédito e outros não, sem respeitar também a prioridade entre eles. Impedido o tratamento desigual, os credores formam uma massa e se manifestarão de forma conjunta. (TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 94. v. 3).

[28] COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 424.

A Recuperação Judicial é composta por três órgãos específicos: o administrador judicial, a assembleia geral de credores e o comitê[29]. Ao uma empresa requerer a recuperação judicial, entende-se que ela reconhece passar por um momento de crise e de dificuldade de pagar suas dívidas. Com isso, é deferida a concessão das benesses da recuperação judicial e a atuação da empresa em recuperação é fiscalizada pelo administrador judicial[30]. Passemos então a análise do administrador judicial em suas principais características e peculiaridades:

1.3.1 Administrador Judicial

O administrador judicial, que não deve ser confundido com o gestor judicial, nomeado pelo magistrado no ato de admissão da Recuperação Judicial, que conforme o art. 21[31], combinado com o art. 52, inciso I, deverá ser escolhido mediante seleção de profissionais idôneos, preferencialmente entre advogados, economistas, administradores de empresa, contadores ou pessoas jurídicas especializadas. O administrador se trata de profissional indispensável para o sucesso do instituto. E para que a recuperação tenha êxito, é necessário que o profissional seja de confiança do juízo, com notável conhecimento sobre o assunto e uma formação que possibilite o desempenho do ofício, diante das atribuições essenciais estabelecidas pelos artigos 22 e seguintes. O mais adequado é que os Tribunais

[29] COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 414.

[30] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 254. v. 3.

[31] Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

disponham de uma lista organizada de administradores judiciais, disponíveis ao público[32].

O administrador judicial, como discorrido, é o auxiliar do juiz, não devendo estar associado ao devedor, tampouco aos credores, com dever de manter a imparcialidade, o ponto neutro nas relações. Sua atuação reflete diretamente no sucesso do instituto, tendo sempre que agir de modo a preservar a saúde econômica e função social da empresa, dirimindo ao máximo os efeitos negativos a terceiros, pagando os créditos aos credores e maximizando os resultados da recuperação[33].

O art. 31, da Lei de Recuperação Judicial[34], incumbe ao juiz a função de escolha de um substituto do administrador judicial, em caso de sua destituição. Reafirmando que cabe ao juiz o poder de escolher, destituir e substituir o administrador judicial. Em caso de negligência do administrador no exercício de suas atividades, poderá incorrer em crime falimentar e/ou ser responsabilizado civilmente. O art. 20, § 2º, da referida lei, prevê que o administrador será fiscalizado pelo: comitê de credores, juiz e Ministério Público.

O art. 22, em seus incisos e alíneas, prevê as funções do administrador judicial, sendo algumas delas: (i) a intimação dos respectivos credores; (ii) satisfazer as dúvidas dos credores quanto aos seus créditos; (iii) quando necessário, exigir

[32] SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59.

[33] SANTOS, Romulo Rodrigues dos. As funções do administrador judicial na Falência. Revista Jus Navigandi, Teresina, 7.6.2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63466. Acesso em: 21 de out. de 2018.

[34] Art. 31. O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros. §1º No ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê. §2º Na Falência, o administrador judicial substituído prestará contas no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos §§ 1º a 6º do art. 154 desta lei.

informações dos credores, devedor e seu administrador; (iv) elaborar uma relação de credores e consolidar o quadro geral de credores; (v) a faculdade de requerer ao juiz a convocação da assembleia geral; (vi) designar um secretário para si, dentre os credores; (vii) controlar a participação na assembleia; (viii) contratar auxiliares, se necessário for para o bom andamento da recuperação; (ix) votar em caso de empate; e (x) elaborar relatórios sempre que a Lei exigir ou for necessário.

Há que se ressaltar que as funções básicas previstas na lei não esgotam a competência do administrador judicial, que é bem mais ampla que isso, a qual abrange os atos administrativos e judiciais. Evidencia-se também que o administrador judicial não tem responsabilidade quanto à participação dos credores, a qual se dá por meio da assembleia geral e do comitê de credores[35], os quais serão analisados nos próximos tópicos.

1.3.2 Assembleia geral de credores

A assembleia geral representa a participação ativa dos credores[36] na recuperação judicial, a partir da assembleia geral os credores estes poderão discutir e tomar decisões acerca de seus interesses. Representando a classe mais interessada no processo da recuperação judicial, os credores têm o direito de participação[37].

Órgão representativo da união dos credores, instituído para deliberar sobre matérias de seu interesse, prevista pelos artigos 35 e seguintes, da Lei nº

[35] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 146. v. 3.

[36] SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, extrajudicial e Falência: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 79.

[37] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 365. v. 3.

11.101/2005.[38] Tem legitimidade, conforme o art. 36, caput e § 2º, para convocar a assembleia geral, o juiz, por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias. Além do administrador

[38] Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na Recuperação Judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de Recuperação Judicial apresentado pelo devedor; b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) (VETADO d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta lei; e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores; II – na Falência: a) (VETADO) b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta lei; d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

Art. 36. A assembleia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, o qual conterá: I – local, data e hora da assembleia em 1a (primeira) e em 2a (segunda) convocação, não podendo esta ser realizada menos de 5 (cinco) dias depois da 1a (primeira); II – a ordem do dia; III – local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de Recuperação Judicial a ser submetido à deliberação da assembleia. §1º Cópia do aviso de convocação da assembleia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor. §2º Além dos casos expressamente previstos nesta lei, credores que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembleia-geral. §3º As despesas com a convocação e a realização da assembleia-geral correm por conta do devedor ou da massa falida, salvo se convocada em virtude de requerimento do Comitê de Credores ou na hipótese do § 2º deste artigo.

Art. 37. A assembleia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes. §1º Nas deliberações sobre o afastamento do administrador judicial ou em outras em que haja incompatibilidade deste, a assembleia será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito. § 2º A assembleia instalar-se-á, em 1a (primeira) convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em 2a (segunda) convocação, com qualquer número. §3º Para participar da assembleia, cada credor deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação. §4º O credor poderá ser representado na assembleia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento. §5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembleia. §6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá: I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembleia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembleia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembleia por nenhum deles; e II – (VETADO) §7º Do ocorrido na assembleia, lavrar-se-á ata que conterá o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de 2 (dois) membros de cada uma das classes votantes, e que será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. (Destaque acrescentado).

judicial, os credores que representam no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe, também poderão requerer ao juiz a convocação da assembleia geral. As despesas com a convocação e a realização da assembleia, ficam por conta do devedor ou da massa falida, salvo quando convocada em virtude de requerimento pelos credores ou comitê de credores.

Nos termos do art. 37, a assembleia geral será presidida pelo administrador judicial, que nomeará um secretário entre os credores presentes. Nos casos em que a assembleia tem o objetivo de deliberar acerca do afastamento do administrador judicial ou em que haja incompatibilidade do administrador, a assembleia será presidida pelo credor presente titular do maior crédito (hipótese prevista no § 1º, do referido art. 37).

O art. 35, da Lei de Recuperação Judicial, prevê a competência da assembleia geral, sendo ela de deliberar acerca do(a): (i) aprovação, rejeição ou modificação do plano de Recuperação Judicial, que é apresentado pelo devedor requerente do instituto; (ii) formação do Comitê de Credores, além de escolher os membros que constituirão o Comitê, deliberam também acerca das substituições destes; (iii) pedido de desistência da Recuperação Judicial, apresentado pelo devedor; (iv) eleição do gestor judicial, em caso de afastamento dos administradores da empresa devedora; e (v) qualquer outra matéria que afete o interesse dos credores.

A assembleia geral, como já citado, é composta por credores, que votam conforme a competência. Cada credor presente na assembleia, tem direito a voto com peso proporcional ao valor do seu crédito admitido na Recuperação Judicial. A assembleia é dividida em quatro instâncias de deliberação:

(i) plenário: a instância de maior abrangência. Sua matéria é residual, sempre que não disser respeito à constituição do comitê ou não tratar do plano de reorganização, cabe ao plenário. Caso não haja nenhuma previsão legal específica reservando a competência da apreciação da matéria a outra instância, o plenário decidirá pela maioria dos membros, computados os votos de acordo com os valores dos créditos, independente da natureza; e

(ii) classes (as outras três instâncias correspondem às classes de divisão dos credores, previstas em lei): (a) primeira classe - composta pelos credores trabalhistas; (b) segunda classe - constituída pelos credores titulares de direitos reais de garantia; e (c) terceira classe - formada pelos titulares de privilégio (geral ou especial), os quirografários e subordinados. Nas questões atinentes a votação sobre o plano de recuperação e a constituição do comitê, a deliberação cabe às instâncias classistas. As supracitadas classes estão previstas no art. 41, da Lei de Recuperação Judicial[39].

Na apreciação do plano de Recuperação Judicial, a assembleia será dividida em classes. No ato de deliberação nas classes I e IV, o plano será aprovado por meio de maioria simples dos credores, sem levar em consideração os valores dos créditos. Já nas classes II e III, a proposta será aprovada pelos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes na assembleia e, conjuntamente, pela maioria simples dos credores presentes. Há possibilidade de aprovação alternativa do plano, preenchidos os seguintes requisitos: (i) mais da metade do valor de todos os créditos presentes na assembleia, independente de classes; (ii) aprovação pela maioria das classes e caso haja somente 2 (duas) classes, a aprovação de pelo menos 1

[39] COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 416-417.

(uma) delas; e (iii) na classe em que o plano tiver sido rejeitado, será necessário mais de 1/3 (um terço) de voto favorável dos credores[40]. Já no caso de escolha dos representantes de cada classe, somente os membros poderão votar (art. 44[41]).

O art. 49, da referida lei, em seus §§ 3º e 4º[42], dispõe ressalvas quanto aos credores que participam da assembleia geral, são eles: (i) os credores na posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente de vendedor de imóvel, aos quais os contratos contenham cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias ou proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; e (ii) os credores de adiantamento a contrato de câmbio para exportação. Além dos credores que não terão seus créditos alterados pelo plano.

Os sócios do devedor ou acionistas com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor, poderão participar da assembleia geral, sem direito a voto e não serão considerados na verificação de quórum. Essa situação também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, do administrador, do sócio

[40] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 144. v. 3.

[41] Art. 44. Na escolha dos representantes de cada classe no Comitê de Credores, somente os respectivos membros poderão votar.

[42] Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta lei.

controlador, de membro dos conselhos consultivos, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que pessoas exerçam essas funções.

Para a instalação da assembleia de credores, o art. 37, § 2º[43], impõe um quórum mínimo para a 1ª (primeira) convocação de mais da metade dos créditos de cada classe e para 2ª (segunda) convocação não há exigência de um valor quórum.

A assembleia, como discorrido, é o órgão próprio para que os credores se manifestem. Contudo, a realização de assembleia para todos os movimentos processuais se torna inviável, principalmente quando observados os princípios da celeridade e da economia processual. Diante disso, há a possibilidade de constituir um comitê de credores, um órgão intermediário também de representação dos interesses dos credores na recuperação judicial[44]. Órgão a ser estudado no próximo tópico.

1.3.3 Comitê

O comitê de credores é uma figura importante no exercício da análise e negociação de um plano de recuperação favorável, viabilizando o fluxo de informações – principalmente nas recuperações com um número grande de credores -, tornando a comunicação mais eficiente. Aumentando, com isso, as chances de sucesso conforme o plano contemple os distintos interesses dos credores[45].

[43] Art. 37. § 2º A assembleia instalar-se-á, em 1a (primeira) convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em 2a (segunda) convocação, com qualquer número.

[44] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 78. v. 3.

[45] OLIVEIRA, Fátima Bayma. Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson education do brasil, 2006, p. 23.

A constituição do Comitê é facultativa, ocorrerá a partir da deliberação de qualquer das classes de credores na assembleia e deve haver fundamentação de necessidade, que é determinada pela complexidade do procedimento da Recuperação Judicial, além de se observar o porte econômico-financeiro da empresa. O Comitê é formado por 3 (três) membros e cada membro conta com auxílio de 2 (dois) suplentes:

(i) um representante dos empregados, com dois suplentes;

(ii) um representante dos credores com direitos reais ou privilégios especiais, com dois suplentes;

(iii) um representante dos credores quirografários e com privilégios gerais, com dois suplentes; e

(iv) um representante da classe de credores representantes de microempresas, com dois suplentes[46].

Ao Comitê, conforme o art. 27, da Lei nº 11.101[47], cabe: (i) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; (ii) zelar pelo bom

[46] FAZZIO, Waldo Junior. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 186-187.

[47] Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta lei: I – na Recuperação Judicial e na Falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta lei; II – na Recuperação Judicial: a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de Recuperação Judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de Recuperação Judicial. §1º As decisões do Comitê, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricado pelo juízo, que ficará à disposição do administrador judicial, dos credores e do

andamento do processo, sempre em observância da lei; (iii) em caso de violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores, o dever de comunicar o juiz; (iv) apurar e emitir parecer acerca das reclamações dos interessados; (v) requerer ao juiz a convocação da assembleia geral de credores; (vi) se manifestar, quando houver previsão legal; (vii) fiscalizar a administração das atividades do devedor, tendo que apresentar a cada 30 (trinta) dias um relatório desta situação; (viii) fiscalizar a execução do plano de Recuperação Judicial; e (ix) na hipótese de afastamento do devedor, submeter à autorização do juiz a alienação dos bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, assim como os atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano.

Levando-se em consideração que, todas as decisões, tomadas por maioria, serão consignadas em livro de atas, rubricadas pelo juízo, que estará à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor. Entretanto, caso não se obtenha a deliberação por maioria, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz.

Caso não tenha comitê, as funções de sua competência caberão ao administrador judicial ou, em caso de incompatibilidade deste, deverá o juiz exercer tais atribuições (art. 28, da Lei de Recuperação Judicial[48]). Quanto às remunerações, não serão custeadas pelo devedor, tampouco pela massa falida, caso os atos estejam previstos em lei, se as despesas forem devidamente comprovadas e com autorização do juiz, deverão ser ressarcidas conforme a disponibilidade de caixa.

---

devedor. §2º Caso não seja possível a obtenção de maioria em deliberação do Comitê, o impasse será resolvido pelo administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, pelo juiz. *(Destaque acrescentado).*

[48] Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

O art. 30, da referida lei[49], realiza ressalvas quanto às pessoas que podem integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial, sendo elas: (i) quem nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício de cargo de administrador judicial ou membro do Comitê anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada; e (ii) quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

Assim como cabe ao administrador a responsabilização pelos seus atos, os membros do Comitê também respondem pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa. Em caso de divergência quanto à realização de algum ato, o dissidente em deliberação do Comitê, deverá consignar sua discordância em ata para se eximir da responsabilidade - nos termos do art. 32, da Lei de Recuperação Judicial[50].

Concluída análise acerca dos órgãos da recuperação judicial, passa-se ao estudo do instrumento mais importante em todo o processamento do referido instituto, o plano de recuperação judicial.

1.4 Plano de Recuperação Judicial

[49] Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada. § 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente. § 2º O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta lei. § 3º O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2º deste artigo.

[50] Art. 32. O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

O plano de Recuperação Judicial é a principal e mais importante peça do processo de Recuperação Judicial e dele advém a dependência da realização ou não dos objetivos associados ao instituto. As chances da empresa se reestruturar e superar a crise, são ligadas diretamente na consistência do plano. Que, nesse caso, todo o sacrifício imposto terá valido a pena, tanto para a sociedade, quanto aos credores. Entretanto, caso se trate de um plano inconsistente, o futuro do instituto é a completa desmoralização[51].

Para que se justifique a aplicação da Recuperação Judicial na empresa em dificuldade econômico-financeira, é indispensável a apresentação de um plano que fundamente a recuperação do empreendimento, sendo louvável o estabelecimento de mecanismos rígidos de apuração desta viabilidade econômica. O plano é o principal subsídio que os credores e o Poder Judiciário terão no momento de avaliação da solução a ser apresentada para superação da crise financeira pela qual o empresário passa[52].

O art. 53, da Lei de Recuperação Judicial[53], determina que o plano deve ser apresentado, pelo devedor ao juízo, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data

[51] COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 425.

[52] PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. Revista Direito GV, [S.l.], n. 1, p. 159-160, jan. 2006. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219/34019. Acesso em 29 out. 2018.

[53] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da Recuperação Judicial, sob pena de convolação em Falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta lei. *(Destaque acrescentado).*

de publicação da decisão de deferimento do processamento de Recuperação Judicial, sob pena de convolação em Falência. Além disso, o referido artigo prevê os requisitos do conteúdo do plano, sendo eles: (i) discriminação detalhada dos meios de Recuperação Judicial que serão aplicados; (ii) a demonstração da viabilidade econômica da empresa; e (iii) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos da empresa em crise, subscrito por um profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Após o recebimento do plano, o juiz ordenará a publicação em edital, contendo aviso aos credores acerca da recepção do plano e o prazo de manifestação de eventuais objeções.

O art. 54, da LRF[54] ressalva que o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento dos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do requerimento da Recuperação Judicial. Além disso, o plano não deve prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento de até 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação.

Após tratado dos principais elementos, da composição e dos atos do instituto de Recuperação Judicial, será iniciado o tópico de apontamento de características negativas, quanto à viabilidade de superação da crise a qual a empresa requerente da benesse da recuperação passa ou teme passar. Vale a ressalva de que será com base ao tema abordado no primeiro capítulo que será realizado todo este trabalho.

[54] Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

2 CRÍTICAS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL E A INEFICIÊNCIA DO REGIME JURÍDICO RECUPERACIONAL

Com mais de uma década de vigência, a Lei nº 11.101 de 2005, inspirada na prática americana de Recuperação Judicial - *chapter* 11 -, não traz o êxito esperado, que decepciona ainda mais quando comparado ao êxito da Lei americana. Segundo estudo feito por Naiara Bertão, para revista Exame[55], a taxa de recuperação da dívida, em se tratando de um indicador que mede a recuperação a cada milhão de dólares em débito, o Brasil alcança um índice de 16% de sucesso, enquanto nos Estados Unidos esse êxito chega a 78%.

Vários são os fatores que provocam o insucesso deste instituto, desde um mercado sem maturidade para recepcionar e tratar uma empresa que está em crise, um judiciário não preparado para questões financeiras e restrito a um saber jurídico obsoleto, até uma Lei que não preserva o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CRFB), entre outras falhas legais. O estudo passará, então, a uma análise, sem entrar no âmbito jurisprudencial e da realidade nos tribunais, mas uma observação restrita às doutrinas e, principalmente, à própria Lei nº 11.101 de 2005.

2.1 Violação ao Princípio da Preservação da Empresa: art. 47, da Lei nº 11.101

Princípio mais importante em diversos aspectos, tanto como base para interpretação da recuperação judicial, quanto como o princípio mais importante da própria recuperação judicial, visto que dele decorre o principal objetivo do instituto,

[55] BERTÃO, Naiara. Recuperação Judicial no Brasil: as lições de quem sobreviveu. Revista Exame, São Paulo, 15.4.2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/revista-exame/recuperacao-judicial-no-brasil-as-licoes-de-quem-sobreviveu/. Acesso em 04 nov. 2018.

a manutenção da atividade[56]. O art. 47, da LRF[57], realiza previsão do Princípio da Preservação da Empresa em seu texto, ao dispor como objetivo da Recuperação Judicial a superação da crise, com a finalidade de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Entretanto, esse princípio em diversos trechos e aplicação da LRF é violado e no presente tópico passaremos a análise acerca desse assunto.

Esse princípio legal teve sua previsão imposta com o objetivo de ditar um norte nas decisões tomadas durante o processo de recuperação, por parte de todos os sujeitos que compõem o instituto - juiz, administrador judicial, empresa em recuperação, credores, etc. Contudo, a divergência de interesses entre estes sujeitos faz com que nem sempre esse princípio seja preservado, tendo em vista que para parte desses sujeitos o norte de suas decisões é a preservação do próprio crédito e até mesmo outros objetivos que fogem da preservação da empresa e se concentram numa visão egocêntrica.....

2.1.1 Interesses divergentes entre credores e a preservação da empresa

Um dos pontos cruciais na capacidade de alcance do sucesso na recuperação são os interesses dos credores, o qual é bastante prejudicado diante da extrema divergência de interesses de classe a classe, olvidando-se elas, em alguns momentos, do interesse social na recuperação da empresa.

[56] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

[57] Art. 47. A Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Enquanto o interesse dos credores na recuperação é de preservação e garantia dos seus créditos, para os trabalhadores e acionistas minoritários é de manutenção duradoura da empresa como unidade produtiva, mesmo entre esses dois últimos, também prevalece outra divergência, uma vez que os trabalhadores não se preocupam com a lucratividade a curto prazo, já os minoritários, a recuperação com lucratividade a curto prazo é o principal objetivo. Mesmo com a presença de tamanha discrepância de interesses, a Lei não foi sensata em buscar um estabelecimento de representatividade equilibrada entre as classes nos órgãos do instituto[58].

Essa ausência de representatividade equilibrada é nítida na aprovação do plano de Recuperação Judicial, mais especificamente na aprovação alternativa. A aprovação do plano consiste na cumulação das quatro classes com votação positiva, conforme os requisitos e previsões para cada uma delas. Todavia, com interesse de simplificar a aprovação, caso nos moldes da regra geral o plano não seja aprovado, há a possibilidade de aprovação alternativa.

Na aprovação alternativa, formato que beneficia àqueles credores com créditos mais expressivos, em que mesmo que não seja atingida a aprovação em cada classe, o juiz pode considerar o plano aprovado, essa possibilidade ocorre caso cumpridos os seguintes requisitos: (i) os votos favoráveis devem representar mais da metade do valor de todos os créditos presentes na assembleia; (ii) a maioria das classes votantes aprovaram o plano; (iii) na classe em que houve desaprovação do plano, pelo menos ⅓ (um terço) dos credores necessariamente aprovaram o plano (conforme as peculiaridades de aprovação em cada classe - I e IV sem levar em

[58] SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

consideração o valor de seu créditos; e II e III são considerados o número de credores e o valor do crédito); e (iv) não deve haver no plano de reestruturação um tratamento diferenciado entre os credores da classe em que o plano foi rejeitado[59].

O legislador nesse formato de aprovação tem o interesse de preservar a continuidade das atividades empresariais, entretanto, nem sempre aqueles credores com os créditos de maior valor são os que tem como objetivo preservar a empresa, mas apenas garantir o seu crédito. Os credores trabalhistas são exemplos típicos desse cenário, em que nesse caso, devido ao pequeno valor dos seus créditos, não têm voz ativa de grande importe na aprovação alternativa.

A Lei de Recuperação Judicial em sua peculiaridade de não dar maiores garantias àqueles que têm como interesse principal dar continuidade à atividade empresarial e sim aos grupos financeiros que realizam investimentos com a única pretensão de lucrar com a recuperação, faz com que as possibilidades de êxito na recuperação apenas diminuam. Além da ausência de ponto comum nos interesses dos credores incluídos na recuperação, há também o problema da não inclusão de todos os credores, o que possibilita ações paralelas movidas por bancos para tomada de bens[60].

Com isso, a própria lei de recuperação judicial não traz em todas as suas manifestações o objetivo de preservação da empresa em recuperação ao beneficiar classes que em sua maioria têm como objetivo a preservação do próprio crédito. Quando se fala em princípio da preservação da empresa é importante ressaltar que o

[59] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 210. v. 3.

[60] CRISTO, Alessandro. Instituto aponta falhas na nova Lei de Falências. Conselho Regional de Contabilidade de Rondônia, Rondônia, 31.08.2009. Disponível em: https://crc-ro.jusbrasil.com.br/noticias/1815767/instituto-aponta-falhas-na-nova-Lei-de-falencias. Acesso em: 04 nov. 2018.

individual não pode ser mais importante que o coletivo, e, sempre que possível, a preservação da empresa deve prevalecer em detrimento ao interesse de um credor[61], seja ela com maior ou menor crédito.

2.1.2 Trava bancária

Ponto extremamente criticado é o problema da trava bancária na recuperação judicial, vez que gera controvérsia quando se compara ao objetivo do princípio da preservação da empresa. Com isso, a doutrina se divide em opiniões referentes às exceções no "*stay period*".

A Lei de Recuperação Judicial e Falência, em seu art. 49[62], prevê exceções quanto à inclusão de créditos aos efeitos da Recuperação Judicial, são eles: (i) propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis; (ii) arrendamento mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel, fruto de contrato que contém

[61] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 215. v. 3.

[62] Art. 49. Estão sujeitos à Recuperação Judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. §1º Os credores do devedor em Recuperação Judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. §2º As obrigações anteriores à Recuperação Judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de Recuperação Judicial. §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da Recuperação Judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. §4º Não se sujeitará aos efeitos da Recuperação Judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta lei. §5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a Recuperação Judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta lei.

cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade; e (iii) direito real de aquisição. Esses créditos, normalmente de titularidade bancária - na maioria dos casos, não em sua totalidade - não são atingidos pelos efeitos da Recuperação Judicial[63].

Essa previsão beneficia principalmente os interesses das instituições financeiras e bancárias, caracterizando ambiente de risco à própria finalidade e aos objetivos legais para a recuperação judicial, servindo como uma condenação definitiva da empresa, que não terá fontes disponíveis para financiar seu capital de giro, vez que são bloqueadas as linhas de crédito no mercado, recurso indispensável para o reerguimento econômico da empresa[64].

A não sujeição desses créditos aos efeitos da Recuperação Judicial é denominada como trava bancária, uma vez que inviabiliza, dependendo dos valores dos créditos excepcionais aos efeitos, o alcance da empresa de sua recuperação.

Cabendo a observação de clara incoerência na própria lei, entre o princípio de preservação da empresa e a exclusão de créditos dos efeitos da recuperação, e o questionamento quanto à força destes - bancários -, que não tem o interesse de se submeter aos efeitos da Recuperação Judicial, sobre os legisladores.

2.2 Violação ao princípio da isonomia: Art. 5º, *caput*, da CRFB

[63] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61-62.

[64] FIGUEIREDO, Ivanildo. O problema da trava bancária como fator de inviabilização da recuperação da empresa. Disponível em: http://www.ivanildofigueiredo.com.br/pessoal/artigos/o-problema-da-trava-bancaria-como-fator-de-inviabilizacao-da-recuperacao-da-empresa/ODU=/. Acesso em: 09 abr. 2019.

O princípio da isonomia[65] é a busca constitucional, traçada em seu art. 5º, *caput*[66], de trazer igualdade e equilíbrio nas relações sociais. Não se trata apenas de dar a mesma matéria em igualdade a todos, mas tentar trazer o equilíbrio nas relações em que não há. Para que esse equilíbrio exista, se necessário, aos que muito se tem, deve ser dado pouco, e aos que pouco tem, se é dado mais, com o único objetivo de tentar igualar as condições e oportunidades.

Além da Lei de Recuperação Judicial não tentar trazer o princípio da isonomia, ela ainda provoca um comportamento violador de tal princípio constitucional à empresa em recuperação, tendo em vista que na produção do plano o empresário deverá se preocupar com os credores com créditos de valor mais expressivo.

O referido tratamento se dá nas duas possibilidades de aprovação do plano - tanto na regra geral, quanto na aprovação alternativa do plano de Recuperação Judicial. Uma vez que, àqueles que normalmente tem os menores valores, como os credores trabalhistas, não serão a grande preocupação para que o plano seja aprovado, aumentando ainda mais o desequilíbrio de classes.

Crê-se que os credores mais frágeis e detentores dos valores menos expressivos, serão os das classes I e IV (I - titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; e IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte), logo deveriam receber mais privilégios legais, de modo a equilibrar a relação.

---

[65] Para melhor entendimento acerca do princípio da isonomia é válida a leitura do artigo: Princípio da Isonomia. Disponível em: http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html. Acesso em: 07 abr. 2019.

[66] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Principalmente quando se leva em consideração que as outras classes - II e III (II - titulares de créditos com garantia real; e III - titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados), diante da expressão maior no valor dos créditos, serão o determinante principal na aprovação do plano de maneira alternativa, tendo em vista que é necessário que os votos de aprovação representem mais da metade do valor dos créditos totais.

Consequentemente, a empresa ao apresentar seu plano, terá como uma das principais preocupações a questão de alcançar um valor expressivo dos créditos na aprovação do seu plano, estando, mais uma vez, esses credores em situação de privilégio e na busca da garantia do seu plano, principalmente levando em consideração de que essas detentoras de créditos mais expressivos sabem do seu poder perante o instituto de recuperação, podendo, então, se impor mais. Como visto, a relação de credores só tende a ser mais desequilibrada e o princípio da isonomia é desprezado.

2.3 Dificuldades no plano de Recuperação Judicial

O plano de Recuperação Judicial é o fator determinante para o êxito da recuperação, a partir dele que se decide o futuro da empresa em recuperação, várias podem ser as consequências: (i) a aprovação de um excelente plano, consequentemente haverá grandes chances de êxito da empresa de se recuperar e superar a crise; (ii) a aprovação de um plano com algumas deficiências, o que não necessariamente fará com que a empresa convole em Falência, mas aumenta as chances, comparado a um plano de qualidade indiscutível; e/ou (iii) a apresentação de um plano que não alcance a aprovação dos credores, seja por não ser um bom plano, seja pelo motivo de não atender o interesse de alguma parte dos credores.

Além da complexidade do plano, principalmente diante do seu peso no instituto, há no mercado brasileiro uma falha, que torna a Recuperação Judicial brasileira distinta, que é a aprovação de planos, que em sua maioria não se trata de um projeto de reestruturação de empresa, com opções de negócios e oportunidades, mas os empresários em crise no Brasil se limitam a apresentar um plano básico de negociação de dívidas[67].

2.3.1 Prazo exíguo para apresentação do plano de Recuperação Judicial

Na Lei Brasileira de Recuperação Judicial, em seu art. 53[68], está disposto o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para que o plano de recuperação seja apresentado, contado do dia da publicação da decisão de deferimento do processamento da recuperação. Tal prazo é considerado como exíguo, tendo em vista a complexidade envolvida.

Dentro de 60 (sessenta) dias a empresa deverá analisar toda sua estrutura econômica e todos os créditos a serem pagos, além de uma análise fria dos números, deverá haver um estudo comparativo com as propostas a serem feitas, de modo a manter uma ligação entre as chances do plano ser aprovado, conforme as regras

[67] ARAUJO, Vitor Carvalho Curvina Costa de. Da Recuperação Judicial: aspectos positivos e negativos da lei nº 11.101/05. Conteúdo Jurídico, Brasília: 22.4.2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55713&seo=1. Acesso em: 06 nov. 2018.

[68] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da Recuperação Judicial, sob pena de convolação em Falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta lei. *(Destaque acrescentado).*



dispostas, e a possibilidade de cumprimento da proposta realizada, de acordo com a estrutura e capacidade econômica da empresa.

Quando comparada a Lei Brasileira, como discorrido, se tratando de uma Lei com um número baixo de êxito, com uma lei tratada como modelo de sucesso, que é a Lei Americana de recuperação, há uma distinção nesse prazo. Nos EUA o prazo para elaboração do plano de recuperação é de 120 (cento e vinte) dias, o dobro do prazo brasileiro. Esse tempo maior viabiliza o estudo das hipóteses que propiciem a reestruturação empresarial, refletindo diretamente na faixa de êxito das empresas que se submetem/submeteram à Recuperação Judicial.

Pode sim ser considerado que o legislador quis diminuir a perda de lucro da empresa que tem suas atividades afetadas pela recuperação ou até mesmo um pensamento em torno da celeridade processual, contudo, é um ponto que pode refletir diretamente na capacidade de negociação da empresa e, consequentemente, na possibilidade de sucesso na superação da crise.

2.3.2 Complexidade do plano no alcance de interesses

Vários interesses são envolvidos no plano de reestruturação da empresa, para que obtenha a aprovação, é necessário maximizar o alcance de atendimento de interesses do plano, equilibrado ao potencial econômico-estrutural da empresa. Não muito difícil de ver, os processos de recuperação se tornam um verdadeiro campo de batalha jurídica - credores vs. acionistas vs. administradores judiciais. Cada parte

invoca a lei, conforme lhe interessa, restando sem prioridade a Recuperação Judicial da empresa[69].

O envolvimento do credor, indo além de uma participação resumida na aprovação do plano, torna a Lei americana um referencial de aprimoramento nas relações durante o instituto. Nos EUA o credor entende que ao se colocar na condição de credor na Recuperação Judicial, há a necessidade de se entender que o seu papel não se resume em receber a pecúnia a que faz jus[70].

Tem-se como exemplo o caso da montadora General Motors, que requereu a recuperação em 2009, em que até mesmo o governo americano e o sindicato *United Autor Workers* figuravam como credores. Nesse caso, o plano foi aprovado em aproximadamente 30 dias, os credores converteram suas dívidas em ações e a empresa alcançou sua recuperação e posteriormente as venderam. E, além da General Motors, entraram e se recuperaram através da "*Chapter 11*", outras tantas empresas, como por exemplo: United Airlines, Citibank e até mesmo o banco Lehman Brothers. No Brasil, não há casos expressivos de empresas que alcançaram êxito na recuperação[71].

2.4 Questões fiscais na Recuperação Judicial

Conforme estudo realizado pela FGV-Ibre de São Paulo, demonstra-se que o excesso de burocracia na quantidade de documentos, alvarás, taxas é também um

[69] Ordem do Advogados do Brasil. Só 1% das empresas sai da Recuperação Judicial no Brasil. Rio de Janeiro, 14.10.2013. Disponível em: https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/111936478/so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil. Acesso em: 06 nov. 2018.

[70] ARAUJO, Vitor Carvalho Curvina Costa de. Da Recuperação Judicial: Aspectos positivos e negativos da lei nº 11.101/05. Conteúdo Jurídico, Brasília: 22.4.2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55713&seo=1. Acesso em: 06 nov. 2018.

[71] Ordem do Advogados do Brasil. Só 1% das empresas sai da Recuperação Judicial no Brasil. Rio de Janeiro, 14.10.2013. Disponível em: https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/111936478/so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil. Acesso em: 06 nov. 2018.

fator influente na inadimplência que é motivada pela crise na queda do faturamento nas empresas, consequentemente, 86% das quase 18 milhões de empresas brasileiras ativas têm pendências com os órgãos de fiscalização (Secretaria da Fazenda, Receita Federal ou FGTS, tendo em vista que a fiscalização estadual não foi objeto na pesquisa). Com isso, de dez empresas, nove delas não podem obter certidões negativas de débitos fiscais[72].

Em contrapartida com essa realidade, a Lei de Recuperação Judicial e Falência - instituto, como já se sabe, mas que vale o destaque, propiciador de reestruturação de empresas em crise - traz a exigência (em seu art. 57[73]) de apresentação de certidões negativas de débitos tributários, o que torna mais árduo e duvidoso o alcance de êxito na Recuperação Judicial.

Diante da clara e notória dificuldade das empresas de apresentarem certidão negativa - apresentação exigida legalmente, que deve ocorrer após a aprovação do plano de Recuperação Judicial - o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou seu entendimento no sentido do deferimento da Recuperação Judicial, sem a obrigação de cumprimento da referida exigência legal[74].

Além disso, para tornar mais improvável o alcance da recuperação, na decretação da Falência, na questão quanto à suspensão do curso das ações e

[72] JAKITAS, Renato. 86% das empresas brasileiras operam com pelo menos uma irregularidade. São Paulo, 12.03.2017. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,86-das-empresas-brasiLeiras-operam-com-pelo-menos-uma-irregularidade,70001695742. Acesso em: 09 nov. 2018.

[73] Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (Destaque acrescentado).

[74] TADDEI, Marcelo Gazzi. Alguns aspectos polêmicos da Recuperação Judicial. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_Leitura&artigo_id=7690. Acesso em: 06 nov. 2018.

execuções em face do devedor, há a exceção de que as execuções de natureza fiscal não serão suspensas e terão prosseguimento normal, ressalvadas as concessões de parcelamento.

Diante de tal previsão, o objetivo do legislador, na suspensão de ações e execuções, que seria de evitar pressão, por parte dos credores, sobre a empresa para que ela se organize internamente, possibilitando o pagamento de seus créditos, quedou-se omisso quanto à liquidação dos créditos tributários, perdendo parte da essência do benefício[75].

2.5 Multiplicidade de interpretação à Lei conforme o pensamento do Magistrado

Diante de uma lei obscura, sem objetivos bem definidos, várias são as margens criadas para interpretações dúbias e, infelizmente, essa é a realidade brasileira. Para agravar a situação, cada juiz tem um entendimento do proposto pela Lei e à medida que as decisões vão sendo proferidas, surgem as divergências, consequentemente, os recursos chegam aos superiores tribunais - STF e STJ - prolongando mais ainda os procedimentos de recuperação. Não bastando a divergência de entendimento, ainda há aqueles que realizam interpretações hermenêuticas completamente distintas do objetivo do legislador e das expectativas sociais[76].

[75] CAMPBELL, Mauro. Especialista critica privilégio concedido a créditos tributários em plano de Recuperação Judicial. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 18.11.2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2932316/especialista-critica-privilegio-concedido-a-creditos-tributarios-em-plano-de-recuperacao-judicial. Acesso em: 06 nov. 2018.

[76] PAIVA, J. A. Almeida. Algumas Críticas à nova Lei de Falência. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 29.9.2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/empresarial/936-algumas-criticas-a-nova-Lei-de-falenci. Acesso em: 06 nov. 2018.

Um dos pontos que a decisão se restringe ao poder decisório magistral, é o deferimento do pedido de recuperação, em que cumpridos os requisitos, o juiz irá analisar a viabilidade da empresa em obter a benesse da Recuperação Judicial. Ponto legal aberto, passível de diversas interpretações.

Matéria decisória que se torna mais subjetiva tendo em vista o conteúdo a ser analisado. Teor que se restringe ao conhecimento financeiro-econômico, clara fuga do saber tradicional ao juiz - o saber jurídico - logo, se percebe que as divergências podem se tornar mais expressivas, ao realizar comparações entre as decisões de (in)deferimento, passíveis de fundamentação a partir de uma visão de mercado leiga e não de um especialista no assunto.

O excesso de poder ao magistrado, dado através de pontos abertos na norma, e a pluralidade de divergências acerca de um ponto, abre a possibilidade de que seja gerada uma insegurança judicial às empresas que buscam o instituto.

A possibilidade de aprovação alternativa do plano também é um exemplo de conhecimento de mercado, que é passado ao juiz o poder decisório, entretanto, nessa questão, vê-se uma restrição extensa em requisitos a serem preenchidos, para só assim o magistrado poder aprovar o plano. Diante de tais restrições, consequentemente, o entendimento jurisdicional acerca do tema, se torna mais claro e simples para se alcançar um denominador comum, ou pelo menos semelhante. E assim deve ser, pontos abertos, com róis decisórios restritos, protegendo a segurança jurídica às empresas que buscam a recuperação.

Concluída análise dos pontos do processo de recuperação judicial selecionados para serem destrinchados sinteticamente, iniciaremos um outro capítulo da presente monografia, o qual objetiva analisar o Projeto de Lei nº

10.220/2018 de maneira reflexa aos pontos já estudados e abordados ao longo do projeto de monografia em questão.

3 ANÁLISE DE PONTOS ESPECÍFICO DO PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018. QUAIS OS BENEFÍCIOS E PREJUÍZOS AOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em 09 de maio de 2018, o então presidente da república, Michel Temer, enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10.220/2018 que prevê a alteração da Lei de Recuperação Judicial e Falência, que como enfatizado pelo próprio presidente, trata-se de um projeto com enfoque na modernização da legislação brasileira[77] – ponto marcado pela inclusão, em vários aspectos, de atos a serem realizados pela internet, desde as publicações até hipóteses de substituição da assembleia geral de credores por votação realizada no sistema eletrônico.

Este projeto trouxe várias inovações, que conforme será analisado, refletem nos principais atos da Recuperação Judicial. Passa-se então à analisa de alguns pontos autônomos alterados em contrapartida com o já discorrido.

3.1 Celeridade e ampla divulgação dos atos da recuperação na internet:

O Projeto de Lei em referência em diversos momentos adota a prática da ampla divulgação dos atos da Recuperação Judicial na internet, tanto por meio de sites públicos ou restritos às partes, no site do órgão oficial ou em registro disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – referente aos atos e dados das recuperações judiciais. Confira-se as alterações trazidas referentes ao assunto:

[77] Migalhas, Temer envia ao Congresso projeto de nova lei de Falências e recuperação. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279898,51045-Temer+envia+ao+Congresso+projeto+de+nova+Lei+de+Falencias+e. Acesso em: 02 abr. 2019.

I. Art. 3º-A, § 1º: o deferimento do processamento da Recuperação Judicial e a homologação de plano de Recuperação Judicial serão divulgados por meio de registros em cadastro no Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

II. Art. 3º-A, § 2º: os tribunais deverão manter um banco eletrônico de dados atualizados referentes às recuperações judiciais que nele tramitam, e, sempre que houver novos registros, comunicarão o CNJ para atualizar o cadastro de deferimento e homologação na Recuperação Judicial;

III. Art. 7º, § 2º: o administrador judicial terá a incumbência de divulgar a relações de credores, em site público criado especificamente para dar publicidade aos dados da Recuperação Judicial, contendo especificidades do ato, como o local, horário e prazo;

IV. Art. 18, parágrafo único: o quadro geral de credores, detalhado com a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da Recuperação Judicial, será publicado tanto no site do órgão oficial, quanto no site público criado especificamente – conforme preceituado no art. 7ª, § 2º;

V. Art. 22, I, *a*: compete ao administrador judicial comunicar, por meio postal ou eletrônico, aos credores a relação apresentada, de acordo com o art. 51, III, da Lei nº 11.101[78], no pedido de Recuperação Judicial, indicando a data do pedido, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

VI. Art. 22, I, *i*: também compete ao administrador judicial, manter em site público, de acesso restrito, os principais documentos e informações públicas completas e atualizadas acerca da Recuperação Judicial;

[78] Art. 51. A petição inicial de Recuperação Judicial será instruída com:
III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

VII. Art. 36: a assembleia geral de credores será convocada pelo juiz por meio de edital o qual será publicado no site do administrador judicial e será disponibilizado na internet; e

VIII. Art. 39, § 4º e inciso II: qualquer deliberação prevista na referida lei, a qual deveria ocorrer por meio de assembleia geral de credores, poderá ser substituída por votação eletrônica que reproduza as condições tomadas de voto da assembleia geral de credores.

..... A celeridade – qualidade do que é célere; presteza, rapidez, velocidade[79] – processual é um aspecto indispensável ao judiciário, viabilizando o cumprimento de sua missão, com o objetivo de eliminar com a maior rapidez possível todos os conflitos da sociedade, ferramenta, caso não bem utilizada, que pode causar insatisfação individual e instabilidade social em diversos aspectos[80].

Principalmente quando se fala em recuperar uma empresa em crise, a celeridade pode se tornar uma das principais aliadas na superação, a agilidade da negociação, possibilitando colocar o plano em prática. Dessa forma, a celeridade processual, disposta a partir da divulgação dos atos na internet e na facilitação de busca de dados e informações[81], traz um ponto positivo à possibilidade de recuperação da empresa que se submete ao presente instituto.

[79] Dicionário Michaelis Online. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/celeridade/. Acesso em: 02 abr. 2019.

[80] WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in Juizado Especial de Pequenas Causas (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 109.

[81] Indica-se a leitura, para melhor entendimento do assunto, do artigo "O processo judicial eletrônico e o princípio da celeridade". Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18235&revista_caderno=21. Acesso em: 07 abr. 2019.

Com o Poder Judiciário atuando em parceria com o mundo digital vários aspectos são facilitados, como a possibilidade de pesquisas jurisprudenciais com melhores/mais resultados, a busca por processos com o mesmo mérito, o acompanhamento dos atos processuais, a manifestação e vista das partes aos autos, além de viabilizar a ocorrência de audiências, produção de despachos, entrega de memoriais e deliberações da assembleia geral pelo meio eletrônico. Com isso, há um ganho quanto à presteza, agilidade quanto ao trâmite processual e eficácia dos atos judiciais.

3.2 Avaliação de resultados e capacitação de juízes e servidores:

Outro avanço trazido pelo projeto de lei em questão é a avaliação de resultados e capacitação dos juízes e servidores envolvidos nos processos de recuperação. O art. 3ª-A do PL 10.220/2018[82] prevê a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promover: (i) realização de pesquisas estatísticas, com objetivo de avaliar os resultados da Lei nº 11.101/2005; e (ii) capacitação dos juízes e servidores da Justiça, para que se tornem especializados acerca dos temas abordados pela recuperação de empresas e falência, como direito empresarial e economia.

Como apontado no Capítulo 2, tópico 2.5, em dois atos específicos da Recuperação Judicial – deferimento do pedido de Recuperação Judicial e aprovação

[82] Art. 3º-A. O Conselho Nacional de Justiça poderá promover, periodicamente: I - realização de pesquisas estatísticas para avaliar os resultados das normas previstas nesta Lei; II - capacitação dos juízes e dos servidores da Justiça, de modo a buscar a sua especialização em temas relacionados ao direito empresarial e à economia; e III - avaliação sobre a distribuição de competência em matéria de direito falimentar. § 1º A decretação da falência, o deferimento do processamento da recuperação judicial e a homologação de plano de recuperação extrajudicial serão sucedidos de ampla divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico em cadastro no Conselho Nacional de Justiça. § 2º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre as falências e as recuperações judiciais e extrajudiciais que neles tramitam, e comunicarão novos registros imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro de que trata o § 1º.

alternativa do plano de Recuperação Judicial – resta clara a necessidade de que o magistrado tenha conhecimento específico acerca da matéria econômica, financeira e empresarial.

Nesse aspecto, é grandiosa a positividade dessa alteração, principalmente se o CNJ não se ativer à simples possibilidade, contudo, que aplique ao seu plano de atividades e atue dessa maneira. Não se limitando apenas aos magistrados, entretanto, à toda equipe envolvida no âmbito de atuação nos processos de Recuperação Judicial.

Na medida em que os atuantes no âmbito processual são capacitados nos assuntos pertinentes à sua atividade, acredita-se que as circunstâncias em que dependem do entendimento econômico-financeiro do magistrado para determinação, trarão maior segurança jurídica às empresas que se submetem aos efeitos da Recuperação Judicial, visto que, mesmo que ainda se trate de pontos abertos passíveis de divergência, a possibilidade de fuga ao tema diminui com a certeza de que há conhecimento acerca da matéria.

Ressalta-se mais uma vez a importância dos atores do judiciário receberem formações além de todo conhecimento jurídico adquirido na formação acadêmica, para que possam melhor responder aos desafios da complexidade social e jurídica. Bem formados, todos os personagens envolvidos processualmente estarão melhor orientados para corresponder à complexidade social e, assim, contribuir ativamente no sentido de construir uma justiça mais eficiente e com mais qualidade[83].

3.3 Marco inicial e prazo no *stay period*

[83] GOMES, Conceição. A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 05.11.2018. Disponível em: http://journals.openedition.org/rccs/7881. Acesso em: Acesso em: 02 abr. 2019.

Como discorrido no ponto 1.2 do primeiro capítulo da presente monografia, a Lei nº 11.101/2005 prevê em seu art. 6º[84] a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações em fazer da empresa devedora, ao ser deferido o processamento da recuperação judiciária – *stay period.* Quanto a isso, o Projeto de Lei 10.220/2018 realiza alterações significativas no que concerne ao marco inicial e o prazo de duração da suspensão[85].

Em primeiro lugar, quanto ao marco inicial, a previsão legal é de que a suspensão terá seu início no deferimento do processamento da Recuperação Judicial, então, após análise do magistrado e preenchidos todos os requisitos do art. 51[86], da

[84] Art. 6º A decretação da Falência ou o deferimento do processamento da Recuperação Judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[85] Art. 6º A decretação da falência ou o ajuizamento do pedido de recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, além de qualquer forma de retenção, arresto, penhora ou constrição judicial ou extrajudicial contra o devedor, incluídas aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput perdurará até a data de seu encerramento.

[86] Art. 51. A petição inicial de Recuperação Judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial;
b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;
VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores

referida lei, será deferido o processamento da Recuperação Judicial e, com isso, as ações e execuções contra o devedor são suspensas.

O Projeto de Lei em análise alterou o marco inicial que passou a ser o ajuizamento do pedido de Recuperação Judicial. Vê-se que pode se tratar de um ato arriscado, vez que tal suspensão poderia ser utilizada como instrumento até mesmo por empresas que não tem interesse em se submeter ao instituto da Recuperação Judicial, mas apenas retardar o pagamento aos seus credores. Contudo, a essas empresas que agem de má-fé, o art. 6º, § 12, do Projeto de Lei 10.220/2018[87], prevê a anotação do ato em sentença, para que em caso de futuros pedidos de Recuperação Judicial e Falência seja considerado o ato doloso, além disso, será indeferido o processamento da Recuperação Judicial.

O marco inicial antecipado pode ser considerado como um ponto positivo às empresas que encontram no *stay period* seu fôlego – como reconhecido pelo autor Marlon Tomazzete[88] – para se recuperarem da crise.

Em segundo lugar, há alteração também do tempo de duração da suspensão. A Lei em referência prevê que a suspensão dure até a aprovação do plano de

demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

[87] Art. 6º A decretação da falência ou o ajuizamento do pedido de recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, além de qualquer forma de retenção, arresto, penhora ou constrição judicial ou extrajudicial contra o devedor, incluídas aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 12. A decretação da falência ou o ajuizamento de pedido de recuperação judicial não impede a adoção da via arbitral, hipótese em que caberá ao juízo da recuperação a determinação da qualificação do crédito

[88] TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 94. v. 3.

Recuperação Judicial ou em até 180 dias, enquanto o Projeto de Lei propõe que seja alterado e a suspensão dure até o encerramento da Recuperação Judicial. Prazo para que a empresa planeje sua recuperação, tornando o cenário mais propício a apresentação de um bom plano.

3.3.1 Suspensão da ação de despejo

O projeto de lei prevê ainda a suspensão das ações de despejo[89], fundamentadas no não pagamento de aluguéis até a data do pedido de recuperação judicial. Essa alteração é positiva, construindo uma previsão expressa ao que era discutido em sinal de divergência na jurisprudência.

Com isso, consolida-se o objetivo do projeto de lei analisado em construir um cenário mais positivo para organização da empresa, ao ser prolongado o tempo e inclusa outra ação no rol das previstas a serem suspensas, viabilizando a possibilidade de criação de estratégias para superação da crise.

3.3.2 Ressalvas ao stay period

O § 7º, do art. 6º, do PL 10.220/2018[90] realiza ressalvas quanto à suspensão de ações e execuções: "(...) não suspende o curso das execuções fiscais, inclusive do

[89] Art. 6º. § 9º O pedido de recuperação judicial suspende a ação de despejo fundada em não pagamento de aluguéis até a data do pedido.

[90] Art. 6º A decretação da falência ou o ajuizamento do pedido de recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, além de qualquer forma de retenção, arresto, penhora ou constrição judicial ou extrajudicial contra o devedor, incluídas aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 7º O ajuizamento da recuperação judicial, ressalvada a suspensão de exigibilidade nos termos da legislação de regência, não suspende o curso das execuções fiscais, inclusive do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, as quais prosseguirão normalmente, permitida a constrição e a alienação de bens e direitos no juízo que as processa, hipótese em que não competirá ao juízo da recuperação judicial avaliá-las.

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, as quais prosseguirão normalmente, permitida a constrição e a alienação de bens e direitos no juízo que as processa, hipótese em que não competirá ao juízo da Recuperação Judicial avaliá-las".

A Lei de Recuperação Judicial e Falência não realizava nenhuma previsão expressa quanto ao FGTS, contudo, além de não suspenderem, não haverá restrições quanto à constrição e alienação de bens, não se submetendo aos efeitos da Recuperação Judicial. O modo em que a presente situação reflete às empresas é muito subjetivo, dependendo sempre do valor dos créditos, entretanto, abre-se uma ressalva para que as empresas estejam em alerta quanto ao assunto e reservem no seu plano de recuperação de crise um tópico especial aos créditos e ações que envolvem o FGTS[91].

Por agora, basta o discorrido, uma vez que, acerca das questões fiscais, será aberto, ainda, um tópico para tratar especificamente.

3.4 Divisão de lucros e dividendos durante o processo de recuperação

A divisão de lucros, também denominada como dividendos, trata-se de um valor devido ao sócio, de acordo com o resultado alcançado pela contabilidade no exercício fiscal. Em outras palavras, é uma maneira de remunerar o valor aplicado e

[91] Aqui é nítida uma proteção maior ao crédito tributário ou aos equiparados, recomenda-se a leitura do artigo "Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: análise crítica da suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor em recuperação judicial". Disponível em: https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI298341,51045-Nova+Lei+de+Falencias+e+Recuperacao+de+Empresas+Analise+critica+da. Acesso em 07 abr. 2019.

o risco assumido para que uma empresa gire, portanto, é um retorno do que foi investido[92].

O art. 6º-A do PL 10.220/2018[93] veda a divisão de lucros e dividendos a sócio e acionistas da empresa que se encontra em processo de Recuperação Judicial. Iniciativa de grande valia, visto que, como desenvolvido no tópico 1.1 do primeiro capítulo, ao uma empresa se submeter ao instituto da Recuperação Judicial, não apenas ela deve se empenhar para obter êxito, mas há uma necessidade de esforço social, dos credores, dos funcionários, clientes, até mesmo o Estado e logicamente são envolvidos os recursos do Poder Judiciário. Então, não há que se falar em uma corrente de energia sendo empenhada, sem que os próprios sócios e acionistas tenham o cuidado e o afinco nos atos que se apliquem à auxiliar na superação da crise.

Com isso, o comportamento mínimo que os sócios e acionistas devem adotar, quando não de investimento, mas no mínimo de se absterem do supérfluo pelo tempo necessária à empresa, não só a suspensão das ações, mas toda folga de capital gerada à empresa em recuperação é um fôlego a mais.

O Projeto de Lei em estudo não apenas previu o ato, mas também penalidade aos sócios e acionistas que não respeitem o disposto no art. 6º-A, incorrendo no previsto pelo art. 168 da Lei nº 11.101/2005[94], acrescido pelo aumento de pena

[92] FERNANDES, Regina. Lucro entre os sócios: entenda como fazer a divisão. Portal Capital Social, São Paulo, 22.1.2015. Disponível em: https://capitalsocial.cnt.br/divisao-de-lucro-socios/. Acesso em: 06 abr. 2019.

[93] Art. 6º-A. É vedado à pessoa jurídica em processo de recuperação judicial ou falência distribuir lucros ou dividendos a sócios e acionistas, respeitado o disposto no art. 168.

[94] Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

previsto pelo Projeto de Lei em referência[95] – pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, aumentado de 1/3 até metade por ter violado o disposto pelo art. 6º-A. Uma penalidade não simples, na tentativa de diminuir os casos de sócios e acionistas que se beneficiem da Recuperação Judicial, sem gerar esforço individual mínimo.

3.5 Processo de escolha do administrador judicial

O administrador judicial é um profissional indispensável ao instituto da Recuperação Judicial e um dos responsáveis pelo êxito da Recuperação Judicial, conforme já analisado no tópico 1.3.1 do primeiro capítulo desta monografia. Pela LRF, o administrador é escolhido pelo juiz, na lógica de ser seu auxiliar, contudo, por mais que o ideal fosse que os tribunais dispusessem de uma lista de administradores, não havia uma regra quanto a isso.

O Projeto de Lei em referência inovou e traz a proposta de concorrência na escolha do administrador judicial. O art. 24, § 5º, do PL 10.200/2018[96] estabelece que após o deferimento do processamento da Recuperação Judicial, será aberto um processo simples para que sejam apresentadas propostas pelos interessados em desempenhar a função, no prazo de 5 dias, devendo ser indicado nas propostas: (i) o valor da remuneração, a forma e o prazo para pagamento; (ii) o objetivo do trabalho e uma avaliação sobre o grau de complexidade, incluídos a quantidade de credores,

[95] § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, inclusive na hipótese de violação do disposto no art 6º-A.

[96] Art. 24. § 5º Deferido o processamento da recuperação judicial, o juiz abrirá processo simplificado para a apresentação, em até cinco dias, de propostas de interessados em desempenhar a função de administrador judicial, as quais indicarão, detalhadamente: I - o valor total da remuneração, a forma e o prazo de pagamento; II - o escopo do trabalho e a avaliação fundamentada sobre o grau de complexidade do trabalho, incluídos a quantidade de credores, a pluralidade de devedores ou de filiais e a extensão da responsabilidade assumida, entre outros; e III - os custos para o desempenho fiel de suas funções, que contemplarão a descrição de recursos humanos, equipamentos, instalações, materiais a serem utilizados e eventual valor do prêmio de seguro de responsabilidade profissional.

pluralidade de devedores ou de filiais e a extensão da responsabilidade a ser assumida; e (iii) os custos para o desempenho de suas funções.

Quanto aos requisitos dispostos pelo art. 52, I, da LRF[97], estes seriam excluídos. O que antes era tratado como uma escolha pura e simples do magistrado, agora, por mais que ainda caiba a ele a escolha, se trata de uma opção restrita aos que se apresentaram como interessados ao exercício do cargo. Com o disposto pelo Projeto de Lei, abre possibilidade para aqueles que trabalham com a administração na Recuperação Judicial, mas que não comumente eram escolhidos – não por falta de capacitação, mas talvez por não serem conhecidos pelos magistrados – obterem oportunidade de atuarem em processos de Recuperação Judicial.

Por outro lado, em se tratando de um cargo dedicado ao profissional de confiança do juiz e que tenha excelência no seu trabalho, nos casos em que bons profissionais não se apresentem, o processo ficaria restrito a escolha dos que se apresentaram, o que pode resultar em uma má escolha ao futuro e à possibilidade de êxito na recuperação. Logo, este ponto traz aspectos negativos e positivos, que apenas no caso concreto refletirá seus resultados.

3.6 Previsão de disciplina quanto ao voto abusivo

O voto abusivo sempre foi uma preocupação quanto à Recuperação Judicial, em diversos pontos, como a divergência de interesse entre o credor e a empresa devedora, o abuso daquele credor que tem um crédito que representa grande parte do total dos créditos e tem grande influência nas votações e até mesmo nos casos em

[97] Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei.

que o devedor coage o credor o chantageando na criação do plano conforme o seu interesse, diante do seu poder frente ao processo.

O abuso de uma parte pode ser interpretado conforme o disposto pelo art. 187 do Código Civil[98] - "*(...) comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*" -, logo, aquele credor que viola o princípio da preservação da empresa diante de má-fé ou ao exercer seu direito de voto excedendo os limites impostos, estaria cometendo um ato ilícito. Contudo, qualquer interpretação feita quanto ao voto abusivo não parte de um referencial legal preceituado pela própria LRF.

Diante disso, o PL 10.220/2018, em seu artigo 39, § 7º, prevê o que se considera como voto abusivo:

> "O voto será considerado abusivo quando o credor: I - dele se valer para obter vantagem ilícita ou exclusivamente para prejudicar devedor ou terceiro; II – exercê-lo por conta, ordem ou no interesse total ou parcial de outro que não o próprio credor, ressalvado no art. 27, § 4º; ou III – tiver ajuste com devedor ou terceiro que implique a não submissão integral aos efeitos das disposições do plano de Recuperação Judicial impostas aos demais credores da mesma classe".

Ainda uma previsão ampla, que precisa de ajustes, contudo, em se tratando de um assunto de difícil codificação, foi um passo de proteção das empresas que estão em processo de recuperação. Aos votos considerados abusivos há previsão de nulidade, pelo § 8º do art. 39, do PL 10.220/2018[99].

3.7 Extinção das classes típicas de credores

[98] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[99] Art. 39. § 8º Nas hipóteses previstas no § 7º o voto será considerado nulo.

Uma das alterações mais marcantes que o Projeto de Lei nº 10.220/2018 propõe é a extinção das classes típicas de credores. O art. 45 do PL 10.220/2018 prevê que "[*p*]*ara fins de deliberação sobre o plano de Recuperação Judicial, os credores serão organizados em classes previstas no próprio plano*".

Na Lei nº 11.101/2005 a divergência de interesse entre as classes era uma preocupação, visto que – como discorrido no tópico 2.1.1 do segundo capítulo – algumas classes apenas visam preservar seus créditos, outras estão preocupadas com a preservação da empresa, enfim, com essa alteração proposta, há a possibilidade de a empresa devedora organizar seus créditos de modo a favorecer a aprovação do seu plano.

Para organizar as classes a empresa em recuperação terá que observar o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 53, do PL 10.220/2018[100]: (i) os credores serão divididos por classe respeitando a homogeneidade de interesse, conforme a função da natureza e importância do crédito, ou outro critério que traga similitude fundamentado pelo proponente do plano, o qual será aprovado pelo juiz; e (ii) os créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho não poderão ser destinados à classes que envolvam créditos de outra natureza.

Desse modo, a organização de classes aumenta mais ainda o grau de complexidade do plano de Recuperação Judicial, visto que, a empresa terá que organizar as classes coordenando os vários interesses envoltos ao plano, maximizando as chances de êxito com as capacidades empresariais.

[100] Art. 53. § 1º Os credores de cada classe possuirão interesses homogêneos, delineados em função da natureza ou da importância do crédito, ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e aprovado pelo juiz, a qualquer tempo que anteceda a homologação judicial do plano. § 2º Créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho não poderão ser alocados em classes que envolvam créditos de outra natureza.

Os requisitos para aprovação do plano também foram objeto de proposta de alteração, o que na Lei atual – LRF – é disciplinado de maneira específica para cada classe, o projeto prevê uma única regra: (i) aprovação pelos credores que representem mais da metade dos valores dos créditos totais em cada classe; e (ii) concordância pela maioria simples dos credores presentes.

A proposta ainda dá um peso maior aos credores com créditos de valores mais expressos, contudo, apenas na força de reprovação, visto que não aprovam sozinhos o plano, diante da exigência de que haja concordância da maioria simples presente. O que gera uma segurança maior aos detentores de créditos de valor menos expressivo.

À empresa devedora, contudo, terá o encargo de construir um excelente plano, o qual deverá buscar agradar à maioria dos credores, sem deixar de privilegiar, assim como previsto na LRF, os credores com os créditos mais expressivos, além de organizar as classes de sua recuperação judicial de acordo com o objeto econômico-recuperacional.

3.8 Substituição das deliberações da assembleia geral de credores

O Projeto de Lei em análise prevê formas alternativas às deliberações da assembleia geral de credores presencial. Em seu art. 45-A está disciplinada a possibilidade de substituição – "[*as*] *deliberações de assembleia geral de credores (...) poderão ser substituídas caso seja comprovada a adesão de credores que representem mais da metade do valor dos créditos sujeitos à recuperação judicia (...)*".

Essa proposta beneficia a empresa no sentido de economia e tempo, por não ter que organizar e arcar com os custos da instituição, além de trazer celeridade ao processo. Dessa maneira, a busca pelo termo de adesão pode representar uma

oportunidade para que as empresas diligenciem uma boa negociação. Contudo, o privilégio aos credores detentores de créditos de valores mais expressivos é reafirmado mais uma vez com esse modelo de proposta.

3.9 Alteração do prazo para apresentação do plano de Recuperação Judicial

Outra dificuldade enfrentada pelas empresas em processo de Recuperação Judicial é a apresentação do plano, se tratando de um momento crucial no êxito do instituo, em que é concedido prazo exíguo para construção e apresentação, conforme disposto no tópico 2.3 do segundo capítulo.

Frente à essa dificuldade, o Projeto de Lei nº 10.220/2018 propõe alterações positivas, o prazo para apresentação de 60 dias (art. 53, da Lei nº 11.101/2005[101]) passaria para 90 dias[102]. Uma alteração aparentemente boa, diante da complexidade do plano, que aumenta mais ainda de acordo com o PL em referência, visto que a empresa além de se preocupar com as questões já dispostas pela lei, teria que formar as classes de acordo com o disposto legalmente, em consonância com o interesse empresarial na aprovação do plano.

Com esse novo prazo proposto, aumentado em 50% (cinquenta por cento), a empresa que está em processo de recuperação terá mais tempo para analisar sua estrutura, criar propostas e realizar negociações com os seus credores, consequentemente, aumenta as chances de êxito do processo de superação da crise.

[101] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência (...)

[102] Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de noventa dias, contado da data do deferimento do processamento da Recuperação Judicial, sob pena de convolação em Falência (...)

3.10 Trava bancária

A trava bancária representava um dos objetos em mais esperava-se alteração, de modo a aliar o instituto de recuperação judicial brasileiro ao americano, em que há possibilidade de concessão de empréstimos – através do *DIP financing* – oportunizando à empresa em recuperação o acesso ao "dinheiro novo". Com isso, as empresas veem a possibilidade de manter suas atividades e rendimento[103].

Contudo, no projeto de lei 10.220 foi proposta uma modalidade de empréstimo muito criticado, diante do excesso de burocracia. Para que as empresas tenham acesso ao crédito, os financiadores devem ser colocados como o crédito prioritário, mesmo que haja convolação em falência. Para isso, há previsão de um procedimento próprio, em que será realizada uma proposta a ser deliberada na assembleia geral de credores[104].

Aos que apostaram suas expectativas na alteração acerca da trava bancária provavelmente não restarão satisfeitos no caso de aprovação do projeto, visto que essa possibilidade das financiadoras "furarem a fila" não é vista com bons olhos pelos demais credores, os quais terão que aprovar a proposta. Diante disso, são claras as dificuldades para que a empresa em crise tenha acesso a empréstimos, sendo mantido o cenário de inviabilização de acesso ao "dinheiro novo", que possivelmente auxiliaria de maneira concreta na recuperação da empresa.

3.11 Questões fiscais

[103] CAMPANA, Paulo; MEDAGLIA, Thiago. Os entraves fiscais por trás da nova lei de falências. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/opiniao-entraves-fiscais-lei-falencias. Acesso em: 10 maio. 2019.

[104] CAMPANA, Paulo; MEDAGLIA, Thiago. Os entraves fiscais por trás da nova lei de falências. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/opiniao-entraves-fiscais-lei-falencias. Acesso em: 10 maio. 2019.

Como já construído no tópico 2.4 do segundo capítulo, as questões fiscais sempre foram objeto de crítica doutrinária e divergência jurisprudencial, como visto, se tornou "uma trave" para que as empresas possam buscar sua recuperação através do instituto judicial em estudo. Nesse aspecto, o Projeto de Lei em análise não correspondeu aos anseios sociais e da classe empresarial, ao contrário da desburocratização, em alguns aspectos se tornou mais complexo do que já era.

Projeto caracterizado por privilegiar a Fazenda Pública, inicialmente, por não ter sido alterada a previsão de que os créditos fiscais não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. Além disso, o art. 36, § 4º, do PL 10.220/2018[105], prevê que a Fazenda Pública seja intimada acerca da realização da assembleia geral de credores, mesmo sem que seu crédito seja submetido aos efeitos da recuperação judicial[106].

Ademais, foi inclusa a previsão além da ausência de suspensão das execuções ficais, mas a de créditos equiparados, como o FGTS. Com isso, o legislador demonstra uma preocupação maior com os créditos tributários e equiparados, traçado como objetivo da recuperação judicial não só a própria recuperação da empresa, mas também a preservação do recolhimento de tributos[107].

Diante disso, é reafirmada a necessidade de propostas que permitam às empresas com grande envolvimento fiscal de repactuarem o passivo com as autoridades fiscais, caso contrário, a atitude do legislador permanecerá omissa,

[105] Art. 36. § 4º As Fazendas Públicas federal, estaduais, distrital e municipal em que o devedor tiver estabelecimento serão intimadas eletronicamente na data da realização da assembleia geral de credores, observado o disposto nos incisos I a III do caput.

[106] Portal da Industria, Primeiras impressões sobre o projeto de lei que pretende alterar a lei de falências. Disponível em: http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/atuacao-juridica/boletim/3-edicao/primeiras-impressoes-sobre-o-projeto-de-lei-falencias/. Acesso em 08 abr. 2019.

[107] COSTA, Daniel Carnio. Migalhas, Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: análise crítica da suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor em recuperação judicial. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI298341,51045-Nova+Lei+de+Falencias+e+Recuperacao+de+Empresas+Analise+critica+da. Acesso em: 08 abr. 2019.

trazendo em si uma postura dualista de impor um princípio – princípio da preservação da empresa – o qual não é preservado nem mesmo pela própria lei.

CONCLUSÃO

De acordo com todo o estudo realizado, conclui-se que se trata de uma lei clara e com objetivos bem traçados – proteção da função social, preservação da empresa, manutenção das atividades e superação da crise –, contudo, na própria lei, devido a força dos créditos fiscais e bancários, as diretrizes vão se destoando do resultado esperado.

Diante de tais dificuldades, resta claro que a efetividade do instituto de recuperação judicial deixa a desejar ao não alcançar seu objetivo na maioria dos processos de recuperação judicial. Esta lei possui a singularidade do pequeno número de alterações sofridas, entretanto, há necessidade de adaptação da lei à realidade empresarial e econômica brasileira.

O projeto de lei 10.220/2018 quando criado – em sua origem por advogados, juízes, economistas, acadêmicos e representantes do governo – gerou muitas expectativas, contudo, ao passar pelo poder executivo, antes de ser encaminhada ao Congresso, foram feitas alterações substanciais em sua essência e os problemas pertinentes à lei nº 11.101/2005, em sua maioria, permaneceram, não trazendo uma visão de grandes resultados a serem alcançados através do projeto em análise.

Vê-se que, principalmente em se tratando do cenário econômico brasileiro de crise, permanece o anseio de um projeto de lei que não tenha como objetivo a proteção do fisco e a influência concreta do lobby dos banqueiros, de maneira a visar não apenas a empresa em recuperação, mas também os credores que tem como objetivo a manutenção das atividades empresariais.

Dessa forma, a conclusão do trabalho é de que a lei nº 11.101/2005 não conseguiu alcançar seus resultados, se tratando de uma legislação ideal, não adaptada à realidade econômica/empresarial brasileira. Quanto a isso, o projeto de lei n º 10.220/2018 pouco contribui, visto que, os principais obstáculos à recuperação de uma empresa em crise permanecem – dificuldade de acesso ao "dinheiro novo", privilégios aos créditos ficais e excesso de burocracia. Com isso, caso seja aprovado, os bons resultados dependerão da interpretação a ser feita pelo poder judiciário, o qual poderá traçar processos de recuperação judicial com bons resultados.

Permanecendo a necessidade de aperfeiçoamento legal e, sobretudo, de atitudes concretas a serem tomadas pelo Congresso de trazer projetos de lei que tragam resultados positivos concretos e não alterações/reformas que trazem processos distintos, todavia, com os mesmos resultados baixos de efetividade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vitor Carvalho Curvina Costa de. Da Recuperação Judicial: Aspectos positivos e negativos da Lei nº 11.101/05. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22.4.2016. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55713&seo=1>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BERTÃO, Naiara. Recuperação Judicial no Brasil: as lições de quem sobreviveu. Revista Exame, São Paulo, 15.4.2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/revista-exame/recuperacao-judicial-no-brasil-as-licoes-de-quem-sobreviveu/. Acesso em: 04 nov. 2018.

CAMPANA, Paulo; MEDAGLIA, Thiago. Os entraves fiscais por trás da nova lei de falências. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/opiniao-entraves-fiscais-lei-falencias. Acesso em: 10 maio. 2019.

CAMPBELL, Mauro. Especialista critica privilégio concedido a créditos tributários em plano de Recuperação Judicial. Superior Tribunal de Justiça,

Brasília, 18.11.2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2932316/especialista-critica-privilegio-concedido-a-creditos-tributarios-em-plano-de-recuperacao-judicial. Acesso em: 06 nov. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Comercial: Falência e Recuperação de Empresa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=V9ViDwAAQBAJ&lpg=PT3&ots=xbmxxfJ73f&dq=recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20&lr&hl=pt-BR&pg=PT1#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 30 out. 2018.

CARVALHO, de Talita. O que é crise econômica? Disponível em: https://www.politize.com.br/crise-economica-o-que-e/. Acesso em: 02 mar. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Empresarial, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Artigos 2 º e 3 º do CPC: Inércia e inafastabilidade da jurisdição. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/CPCMarcado/128,MI297500,21048-Artigos+2+e+3+do+CPC+Inercia+e+inafastabilidade+da+jurisdicao. Acesso em 26 mar. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. Migalhas, Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: análise crítica da suspensão das ações e execuções movidas contra o devedor em recuperação judicial. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI298341,51045-Nova+Lei+de+Falencias+e+Recuperacao+de+Empresas+Analise+critica+da. Acesso em: 08 abr. 2019.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação Judicial deve ocorrer de forma ética e adequada. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 24.11.2013. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/daniel-costa-recuperacao-judicial-ocorrer-forma-etica-adequada. Acesso em: 13 out. 2018.

CRISTO, Alessandro. Instituto aponta falhas na nova Lei de Falências. Conselho Regional de Contabilidade de Rondônia, Rondônia, 31.08.2009. Disponível em: https://crc-ro.jusbrasil.com.br/noticias/1815767/instituto-aponta-falhas-na-nova-Lei-de-falencias. Acesso em: 04 nov. 2018.

FAZZIO, Waldo Junior. Lei de Falência e recuperação de empresas. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Regina. Lucro entre os sócios: entenda como fazer a divisão. Portal Capital Social, São Paulo, 22.1.2015. Disponível em: https://capitalsocial.cnt.br/divisao-de-lucro-socios/. Acesso em: 06 abr. 2019.

FIGUEIREDO, Ivanildo. O problema da trava bancária como fator de inviabilização da recuperação da empresa. Disponível em: http://www.ivanildofigueiredo.com.br/pessoal/artigos/o-problema-da-trava-bancaria-como-fator-de-inviabilizacao-da-recuperacao-da-empresa/ODU=/. Acesso em: 09 abr. 2019.

GOMES, Conceição. A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 05.11.2018. Disponível em: http://journals.openedition.org/rccs/7881. Acesso em: 02 abr. 2019.

JAKITAS, Renato. 86% das empresas brasileiras operam com pelo menos uma irregularidade. São Paulo, 12.03.2017. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,86-das-empresas-brasiLeiras-operam-com-pelo-menos-uma-irregularidade,70001695742. Acesso em: 09 nov. 2018.

Migalhas, Temer envia ao Congresso projeto de nova lei de Falências e recuperação. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279898,51045-Temer+envia+ao+Congresso+projeto+de+nova+Lei+de+Falencias+e. Acesso em: 02 abr. 2019.

OLIVEIRA, Fátima Bayma. Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson education do brasil, 2006.

Ordem do Advogados do Brasil. Só 1% das empresas sai da Recuperação Judicial no Brasil. Rio de Janeiro, 14.10.2013. Disponível em: https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/111936478/so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil. Acesso em: 06 nov. 2018.

PACHECO, J. Da S. Processo de Recuperação Judicial, extrajudicial e falência, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAIVA, J. A. Almeida. Algumas Críticas à nova Lei de Falência. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 29.9.2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/empresarial/936-algumas-criticas-a-nova-Lei-de-falenci. Acesso em: 06 nov. 2018.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. Revista Direito GV, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 153, jan. 2006. ISSN 2317-6172. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219/34019. Acesso em: 14 out. 2018.

Portal da Industria, Primeiras impressões sobre o projeto de lei que pretende alterar a lei de falências. Disponível em: http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/atuacao-juridica/boletim/3-edicao/primeiras-impressoes-sobre-o-projeto-de-lei-falencias/. Acesso em: 08 abr. 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Romulo Rodrigues dos. As funções do administrador judicial na Falência. Revista Jus Navigandi, Teresina, 7.6.2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63466. Acesso em: 21 out. 2018.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TADDEI, Marcelo Gazzi. Alguns aspectos polêmicos da Recuperação Judicial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em:

http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_Leitura&artigo_id=7690. Acesso em: 06 nov. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas, in Juizado Especial de Pequenas Causas (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO NA ELABORAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO RECUPERATÓRIO

Leonardo Cardoso Caruso

RESUMO

Esta pesquisa discute se a aplicação do instituto da Conciliação seria um instrumento apto a conferir maior efetividade ao processo de recuperação judicial de empresas no Brasil. Isso porque a Lei nº 11.101/2005 não incentiva a participação do empresário na negociação do procedimento recuperatório, cumprindo-lhe apresentar o plano, e, aos credores, apenas aprová-lo ou rejeitá-lo. Nesse sentido, pode ser observado o interesse individual de cada credor em tão somente no recebimento dos seus créditos, independentemente da relevância do Plano de Recuperação apresentado para os demais atores e para economia nacional. Portanto, parece ser relevante a atuação de conciliadores, e os resultados eventualmente produzidos pela conciliação, tudo a concretizar os princípios basilares da Recuperação Judicial: preservação da empresa e sua função social. O estudo pretende aprofundar a necessidade de se conferir efetividade à legislação para que cumpra sua função de manutenção da higidez da atividade empresarial.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação de Empresa. Recuperação Judicial. Conciliação.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste no estudo da aplicação do instituto da conciliação na Recuperação Judicial, a fim de demonstrar que seria favorável, dando celeridade e efetividade ao processo recuperatório, por serem utilizadas técnicas na

conciliação que fazem com que as partes envolvidas se entendam mais rápido e melhor.

A conciliação é presente no ordenamento do Brasil, desde o Período Imperial, na Constituição de 1824, que exaltava a solução de litígios por meio autocompositivo, embora somente tenha sido acentuada por meio de um desenvolvimento de um sistema mais eficiente, nas últimas décadas[1], permitindo o estudo de uso dessa ferramenta nas áreas do Direito.

A Legislação quanto à recuperação da sociedade de empresa é regida pelo princípio da conservação da atividade, isto é, da perpetuação do serviço prestado para a sociedade. Portanto, esse princípio faz com que possamos fazer a conexão entre a forma de recuperação de empresa e o método de negociação antes apresentado, pois há um conflito de interesses entre as partes envolvidas, a empresa devedora e seu(s) possível(is) devedor(es), uma parte deseja adimplir com suas obrigações e manter a atividade empresarial e a outra possui o interesse em receber o crédito, o qual está em condição temerária diante da precariedade financeira da empresa em questão.

A conciliação seria uma forma interessante de negociação, baseada nos princípios de sua formação dos conciliadores e tendo o objetivo de resolução de conflitos para que futuramente não haja desentendimentos quanto o que foi acordado.

Vale lembrar que há um tempo longínquo, em 25 de novembro de 1850, esse tema, a interdisciplinaridade entre conciliação e relações comerciais, já vinha sendo discutido, como pode ser observado no artigo 23 do Decreto 737[2].

Nesse sentido, o artigo 189 da Lei 11.101/05 explicita a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos falimentares[3], portanto as

[1] BARBOSA E SILVA, Érica. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 154.

[2] BRASIL. Decreto nº 737, 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no processo Commercial. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html >

[3] PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Direito Processual Empresarial: Títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 21.

inovações que trazem o referido Código de 2015, que tratam da conciliação e procedimentos de autocomposição, devem se alastrar para a Recuperação Judicial.

A conciliação é usada nos diálogos em que irá se discutir a perpetuação da relação entre as partes ou mesmo que não haja a perpetuação, ou seja o fim da relação, essa separação seja feita de maneira eficaz e sem danos, afastando falha de comunicação ou resíduos de conflitos entre os envolvidos, o que significaria no caso em tela, uma regularidade no Plano de Recuperação ou a convolação em falência.

A Lei nº 11.101/05 trata do processo de falência, recuperação judicial e extrajudicial de empresários, que se encontram em condições financeiras precárias, estado de hipossuficiência, e que necessitam da intervenção estatal para a manutenção de sua atividade empresarial.

O instituto da recuperação judicial não se confunde com o da insolvência civil, que trata da condição de hipossuficiência financeira de pessoas físicas, a ponto de prejudicar o sustento próprio. A Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE) trata tão somente do empresário que em dificuldades financeiras, porém com a função social de manutenção da empresa, exige a intervenção estatal.

Ao preservar a empresa, o procedimento recuperatório, de que trata a LFRE, fomenta a manutenção de empregos e o estímulo à economia nacional. O processo é dividido em dois procedimentos: o de falência, que cuida tão somente da liquidação patrimonial do falido, e o de reorganização empresarial, que se subdivide em recuperação judicial ordinária, regulada nos artigos 47 a 69; recuperação judicial especial, que trata de microempresas e empresas de pequeno porte, regulada pelos artigos 70 a 72, e, por fim, recuperação extrajudicial, que estimula a tratativa direta entre os atores envolvidos.

Os princípios da LFRE são o da preservação da empresa, pois o encerramento da mesma acarretaria em uma ruptura da cadeia produtiva, e o da função social do empresário, que é um agente econômico de suma importância no estímulo do crescimento da economia e geração de empregos.

LORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 127.

Este trabalho entende ser necessária uma renovação do procedimento recuperatório, considerado notório desespero do empresário pela aceitação do Plano de Recuperação Judicial diante da crise financeira e econômica, tendo de se submeter a acordos desproporcionais para atingir os votos necessários, ensejando *"unfair discrimination"*, ao privilegiar alguns credores em detrimento dos demais.[4]

Essa necessidade de reformulação considera o contexto nacional, de maior acesso das classes mais humildes à atividade empresarial[5], ensejando em maiores oportunidades de criações pessoas jurídicas, para obtenção de sustento próprio e realização de sonho de ter a própria Empresa e ser seu próprio chefe, com isso tem aumentou-se o número de empresários aventureiros, suscitando a indispensabilidade da atualização da LFRE, que surgiu com o objetivo de suprir as deficiências do Decreto Lei nº 7.661/1945 (Antiga Lei de Falências), porém com o lapso temporal, que superou uma década, entre a elaboração da Lei 11.101/05 e o atual contexto nacional reformas são necessárias.

Essas reformas podem ser impulsionadas pelo diálogo entre a interpretação jurídica, por meio da interpretação formal e/ou substantiva, e as políticas públicas, estipuladas pelo Estado atendendo aos princípios e interesse da sociedade, por meio da ponderação de valores e análise econômica do Direito. A possibilidade dessas reformas que serão abarcadas nesse trabalho, na tentativa de demonstrar a originalidade do objeto da pesquisa.

---

[4] HÖFLING, Luiz Fernando. O "cram down" da lei de falências e recuperações judiciais. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI141912,21048-O+cram+down+da+lei+de+falencias+e+recuperacoes+judiciais. Acessado em 02 de Outubro de 2018.

[5] DE NEGRI, Fernanda; CAVALCANTE, Luiz Ricardo. Os Desafios da Produtividade no Brasil. Brasil em desenvolvimento 2014: Estado, planejamento e políticas públicas. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, v. 1, p. 15–42, 2014, p. 16/21. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/web_bd_vol1.pdf>. Acessado em 02 de Outubro de 2018.

Considerando a abordagem metodológica *backward mapping*[6], que trata da falta de controle do elaborador da política pública da recuperação judicial ao verificar a real praticidade efetiva da legislação ao executar o Plano de Recuperação Judicial.

Assim a conclusão pela aplicabilidade do instituto da Conciliação, como resposta a necessidade das referidas reformas, seria o momento para que o empresário se expresse no processo, produzindo um Plano mais sólido e eficaz.

A aplicação do instituto da conciliação deverá ser feita no âmbito pré-negocial, ou seja, na elaboração do Plano de Recuperação, momento este que traz maior flexibilidade para todos os atores econômicos, sendo a hipótese levantada na presente pesquisa.

Utilizando as técnicas que regem a conciliação, que serão elencadas e conceituadas no trabalho, entende que podem ser conduzidas as negociações de forma mais efetiva, ou seja, observando os princípios da preservação da empresa e função social, deixando em segundo plano os interesses individuais de cada credor.

O conceito e a amplitude dos princípios da recuperação de empresas, elencados no artigo 47 da Lei 11.101[7], demonstra que o procedimento adotado no Brasil é regido por valores que extrapolam os interesses do devedor e dos credores,

[6] VIANA, Ana Luiza. Abordagens Metodológicas em Políticas Públicas. Revista de Administração Pública, v. 30, n. 2, p. 5–43, 1996, p. 25. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8095/6917>. Acessado em 03 de Outubro de 2018.

[7] Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica

portanto não se pode olvidar esse norteamento, tendo que ser reafirmado nas negociações.

A leitura desse dispositivo legal suscita a concepção do objetivo geral, que trata da recuperação da higidez da atividade empresária, e traz consigo objetivos secundários, da manutenção da fonte produtora, da manutenção dos empregos dos trabalhadores e, por fim, a satisfação dos interesses individuais dos credores, que possui relevância, porém não preferência.[8]

1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O conceito de empresa advém da Economia e é ligado à ideia de organização da produção (capital, trabalho e natureza)[9], voltada para uma atividade econômica, com obtenção de lucro.

Nesse sentido, a atividade econômica somente deve ser classificada como empresa quando a organização for direcionada ao mercado[10], ou seja, para satisfação de necessidades do consumidor, assumindo, a pessoa que exerce essa atividade, a figura de Empresário.

O Empresário é quem exerce, de forma profissional, a atividade econômica objetivando a produção e circulação de bens ou serviços, fornecendo ao mercado a

[8] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47/48.

[9] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

[10] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

lapidação dos insumos, para consumo da sociedade, assumindo com isso o risco inerente a essa atividade[11].

O Empresário não necessariamente precisa ser uma Pessoa Jurídica, na forma de sociedade empresária, pode ser Pessoa Física, institucionalizada como empresário individual[12], desde a pessoa em questão atenda os seguintes elementos: economicidade[13] (a atividade é desenvolvida para evitar prejuízos e objetivar lucros); organização[14] (o empresário se responsabiliza pela organização, como o nome diz, dos fatores da empresa); profissionalidade[15] (exerça a atividade empresária com estabilidade e habitualidade); assunção de risco[16] (o empresário ao se lançar como comandante da empresa assume os riscos que são incertos e ilimitados quanto às possibilidades deles); e direcionamento ao mercado[17].

Sendo o empresário o único que pode se valer do instituto da Recuperação Judicial, que auxilia, por meio de intervenção estatal, o reerguimento e manutenção da atividade empresarial, quando se torna viável o procedimento recuperatório, ou seja, quando serão atingidos os objetivos desse procedimento. Lembrando que não satisfeita a recuperação, convola-se em falência, sendo a falência do empresário e não da empresa.

---

[11] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47/48.

[12] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43.

[13] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

[14] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

[15] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 46.

[16] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

[17] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

Enquanto a atividade empresária é suspensa, encerra-se a cadeira produtiva, o que não é viável, por isso, o processo falimentar deve ser célere, pelo fato da procrastinação ensejar a depreciação dos ativos, para evitar isso é estabelecida uma ordem preferencial[18] da alienação dos bens.

A falência, que por meio da Recuperação Judicial é evitada, é um processo de dissolução *lato sensu* de encerramento da sociedade, que possui três fases: dissolução *stricto sensu*, a liquidação e a extinção[19].

A Recuperação Judicial deve agir entre a dissolução *stricto sensu*, que é o marco inicial que desencadeou todo o processo em que há necessidade de intervenção estatal por existir um número superior de passivos do que de ativos[20], e a liquidação, que consiste na apuração do ativo com o saneamento do passivo e, se possível, a partilha do saldo residual[21], para que aconteça a finalização do processo de extinção da sociedade.

A participação efetiva dos credores na recuperação, acompanhando o processo como um todo, desde a "quebra" até a elaboração do Plano de Recuperação, tornando mais fácil o convencimento a trocar o mero crédito por vantagens de relações de comércio mais duradoras, diante do foco equívoco dos credores apenas

[18] Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:
I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;
II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;
III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;
IV – alienação dos bens individualmente considerados.

[19] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 391.

[20] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 391.

[21] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 397.

no crédito, logo esse acompanhamento daria maior credibilidade ao processo como um todo.

Por outro lado, os empresários tendem a não aderirem também essa atitude proativa, por entender que estariam perdendo o poder de administração do controle da sociedade empresária, tratando a recuperação simplesmente como uma mera administração de dívidas, sem se atentar que sem a recuperação efetiva da sociedade em crise, não restará o que administrar.

Por diversas vezes, o empresário devedor e os credores não alcançam um consenso, sendo necessária a nomeação da figura do Administrador Judicial[22], que tem a função de gerenciamento dos bens, retirando do sócio administrador essa função, com o objetivo de perpetuação da atividade empresária, fiscalizando as atividades do devedor, para atingir o cumprimento do plano de recuperação judicial.

A nomeação do Administrador Judicial cabe ao Magistrado, possuindo, portanto, a natureza de auxiliar do Juízo. Para realização dessa função, há garantia da remuneração[23], tendo em vista ter preferência no crédito, o que naturalmente está criando mercado, necessitando uma maior especialização dos profissionais e pessoas jurídicas que atendam essa demanda.

[22] Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

[23] Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

O Magistrado possui a função de verificar a legalidade do plano[24] e inclusive de dirimir conflitos de interesse[25], quando constatado o abuso de direito por parte dos credores ou, também, pelo devedor. Com essa função de fiscalização legal, o Juiz responsável, além de verificar a legalidade do procedimento recuperatório, possui a função de sanar certas ilegalidades do próprio plano de Recuperação.

A doutrina destaca que o Judiciário vinha afastando a interpretação literal[26] das regras elencadas na LFRE, trazendo à tona interpretação axiológica do procedimento recuperatório, no intuito de garantir o princípio da preservação da empresa.

Além do Magistrado, também possui a função de fiscalização, porém da satisfação do interesse público, o Ministério Público que atua de forma mitigada para não sobrecarregar o trabalho já exercido pelo mesmo de forma independente, o que acarretaria na morosidade do procedimento recuperatório, à espera da intervenção do representante do Ministério.

Malgrado a esse entendimento, a convolação em falência pode ocorrer quando não há viabilidade na recuperação do empresário, como ficou evidenciado na manifestação do legislador da LFRE[27], sendo mais saudável a liquidação e que a atividade empresária seja exercida por outrem.

---

[24] Enunciado 44 da I Jornada do Direito Comercial: "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade. "

[25] Enunciado 45 da I Jornada do Direito Comercial: "O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.. "

[26] Enunciado 74 da II Jornada do Direito Comercial: "Embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa."

[27] PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Direito Processual Empresarial: Títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 140.

Portanto, apesar dos esforços do Judiciário em fornecer condições para ressurgir o Empresário no mercado, de forma efetiva, deve ser feita a análise dessa viabilidade.

1.1 A viabilidade do Empresário para o procedimento recuperatório

A Recuperação Judicial deve observar, além dos princípios que a regem, a questão viabilidade do Empresário, que solicita o uso desse instituto, de se reerguer, o que necessita de uma participação ativa do sócio, empenhado a cumprir o Plano de Recuperação para que se logre em êxito.

Nesse sentido, o procedimento recuperatório necessita promover a capacitação de profissionais especializados, por meio da difusão dos mecanismos, com o objetivo de garantir a celeridade processual para evitar a paralisação da atividade empresária, caso contrário acarretaria na perda significativa do mercado, dificultando ainda mais a recuperação do empresário.

O Estado, para fornecer as condições necessárias para que o sistema funcione, providenciou medidas de oferta de crédito, como desonerações tributárias e legislações como a própria Lei 11.101/2005, para auxiliar o Empresário a se reerguer.

O instituto da conciliação seria o próximo passo a ser dado pelo Poder Judiciário para fornecer mais uma ferramenta. Destarte, a conciliação que seria aplicada ao procedimento recuperatório tem viés teleológico, ao fazer com que haja a aproximação dos atores vinculados a esse procedimento, e satisfação dos princípios axiológicos.

Corroborando esse entendimento, verifica-se que os processos judiciais de recuperações de sociedade, em crise financeira e econômica, têm se demonstrado ambiente adequado para o fomento de soluções negociadas, tendo como partes

ativas no processo, o empresário, o(s) credor(es) e o Estado, formando a tríade processual clássica.

Constatando, portanto, a abertura do canal de diálogo entres essas partes, caracterizando o surgimento de novas instâncias de negociação da sociedade, que se encontra em risco, frágil e necessitando de apoio, para voltar a alimentar a economia nacional, favorecendo o interesse público, interesse dos credores, com a garantia do crédito, e interesse do Empresário, por óbvio.

Para atingir esse objetivo, seria importante a construção sistemática que compatibilize o interesse legítimo dos credores, de satisfação do crédito, com a relevância da preservação da empresa, atendendo os princípios, ao se promover maior abertura democrática ao procedimento recuperatório.

Noutro giro, o que se observa atualmente, é o descompasso entre os valores consagrados, imaginados pelo legislador como objetivo central, e o procedimento, de fato, voltado para satisfação do crédito, por meio de administração de dívidas e afastamento dos atores. Para título de ilustração, a deliberação do plano de recuperação depende simplesmente dos credores, que não possuem quaisquer obrigações de deliberar, observando o atendimento do interesse social.

Os artigos 47 e 75[28] da Lei 11.101/2005 trazem consigo a ideologia de valores como manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores, preservação da empresa, por meio do atendimento da função social e estímulo à atividade econômica.

[28] "Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa."

O artigo 50[29] da mesma legislação não é contrário a esse entendimento ao demonstrar a amplitude dos meios que podem ser utilizados pelo empresário para superar uma crise econômico-financeira, que poderia ser fortalecida por meio da intervenção de um terceiro preocupado em se atentar às diretrizes de uma negociação produtiva.

Ao se colocar em pauta a presente discussão à respeito da recuperação de empresa, os Tribunais demonstram-se ambientes adequados para construção de acordo entre devedor e credores ou, ao não lograr em êxito o procedimento recuperatório, para se liquidar o ativo da Pessoa Jurídica fragilizada.

Para tanto, já existem, no cenário atual do Judiciário brasileiro, setores especializados em negociação, como conciliação, com atores imparciais ao procedimento recuperatório, que poderiam auxiliar tanto na elaboração o plano quanto, em caso de negativo de recuperação, na forma de agir para convolação em falência.

1.2 Plano de Recuperação Judicial

O Plano de Recuperação Judicial consiste na declaração escrita do Empresário, que solicitou a habilitação ao procedimento recuperatório, ao apresentar os meios e compromissos, para com os credores, de atingir o objetivo de se reerguer, o que poderá conservar a sua credibilidade no mercado.[30]

Ao demonstrar a transparência desse documento, deve ser subscrito por profissional legalmente habilitado, por meio pessoa física, ou pessoa jurídica que

[29] "Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros"

[30] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 127.

atende esse procedimento de maneira de fornecer a análise especializada[31]. Justamente no plano de recuperação judicial que será detalhadamente apresentado aos credores as medidas que devem ser tomadas para sanar a crise administrativa, econômica ou financeira.[32]

No plano indicará, além dos meios, em observância ao princípio da viabilidade econômica da empresa em crise, em que será observada a efetividade do plano para perpetuar a atividade,[33] constatando a capacidade da empresa em se soerguer.

Dessa maneira, o Plano de Recuperação deve observar o princípio *par conditio creditorum* (paridade de condições dos créditos), ao invés de execuções individuais desenfreadas contra o mesmo devedor empresário insolvente, há apenas uma execução, organizada e vinculada a legislação condizente[34].

Essa legislação aduz que deve haver uma igualdade de tratamento entre os credores, com o objetivo de que todos os atores do processo tenham as mesmas condições de agir na tentativa de satisfação dos créditos/débitos, conforme os artigos 91, § único, 115 e 149, §§ 1º e 2º, da Lei 11.101/05.

2 CONCILIAÇÃO

Atualmente, há um âmbito nebuloso de insegurança jurídica que paira nos processos de recuperação de empresas, que decorre da ausência de um modelo

[31] MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 105.

[32] CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. Direito empresarial esquematizado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1081.

[33] FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 117.

[34] PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Direito Processual Empresarial: Títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 139 e 140.

satisfatório de racionalidade jurídica, que condiz os princípios basilares da legislação com o atendimento ao crédito e interesse de todos atores econômicos.

Ao longo da história, é perceptível na legislação brasileira uma alternância entre os credores, por meio de negociações entre eles, e o magistrado, como detentor da função de dar fim ao processo negocial, como tomadores de decisão acerca da aprovação do Plano de Recuperação. O que se propõe nesse trabalho, é buscar um novo modelo capaz de conciliar todos os interesses envolvidos na reorganização empresarial, além de promover segurança jurídica.

Os meios amigáveis permitem o diálogo sobre os problemas que envolvem as partes sob uma ótica à respeito das responsabilidades das partes para o fomento do acordo. Em outras palavras, de maneira que as partes atuem de forma ativa para o cumprimento do acordo, já que foi idealizado e discutido por elas próprias[35].

O conflito é o que move, ao promover o estopim que se convola na lide, portanto não tem natureza processual, pois sem este não haveria divergência de interesses que necessitaria a necessidade de uma resposta do Judiciário[36].

A espiral desse conflito consiste na demora de uma intervenção racional, que durante seu ciclo as causas originárias passam a ser dirimidas, de forma que os atores passam apenas a se atentar em satisfazer os seus próprios interesses, perdendo o verdadeiro foco, o real motivo que fez com que atingisse o impasse entre as partes.

A Conciliação é uma forma alternativa de solução de conflitos[37], que pode ser utilizada no Judiciário para diminuir o número de processos judiciais, como também

[35] MAIA DE MORAIS SALES, Lília. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 35.

[36] LUCENA FILHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: Contribuições doutrinárias para uma solução PAC dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>. Acessado em 02 de Outubro de 2018.

em negociações de qualquer natureza, alcançando melhor resultado com o final do processo, resultado esse que vigorará futuramente em estabilidade do acordado, sendo mais efetivo e objetivo quanto aos reais interesses.

A conciliação sendo um procedimento auto compositivo breve pelo qual as partes ou os interessados, que se submetem por espontânea vontade, para serem auxiliados por um terceiro, capacitado, por meio de curso preparatório, auxilia para a neutralidade em relação ao conflito do caso em tela, para assisti-las, utilizando-se de técnicas adequadas, no intuito de chegar a uma solução para a perpetuação da relação ou que se finde da maneira mais saudável possível. [38]

Em seu primeiro artigo da Resolução 125 do CNJ, são elencados os oitos princípios que regem a conduta do conciliador, profissional especializado para atuação em negociações de conflitos, são eles: São eles: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Trabalhados esses princípios em consonância, trazem uma maior qualidade ao trabalho exercido em negociações que envolvem o procedimento recuperatório.

O princípio da imparcialidade trata do posicionamento do conciliador em não se vincular às ideias trazidas pela parte, acarretando em maior segurança jurídica, por não serem consideradas, em sua postura, um desequilíbrio que possa retirar de seu cargo de confiança das partes e função de condução das tratativas.

---

[37] BIDART, 1988 apud TAVARES, 2002, p. 127. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11014&revista_caderno=21>. Acessado em 04 de Outubro de 2018.

[38] MANUAL de Mediação Judicial, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em set. 2018

O princípio da decisão informada enaltece que as partes estejam entendendo de forme inequívoca o teor processo do qual estão participando, sobretudo saibam as consequências das decisões as quais se vinculem. Cabe ressaltar que não se trata de orientação jurídica, mas sim de esclarecimentos procedimentais.

Com relação ao conciliador, possui a função de ter audição ativa e informar, nos momentos de divagação, os procedimentos a serem tomados, esclarecendo às partes sobre as vantagens e desvantagens do acordo, por isso é necessário que os atores adentrem em um diálogo fluente[39].

Conjuntamente a essa função o conciliador utiliza-se da ferramenta Empoderamento[40], que trata da afirmação de atitudes saudáveis à conciliação realizadas pelas partes, no período das sessões, fazendo com que as partes se encaminhem para um processo para que o acordo por ventura firmado atenda suas reais necessidades e valores.

A possibilidade da negociação direta entre o devedor empresário e seus credores sem ser colocado como norte a preservação da empresa, fará com que sejam enaltecidos os interesses individuais, em detrimento da função social.

Os representantes das Pessoas Jurídicas, denominados Prepostos, a fim de que atinjam resultados mais positivos, para a preservação da empresa, devem ser instruídos a se portar na sala de audiência perante o conciliador e as demais partes, auxiliando o trabalho realizado do conciliador, por exemplo, ouvindo de forma ativa.

---

[39] FRANCO, Ricardo César; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Entre a Lei e a Voluntariedade: O Modelo Institucional de Resolução Extrajudicial de Conflitos em Defensorias Públicas. Revista da Defensoria Pública, Ano 5, n.1, 2012. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/7artigo.revista2012.pdf >. Acessado em 04 de Outubro de 2018.

[40] BARBOSA E SILVA, Érica. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 218-219.

Esse nível de informação é necessário para que se evite a resolução deslocada, tendo em vista que somente parte do entrave é levada ao Judiciário, limitada ao critério material, sem possibilidade para que o magistrado sem auxílio pacifique o conflito, considerando sua totalidade desde sua origem, que naturalmente é mais amplo do que somente a demanda institucionalizada.[41]

De forma a contribuir com esse procedimento, seria interessante que o Magistrado tivesse flexibilidade para, com os meios disponíveis, elaborar de forma eficiente a solução, porém não se pode esquecer da necessidade de permitir a participação de todos os interessados.

O acordo embora firmado por vontade das partes, porém não pode ser contrário à lei vigente ou à ordem pública. Nesse sentido, as partes podem convencionar o acordo como lhes for mais conveniente, porém caso atingir confronto com a legislação, o conciliador tem o dever de intervenção, recusando de redigir o acordo. Tratando-se de uma conciliação voltada para o procedimento recuperatório, deverão também ser observados os princípios de preservação da empresa e da função social.

A intenção da integração desse instituto com o de Recuperação Judicial não é de descartar o processo judicial, como um todo, mas trazer uma maior abrangência, por ser mais uma forma de resolução de conflito.

O atual sistema jurídico não permite uma resposta satisfativa aos conflitos que lhes são submetidos por dois motivos mais aparentes, seja pela morosidade na decisão final; seja pela insatisfação da decisão em que lhes é dada.

[41] BARBOSA E SILVA, Érica. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 127.

O papel do conciliador é de auxiliar as partes a chegarem a um acordo, que lhes atribuíram mais benefícios, mesmo que em um momento antes da negociação não lhes seja claro e evidente, por estarem focados em tão somente em obter benefício imediatos.

Se as partes não chegaram a um acordo, não significa que não houve vantagens na conciliação, considerando que somente o fato de já ter ocorrido a conciliação promoveu a aproximação entre os negociantes, que falaram o que tinham interesse e ouviram a parte contrária.

Exemplo notório que foi utilizada a ferramenta da conciliação para dar celeridade ao processo de Recuperação Judicial, foi no processo de recuperação do Grupo Oi.

Em dezembro de 2018, foi instaurado o procedimento de mediação[42] que auxiliou no tocante aos objetos de incidentes de impugnação e habilitação retardatária, e diante da grande quantidade credores ainda foi criado um *website* para funcionar como plataforma para comunicação entre os atores desse processo.

Com isso, demonstra-se por meio de precedente de um caso de grupo societário, cuja atividade empresária reflete em todo o país, que a comunicação entre os credores e a Pessoa Jurídica debilitada economicamente é falha, em alguns casos, sendo saudável a intervenção de um terceiro capacitado para direcionar comunicação mais efetiva.

Habilitações tardias, suscitando em negociações tardias de créditos ilíquidos ou seja sem decisão judicial transitada em julgado, acabam atrasando ainda mais o

[42] Recuperação Judicial do Grupo Oi. Página explicativa do processo, sob a ótica do Administrador Judicial nomeado, Escritório de Advocacia Arnoldo Wald (EAAW). Disponível em: <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>. Acessado em 02 de Abril de 2019.

procedimento recuperatório tornando temerária a satisfação da função social de manutenção da atividade empresária.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: RELAÇÃO ENTRE CONCILIAÇÃO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tendo em vista o exposto, antes de dar início ao processo de negociação da própria reorganização societária, ou seja, na fase pré negocial, de formação do Plano de Recuperação Judicial, aplicação do instituto conciliatório traria maior celeridade e eficiência ao plano.

O procedimento da formação do Plano de Recuperação Judicial, conforme a Lei 11.101/2005, atende as etapas da apresentação da exordial, presente as formalidades, portanto o magistrado concederá, caso deferido o processamento da recuperação judicial, o prazo de sessenta dias para que o empresário requerente apresente o plano[43].

Com isso, inicia-se o prazo para que os credores, que serão avisados por meio do edital publicado, apresentem as devidas objeções ao plano, no prazo de trinta dias[44]. A ausência de contestação ao plano acarreta em aprovação tácita.

---

[43] "Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei."

[44] Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

Na possibilidade de acontecer objeções ao plano, o juiz convocará a assembleia geral dos credores, que serão divididos em quatro classes, sejam elas, credores trabalhistas, credores com garantia real, demais credores com privilégio geral ou especial e, por fim, credores caracterizados como microempresa ou como empresa de pequeno porte[45].

Ou seja, na recuperação judicial, o devedor empresário ingressa com uma demanda, no intuito de celebrar um acordo em juízo, com segurança jurídica, com os credores para dar vida ao plano de recuperação, contendo uma complexidade de providências administrativas, de natureza societária, financeira e jurídica, de forma a reestruturar a empresa em crise.

Porém, do outro lado, a busca individual pelos ativos do estabelecimento empresarial pode ocasionar em um desmonte ineficiente, sem satisfazer a todos, prejudicando potencialmente os demais interesses envolvidos na manutenção da empresa.

Apesar dos inerentes benefícios da própria recuperação judicial, do prazo de 180 dias para suspensão das ações e execução contra o empresário devedor, pela convergência necessária que demanda esse instituto, que trata o artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/2005[46], que é de grande relevância para o requerente da recuperação, o

[45] "Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:
I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;
II – titulares de créditos com garantia real;
III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.
IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte"

[46] Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da

empresário que exerce a atividade, se reorganize e elabore diretrizes para superar a crise, é notória a necessidade de uma mudança.

Enfim, diversos são os benefícios que são ofertados pela supervisão do magistrado, todavia pelo Poder Judiciário se encontrar abarrotado de processos, traz consigo a vagarosidade ao procedimento, com isso o caráter temerário.

Lembrando que a ação de recuperação judicial não se restringe somente à relação devedor e credor, possuem também interesse na resolução do conflito de pretensões, os trabalhadores, os consumidores, o Fisco, os investidores, a comunidade que cerca a sociedade empresária como um todo.

Assim, percebe-se que o processo de recuperação judicial requer um tratamento especial dos aplicados às divergências individuais, já que suas proporções atingem demais atores econômicos retro citados.

Esse estudo revelou que o momento mais propício para a implementação da conciliação seria após o recebimento do Plano de Recuperação, tratado no artigo 53, parágrafo único, da Lei 11.101, pois, como próprio artigo afirma, o juiz fixará "o prazo para manifestação de eventuais objeções", além de se já ter a lista completa dos credores, pois já teria transcorrido o prazo do artigo 7º.

A competência para propor a conciliação seria do Juiz, e somente dele a fim de evitar atitudes meramente protelatórias, no momento oportuno, satisfazendo a função social e a manutenção da atividade empresária, sem que ocasione em perda do mercado.

---

recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

O acordo, caso seja firmado em uma conciliação frutífera, necessitaria de uma concordância plena de todos os atores do processo, por se tratar de um procedimento voluntário, como discorrido no decorrer do presente trabalho.

O conteúdo do acordo deve ser consoante com os artigos 53 e 54 da LREF, que tratam do conteúdo obrigatório do Plano de Recuperação, pelo motivo da conciliação ter o intuito de fomento, ou seja, criação do próprio plano.

Nesse sentido, o descumprimento do acordo, que possui força de Plano de Recuperação, para termos de convolação em falência, seguirá os termos do artigo 94 da mesma legislação.

Por conseguinte, com a conciliação infrutífera, o processo prosseguiria normalmente nos termos dos artigos 55 e 56, noutro giro, com a conciliação frutífera, seria evitado o lapso temporal de 180 dias que tratam os mesmos artigos, que seria a fase de impugnação ao Plano de Recuperação, fornecendo celeridade ao processo.

Por essa razão inequívoca, a Conciliação traria ao procedimento, com os princípios norteadores do conciliador, a ênfase nos princípios basilares da Recuperação Judicial, trazendo a transparência necessária.

Por fim, faz-se mister salientar que há, em tramitação na Câmara dos Deputados, um processo de Projeto de Lei 10.220/2018[47], que tem como objetivo atualizar a legislação referente à recuperação judicial.

[47] PL 10.220/2018. Projeto de Lei. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1658833>. Acessado em 28 de Março de 2019.

No tocante ao conteúdo desse trabalho, alguns elementos desse projeto devem ser trazidos à tona, sejam eles: artigo 2º-A, inciso V, que trata do objetivo do instituto da recuperação de preservar e estimular ao mercado de crédito atual e futuro, o que indica a preocupação não apenas com a simples renegociação das dívidas do empresário mas também da permanência efetiva da atividade empresarial no mercado; artigo 3º-A, inciso II, que trata da capacitação dos juízes e servidores de modo a terem conhecimentos de economia, demonstrando a necessidade de uma visão mais global; artigo 6º, parágrafo 12º, que trata da hipótese da adoção da via arbitral, objeto central desse estudo, em casos de ajuizamento de pedido de recuperação judicial; por fim, do artigo 22, inciso I, letra "j", que trata literalmente de "promover, sempre que possível, a mediação de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros".

Nesse sentido, a necessidade de atualização dessa legislação, a fim de que promova a aproximação dos atores da Recuperação Judicial, para que juntos possam construir um plano mais sólido e efetivo para que sejam alcançados os objetivos da manutenção da empresa, satisfazendo a função social desse instituto, torna-se imperativa e notória na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA E SILVA, Érica. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Decreto nº 737, 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no processo Commercial. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html >

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>

BIDART, 1988 apud TAVARES, 2002, p. 127. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11014&revista_caderno=21>.

CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. Direito empresarial esquematizado. 3 ed. São Paulo:
Saraiva, 2016. p. 1081.

DE NEGRI, Fernanda; CAVALCANTE, Luiz Ricardo. Os Desafios da Produtividade no Brasil. Brasil em desenvolvimento 2014: Estado, planejamento e políticas públicas. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, v. 1, p. 15–42, 2014, p. 16/21. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/web_bd_vol1.pdf>.

FLORIANO NETO, Alex. Atuação do juiz na recuperação judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 127.

FRANCO, Ricardo César; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. Entre a Lei e a Voluntariedade: O Modelo Institucional de Resolução Extrajudicial de Conflitos em Defensorias Públicas. Revista da Defensoria Pública, Ano 5, n.1, 2012. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/7artigo.revista2012.pdf >.

HÖFLING, Luiz Fernando. O "cram down" da lei de falências e recuperações judiciais. Migalhas.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI141912,21048-O+cram+down+da+lei+de+falencias+e+recuperacoes+judiciais..

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: Contribuições doutrinárias para uma solução PAC dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 105.

MAIA DE MORAIS SALES, Lília. Justiça e Mediação de Conflitos. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

MANUAL de Mediação Judicial, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddbfec54.pdf>. Acesso em set. 2018

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. Direito Processual Empresarial: Títulos de crédito, ações cambiais, recuperações empresariais e falências. Salvador: JusPodivm, 2008.

PL 10.220/2018. Projeto de Lei. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1658833>. Acessado em 28 de Março de 2019.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 1: Teoria Geral e Direito Societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Volume 3: Falência e Recuperação de Empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens Metodológicas em Políticas Públicas. Revista de Administração Pública, v. 30, n. 2, p. 5–43, 1996, p. 25. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8095/6917>. Acessado em 03 de Outubro de 2018.

Recuperação Judicial do Grupo Oi. Página explicativa do processo, sob a ótica do Administrador Judicial nomeado, Escritório de Advocacia Arnoldo Wald (EAAW). Disponível em: <http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>. Acessado em 02 de Abril de 2019.

TESTAMENTO VITAL: MORRER COM DIGNIDADE

Priscilla Teixeira Poyares

RESUMO

O artigo científico em análise trata do Testamento Vital, instituto garantidor da manifestação de vontade do ser humano na hora de sua morte, como o indivíduo em sua plena consciência exprime como gostaria de ser tratado quando do fim de sua vida. O Testamento Vital versa sobre quais procedimentos o ser deseja ou não se submeter, para que lhe seja assegurado o direito à vida (e morte) digna. O presente artigo aborda os princípios constitucionais que respaldam e norteiam o Testamento Vital, ressalvando que ainda não há regulamentação para ele no Brasil, será verificado a sua legitimidade dentro do ordenamento jurídico que se insere.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento Vital. Princípios constitucionais. Direito à vida. Morte digna. Diretivas Antecipadas de Vontade

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade apresentar o Testamento Vital, tema recente em diversas áreas de estudo e interdisciplinarmente discutido, bem como a sua validade e a forma que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro.

Por se tratar de estudo voltado ao público da área jurídica, a ênfase está nos princípios constitucionais, nos direitos e garantias fundamentais que protegem o ser humano dentro da sociedade em que vive e entender qual a função do Estado perante tais direitos.

O direito à vida, bem como os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, do direito à informação (bem informada), são essenciais e indispensáveis ao entendimento e aplicação do Testamento Vital.

A ser melhor apreciado, o Testamento Vital é um documento que permite ao indivíduo deixar registrado como deseja ser tratado no fim de sua vida, no que tange aos tratamentos médicos que deseja ou não se submeter.

Aqui não se busca uma análise percuciente de todos os fatores que circundam o tema, até mesmo por ser de uma abrangência que renderia teses de mestrado e doutorado, e sim uma pesquisa e contextualização inicial que busca conhecer (e apresentar) o já mencionado instituto e onde ele se situa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Os direitos, assim como a humanidade, evoluíram com o passar do tempo e mais garantias foram conquistadas e solidificadas para que o ser humano pudesse viver de forma mais digna e, a partir do momento em que todos esses princípios se mostram indissociáveis não se pode analisar e estudar um sem que se esbarre em outro, mas para tratar com mais clareza as suas particularidades, aqui serão textualmente separados.

O tema a ser estudado neste artigo é interdisciplinar em todos os seus âmbitos, dentro do próprio direito há que se entender que os princípios inerentes a todo cidadão devem conviver harmonicamente entre si, de forma que, quando não associados, também não deixem de ser observados e resguardados. Um princípio não vai anular o outro, mas muitas vezes será necessário utilizar um em detrimento do

outro. Entender quais direitos e garantias são constitucionalmente protegidos e entender o que se pode cobrar de atuação do Estado.

1.1 DIREITO À VIDA

Indiscutivelmente, a vida é o principal direito a ser discutido neste trabalho, por ser um atributo intrínseco ao ser humano, sendo protegido constitucionalmente para que não se "perca" a vida, ou seja, para garantir que o indivíduo continue vivo e que tenha uma vida digna e com condições dignas de sobrevivência. Em síntese, é o direito de não morrer de forma que não seja natural.

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz de forma genérica a garantia a esse direito e, sabendo que não é um direito absoluto, a própria constituição traz exceções a ele, como por exemplo a pena de morte em caso de guerra declarada e as hipóteses de aborto autorizados por lei. É importante salientar que o direito à vida (não morte e vida digna) é assegurado tanto aos indivíduos já nascidos com vida, bem como aos nascituros, ou seja, a proteção à vida desde o momento da concepção. Afinal, sem ter garantido o direito à vida não se pode gozar dos outros direitos, não é à toa que o primeiro direito aqui mencionado foi o direito à vida.

1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Só estar vivo (biologicamente falando) não é sinônimo de garantia o direito à vida, uma vez que a pessoa não é uma coisa e não deve ser tratada como tal. É preciso garantir à pessoa a vida com mínimas condições de sobrevivência. Dessa forma entende Immanuel Kant:

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo

> equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2004, p.77)

A Constituição brasileira, em seu art. 1º, inciso III, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, ao assegurar que ninguém será submetido a tortura, a tratamento desumano ou degradante. Sabe-se que há uma linha muito tênue entre as condições mínimas de sobrevivência e a indignidade, sendo um desafio de Estados ao redor do mundo garantir tal direito, mas, ainda com toda a dificuldade que se enfrenta, é um direito basilar e uma garantia mínima, até por esse motivo não é só a constituição brasileira que o protege, mas também diversos Tratados Internacionais.

Assegurar esse princípio é essencial até o último suspiro do ser humano, é necessário entender que o processo de morrer (que acompanha o ser por toda a vida, afinal, a partir do nascimento o ser já está morrendo aos poucos) pode, por muitas vezes, ser um processo desumano. Ou seja, uma morte não digna fere a integridade da pessoa, indo contra tal princípio.

1.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Hoje o indivíduo é livre para se autodeterminar no mundo, escolher o que melhor lhe cabe e o que é importante e vital para si, o ser humano é livre para manifestar sua vontade e tomar suas próprias decisões, ou seja, é autônomo, independente.

A Constituição Federal garante essa autonomia ao indivíduo, dentro da sua vida privada, respeitando e protegendo esse direito. Tratar esse princípio dentro do estudo do Testamento Vital é entender que ao escolher como quer terminar sua vida o paciente está exercendo o seu direito à vida – digna – com autonomia e liberdade na decisão.

1.4 PRINCÍPIO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O indivíduo, paciente, tem direito constitucional garantido de saber do seu quadro de saúde, previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição brasileira, analogicamente, por ser direito de todos o acesso à informação. Cabe ao médico comunicar de forma clara e precisa os riscos que o paciente corre ao se submeter a determinado procedimento, bem como deve ser sincero quanto às opções de tratamento e à eficiência delas, ou seja, não cabe apenas que haja um consentimento informado, o consentimento precisa ser também livre e esclarecido, em termos cotidianos "as cartas precisam estar todas na mesa", para que o paciente possa escolher livremente como deseja proceder. Fornecer um consentimento informado livre e esclarecido é garantir segurança jurídica na relação contratual entre médico e paciente, além de aumentar a autonomia pessoal do indivíduo que se encontra em um momento muitas vezes crítico de sua vida.

O momento de enfrentar uma doença que pode levar o paciente a óbito é um momento sensível para todos os envolvidos (paciente, família, amigos e equipe médica) e precisa ser tratado com a sensibilidade que merece. O profissional que lida com estas situações, principalmente, precisa ter tato e fazer com que o paciente se sinta acolhido e tenha sua dignidade preservada no momento mais delicado de sua vida.

O princípio do direito à informação é de extrema importância para o estudo do Testamento Vital, pois somente com a clareza de informações é que o enfermo pode exercer sua autonomia e escolher o que vai deixar estabelecido em documento a ser utilizado no momento final de sua vida. Assim entende Maria Helena Diniz:

> O objetivo do princípio do consentimento informado é aumentar a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem-estar físico e psíquico. (2017, p.843).

Nesse sentido, pode-se ver claramente a conexão entre os princípios e garantias, prestar a informação correta e esclarecida ao paciente é garantir, acima de tudo, o primeiro direito assegurado constitucionalmente: a vida digna.

2 A MORTE DIGNA

Discutir a morte já é, por si só, assunto polêmico, discutir o que se entende por morte digna o é tanto quanto, ou talvez ainda mais. Quão digno é morrer abandonado no leito de um hospital? Quando morreu aquele que está há anos conectado a um aparelho? As medidas que adiam a morte perpetuam uma vida ou uma sobrevida? Vale a pena prolongar a vida de um paciente para que sua morte não seja mais um dado estatístico negativo ou para que não se perca um ente querido? Enfim, a morte está rodeada de muitas perguntas, perguntas que não serão aqui respondidas por carregarem uma grande porcentagem de particularidade, a resposta para tais perguntas é muito pessoal, cada um sabe o que mais lhe importa de acordo com seu passado.

É natural que se queira lutar pela vida, o médico não quer ter a "derrota" de perder seu paciente, a família também não quer perder seu ente querido, então é mais que natural que a prioridade na luta contra a morte não seja garantir uma boa morte, digna, e sim por se manter a vida por maior período de tempo. O que se esquece, em tais situações, é que o desejo por manter a vida está associado a fatores diversos e que há uma vida em jogo, a vida de um ser humano, animal racional, que sente, pensa, que tem desejos próprios e que merece opinar pela sua vida e morte.

Entretanto, deve ser analisado caso a caso, cada situação merece uma abordagem própria e, no contexto do que é necessário se ter no fim da vida, também não poderia ser diferente, cada caso de vida tem suas particularidades. Basta pensar na situação de uma mãe que esperou por nove meses para ver o rosto de seu bebê e senti-lo em suas mãos, essa mãe não desistiria tão facilmente de manter seu filho vivo, mesmo que para prorrogar sua vida seja necessário mantê-lo por anos conectado a aparelhos. Fazem-se escolhas diversas em cada situação, mas é necessário garantir dignidade ao paciente em condições de manifestar sua vontade.

Por muitas vezes o paciente não quer viver uma luta incessante por algo que ele já sabe o resultado, como por muitas vezes o próprio paciente não quer desistir da vida, "a esperança é a última que morre" é o que dizem, "mantenha-me conectado e vivo até que se descubra uma cura". A morte é a única certeza que se tem em vida, mas não se pode generalizar, tampouco se pode padronizar a forma que a morte se apresenta para cada um.

A vida é digna quando se proporciona ao ser humano as condições mínimas de sobrevivência, apesar de nem sempre o mínimo demonstrar qualidade. Na morte o que se busca não é somente morrer, é garantir que haja qualidade nesse processo de despedida. Morte é um termo de difícil definição, a morte acompanha o indivíduo por toda a vida, vai se aproximando com o passar dos anos, ao passo que a vida vai se esvaindo. Por mais súbita que a morte seja, ela nunca é um fenômeno instantâneo e sim uma sequência de fenômenos que acontecem desde o primeiro segundo de vida. Morrer com dignidade nada mais é do que respeitar esse processo natural de vida e morte.

3 EUTANÁSIA X ORTOTANÁSIA X DISTANÁSIA X MISTANÁSIA

O Testamento Vital, como já mencionado antes, é instituto muito recentes nas discussões acerca do fim da vida e do direito de morrer e, para melhor entendê-lo, é preciso entender o que ele não é e com o que é comumente é confundido. Para isso, explicar-se-á de forma breve os institutos que mais se confundem, especialmente porque contam com o mesmo sufixo, o elemento *thanasia*, que deriva de *thanatos* e significa morte[1].

A eutanásia, como se observa hoje, evoluiu com o transcorrer da história do mundo e tem o paciente como protagonista da ação, autônomo, ou seja, mesmo diante de todo o avanço tecnológico e de todo o aparato que se tem para prolongar a morte, é o paciente quem decide se quer ou não estar vivo, é o paciente que pede a morte por não aguentar mais sofrer. A eutanásia utiliza-se de um medicamento letal para dar fim a dor do paciente, apressando propositalmente a morte, uma vez que está suprimindo tratamentos úteis. A Eutanásia é proibida no Brasil, sendo configurada como homicídio, caso ocorra, nos termos do Código Penal brasileiro, em seu artigo 121.

A ortotanásia, por sua vez, consiste em retirar todo o tratamento entendido por fútil, exagerado ou desproporcional ante a situação de quase morte do paciente, é um instituto que busca humanizar o processo de morrer, uma vez que suprime o tratamento que já está se mostrando como uma "perda de tempo" ante uma doença que já está em grau tão avançado que o tratamento aplicado se mostra inútil. A distanásia é o oposta à ortotanásia[2], deixando que a morte ocorra em seu tempo natural, sem a utilização de artificialidades, não havendo sua proibição no Brasil.

[1] < https://tentolingua.wordpress.com/tag/eutanasia/>. Acesso em: 22/04/2019
[2] Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 4. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

A distanásia é diversa da eutanásia, uma vez que esta busca manter a vida de forma artificial, quando não há nenhuma expectativa de melhora do paciente e ainda assim se opta por prolongar a vida, valendo-se de procedimentos que muitas vezes são desproporcionais, invasivos e ferem todos os princípios já apresentados neste trabalho. No caso da distanásia, a pessoa já não está mais viva além da vida no conceito biológico, quando se opta por deixar de lado qualquer meio artificial, para não prolongar uma situação de sobrevida por obstinação e futilidade terapêutica ou utilização de tratamentos extraordinários.

Por fim, a mistanásia acontece diariamente em muitos hospitais ao redor do Brasil, por ser a morte que se dá por não ter sido o paciente atendido por falta de vagas, por exemplo. É o fim da vida na sua forma mais miserável, ocorrendo por falta de socorro, por imprudência, imperícia, negligência e omissão de socorro, sendo triste imaginar que é a sociedade, o Estado, quem deveria cuidar, que abandona e causa a morte.

4 DIREITO COMPARADO

O presente estudo não busca adentrar profundamente no estudo de como surgiu o instituto do Testamento Vital, e seus semelhantes, em cada País, mas, como forma de contextualização, é plausível e necessário trazer as informações pertinentes e mais importantes, tendo como base para tal o estudo realizado por Luciana Dadalto, na quarta edição de seu livro Testamento Vital, que faz uma análise mais detalhada da experiência estrangeira com o instituto.

O primeiro País a positivar o Testamento Vital foi os Estados Unidos, surgindo o que mais se assemelha a ele em 1967 com um documento criado por iniciativa da Sociedade Americana para a Eutanásia e, posteriormente, em 1969, por

Luiz Kutner trouxe o primeiro modelo propriamente dito do que ficou conhecido por *living will* (aqui Testamento Vital), abordando com mais clareza o consentimento livre e esclarecido, em que o paciente deixava um documento de recusa a tratamentos, quando demonstrado ser caso de estado vegetativo ou de doença em sua fase terminal.

Outro ato importante na trajetória do instituto pelos Estados Unidos foi a criação da lei *Natural Death Act*[3], por lei da Califórnia de 1976, que garantia ao indivíduo o direito de se recusar a receber tratamento ou suspender um tratamento médico em curso e, ao mesmo tempo, protegia e respaldava o médico e os profissionais da saúde em geral, de eventual processo judicial de responsabilidade por ter seguido a vontade manifestada pelo paciente.

Em 1991, a *Patient Self Determination Act (PSDA)*[4] foi a primeira lei federal a regulamentar o direito de autodeterminação do paciente, por meio de diretivas antecipadas da vontade que se dividiam em *living will* (Testamento Vital) e o *durable power of attorney for health care* (que seria o que mandato duradouro, a ser comentado em outra oportunidade). Por mais que tenha surgido essa lei federal, cada estado federativo dos Estados Unidos tem autonomia para legislar e muitos têm suas próprias diretrizes acerca da legislação para a morte e para a proteção dos direitos a ela atrelados. É importante saber sobre o funcionamento do instituto nos Estados Unidos, por ele ter sido o País pioneiro, de modo que já há consolidação das decisões acerca do tema lá, bem como já é possível saber o que funcionou e o que não funcionou antes de seu maior implemento no Brasil.

[3] Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 4. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.
[4] Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 4. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

Já Portugal trouxe inovações ao implementar o Testamento Vital, estabelecendo um prazo de validade e eficácia de cinco anos, o que destoa da natureza das diretivas antecipadas de vontade, que podem ser revogadas a qualquer momento, desde que quem as escreveu, ou seja, quem manifestou vontade para tal, ainda tenha plena capacidade para revogá-la.

A Espanha, por sua vez, em lei editada em 1986, trouxe autonomia ao paciente por meio do direito à informação, ao consentimento prévio e ao consentimento por representação. Assim, mesmo que em suma não se estivesse reconhecendo o Testamento Vital, já se estavam utilizando seus princípios basilares, os quais foram estudados em item anterior. Somente em 2002, com o advento da Lei n. 41/2002, que o instituto em si foi reconhecido, entendendo o direito que uma pessoa maior de idade, capaz e livre tem de manifestar antecipadamente sua vontade, objetivando seu cumprimento quando a pessoa estiver perto de falecer.

A Itália publicou a lei mais completa em nível mundial acerca do tema, sendo publicada apenas em 2017, levando mais de uma década para sua elaboração. Sendo que:

> Em linhas gerais, a lei italiana deixa claro que nenhum tratamento de saúde pode ser iniciado ou continuado sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, e que os profissionais de saúde são obrigados a respeitar o desejo expresso do paciente, estando isentos de responsabilidade civil e penal nessas situações.[5]

Infelizmente, a América Latina não compõe o quadro dos Países que dão ou deram muita atenção ao instituto, mas a Argentina, por exemplo, entende que o processo de morte deve seguir seu desenvolver natural, vendo o Testamento Vital

[5] Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 4. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

como uma manifestação da autodeterminação do paciente. Porém, ainda não está solidificado este entendimento, uma vez que não se findaram ainda as discussões acerca e tampouco se harmonizaram as opiniões sobre o tema, mas é esse o entendimento da maioria.

5 TESTAMENTO VITAL

O avanço da história e as novas descobertas tecnológicas vem afastando cada vez mais o ser humano de "ser" humano, a dignidade de cada indivíduo vem perdendo o seu valor, o bem-estar vem sendo desvalorizado, uma vez que o avanço tecnológico também possibilitou novas descobertas na medicina, o que torna cada vez mais fácil protelar o fim da vida. O direito não está estagnado nesse avanço e acompanha a evolução histórica do mundo, por isso as modificações no ramo da medicina também apresentam novos desafios no âmbito jurídico, sendo o Testamento Vital um deles.

Antigamente os médicos detinham o poder de decidir sobre a vida do paciente e, em suma, sempre lutavam para preservar a vida a qualquer custo, sem questionar e pesar se essa era a vontade do paciente e se a vida que se estava mantendo seria vivida com qualidade. Hoje pode-se ver que muitas vezes não é digno manter a vida e, com esse entendimento, em 2012, a Resolução nº. 1.995 do Conselho Federal de Medicina trouxe mais autonomia ao paciente, que, a partir de então, passou a sugerir que o paciente poderia decidir sobre sua saúde e ter sua vontade respeitada. A Resolução não foi bem recebida pelo Ministério Público, mas, por fim, foi decidido pela sua constitucionalidade.

> Em síntese, é preciso, primeiramente, deixar claro que esta resolução não legalizou as DAV no país, vez que não possui força de lei, vez que o CFM não tem competência para legislar.

> (...) A Resolução 1.995 concede ao cidadão a certeza de que, tendo manifestado sua vontade sobre tratamentos médicos, por meio de DAV, esta será cumprida.[6]

Esta resolução representa um grande avanço no Brasil, pois buscou garantir a vinculação do médico à vontade do paciente. Ao julgar sobre a constitucionalidade da Resolução, o Poder Judiciário manifestou-se acerca da dignidade da pessoa humana, reconhecendo o direito de autodeterminação, o que abriu caminho para que o Testamento Vital começasse seu processo de crescimento e solidificação, o que se desdobra até hoje.

5.1 CONCEITO

O Testamento Vital, juntamente com o Mandato Duradouro[7], são espécies de diretrizes antecipadas da vontade, ou seja, documentos em que o paciente dispõe sobre suas vontades no âmbito da saúde, sendo formas de concretizar sua autonomia. Para tanto, deve ser redigido por uma pessoa capaz (em pleno gozo de suas capacidades mentais, com discernimento), para que venha ser utilizado quando o indivíduo estiver em um quadro de terminalidade e/ou irreversibilidade, quando não poderá mais exprimir sua vontade. O Testamento Vital é uma forma de garantir que a vontade prévia do paciente seja respeitada, possuindo um efeito *erga omnes*, e dando respaldo legal ao médico para tomar decisões em situações conflitantes.

5.2 QUADRO ATUAL NO BRASIL

[6] Dadalto, Luciana. Testamento Vital. 4. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. P.93/95.

[7] É quando o paciente nomeia um ou mais procuradores para decidir – tendo como base a vontade do paciente – caso esse esteja incapacitado para tomar decisões sobre sua saúde. Ou seja, o procurador não fará a própria vontade e sim a vontade de quem o nomeou. Não é uma responsabilidade fácil de se delegar a alguém, nem é fácil aceitar a tarefa de tutelar. O Mandato Duradouro pode estar associado ao Testamento Vital, mas não faz parte dele.

Ainda não há legislação específica no Brasil acerca do Testamento Vital; entretanto, isso não o invalida, uma vez que encontra respaldo em normas constitucionais e infraconstitucionais, principalmente por ser instrumento garantidor do cumprimento dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia da Vontade. Ou seja, mesmo não possuindo lei específica para regulá-lo, é possível a sua interpretação no caso concreto à luz de outras leis.

Contudo, é interessante que se proceda à edição de uma lei específica, para conferir maior segurança jurídica, evitando questionamentos sobre a validade desses documentos, bem como regulamentando questões específicas sobre o registro, o prazo de validade, a idade mínima do outorgante e, o mais importante, para garantir ao indivíduo de que sua vontade será respeitada.

5.3 CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

Quando o paciente sabe que está deixando um documento com as diretrizes a serem tomadas quando do processo de sua morte e sabe que esse documento tem respaldo e será respeitado por seus médicos e familiares, isso proporciona ao paciente a sensação de conforto, mesmo que em um momento crítico, reduzindo um pouco o medo natural que se sente em relação à morte.

O Testamento Vital, assim como a ortotanásia, pretende retirar os tratamentos entendidos como exagerados ou fúteis, não retirando os cuidados paliativos que garantem ao paciente a qualidade de vida até o momento da morte, e controlam os sintomas da doença para evitar o sofrimento do paciente. O que o instituto objetiva é humanizar a morte.

Como já mencionado, é preciso que o testamento seja escrito por uma pessoa em pleno gozo de suas capacidades mentais, com discernimento para tal, para que

possa dispor acerca dos tratamentos, procedimentos e cuidados que deseja receber quando estiver em uma situação de terminalidade de vida ou irreversibilidade de seu quadro médico, quando não puder mais manifestar sua vontade.

Cabe ressaltar que o Testamento Vital somente produz efeito quando o paciente se encontra em situação de incurabilidade, irreversibilidade do quadro médico ou em fase terminal de sua doença, ou seja, quando não há mais possibilidades terapêuticas para salvá-lo.

O paciente ainda não morreu, por isso seus desejos precisam ser respeitados. Ainda assim, existem alguns limites que o Testamento Vital não pode transpor, que consistem nas objeções de consciência dos médicos, ou seja, eles podem se recusar a fazer procedimentos que, mesmo permitidos por lei, sejam contrários à sua consciência. Da mesma forma, não pode o documento dispor sobre algo que ordenamento jurídico proíbe, como, por exemplo, dispor sobre a eutanásia, tampouco dispor sobre tratamentos que são contra indicados à sua doença ou que já tenham sido superados pela medicina.

Ao contrário de Portugal, que estabeleceu um prazo de eficácia para o documento, as diretivas antecipadas no Brasil, por enquanto, não possuem um prazo de validade, podendo ser editadas ou revogadas a qualquer tempo.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital e Mandato Duradouro) devem manter seu caráter personalíssimo, uma vez que tratam da vontade do paciente, não cabendo transformá-las em meros formulários a serem preenchidos quando da entrada do paciente no hospital.

Não se pode delegar a ninguém a função de manifestar a última vontade, sendo um ato personalíssimo e unilateral, sendo gratuito, em forma de acordo de

vontades entre o médico e o paciente, após ter o médico esclarecido todo o necessário acerca da doença do paciente, devendo ter a forma escrita para que se perpetue em documento. O registro em cartório não é obrigatório, mas naturalmente implica em maior segurança jurídica.

Por fim, o Testamento Vital busca garantir o processo natural de fim de vida, de forma digna, priorizando a morte no seu tempo, sem nenhum tratamento artificial que a prolongue além do necessário, nem que a antecipe, buscando proporcionar ao paciente todas as condições possíveis para que a sua dignidade, mesmo no fim da vida, seja mantida e respeitada.

5.4 É UM TESTAMENTO?

Apesar de ser um negócio jurídico solene, que deve ser escrito, seguir uma forma prescrita em lei e ser reconhecido em cartório, o nome Testamento Vital não pode garantir o status de testamento ao documento. O testamento possui efeito *causa mortis*, ou seja, o disposto nele só terá efeito com a morte do indivíduo; porém, como já citado aqui, o Testamento Vital produz efeito durante o processo de fim de vida, e não quando se finda, ou seja, seu efeito é *inter vivos.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto no presente estudo, verifica-se que o Testamento Vital já é, pode e deve continuar sendo uma realidade no Brasil, ainda que não regulamentado ainda por lei, pois é instrumento garantidor da preservação dos direitos e garantias constitucionais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo os principais o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia, levando essa garantia até o fim da vida do indivíduo.

A única certeza que se tem em vida é da morte, ela chegará para todos independente de classe, raça, gênero, ainda que para muitos ainda seja um tabu falar de morte. O que se mostrou neste trabalho foi que é possível e necessário falar da morte e, mais ainda, falar do que possa garantir aos seres humanos uma morte digna, sem dor, sofrimento e tortura além das naturais, e que é possível se sentir mais seguro nesse momento.

Dispor sobre suas vontades em relação à morte é fonte de alívio. Isso porque a pessoa já sabe que não haverá interferências ou discussões acerca do que já foi previamente estabelecido por ela própria. Hoje, o Brasil possui um banco de dados de testamentos vitais, o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), onde o paciente pode depositar seu documento com sua manifestação de última vontade. O que se espera é que seja regulamentado por lei, para que se assegure o desejo do paciente e se respalde a equipe médica e todos os envolvidos no processo de tomada de decisão quando do momento de morte. Portanto, constata-se que o Testamento Vital já é uma realidade no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Projeto de Lei nº 149, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&disposition=inline>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Projeto de Lei nº 267, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7737732&disposition=inline>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, Resolução CFM nº 1995, de 2012. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/resolu%C3%A7ao-1995-CFM.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

BRASIL, PROJETO DE LEI Nº 231, DE 2018 Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/12/PL-2312018-SP.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

Inicial Ação Civil Pública n. 001039-86.2013.4.01.3500 (proposta contra a resolução 1995/2012 CFM). Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/inicial-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

Decisão liminar na Ação Civil Pública n. 001039-86.2013.4.01.3500 (proposta contra a resolução 1995/2012 CFM). Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/decisao-liminar.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

Agravo de Instrumento contra decisão liminar na Ação Civil Pública n. 001039-86.2013.4.01.3500 (proposta contra a resolução 1995/2012 CFM). Disponível em: <https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/agravo-de-instrumento-resolucao-CFM-1995.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

Sentença Ação Civil Pública n. 001039-86.2013.4.01.3500 (proposta contra a resolução 1995/2012 CFM). Disponível em: < https://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2018/05/senten%C3%A7a-ACP-testamento-vital.pdf>. Acesso em: 23/04/2019.

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 23/04/2019.

UNESCO, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos -Portugal, 2006. Disponível em: < https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por>. Acesso em: 23/04/2019.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 4ª ed. – São Paulo: Editora FOCO, 2018.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM DANO MORAL OU EXISTENCIAL

Sara Carneiro de Oliveira

RESUMO

O presente artigo científico tem o objetivo de analisar o "Direito ao Esquecimento" no âmbito da Responsabilidade Civil, e discutir se a sua violação acarreta um dano moral ou dano existencial. O Direito ao Esquecimento foi reconhecido recentemente como fundamento da dignidade da pessoa humana, pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil. Esse direito, por sua vez, é uma das espécies dos direitos privativos da personalidade, tal como o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, surgindo com mais frequência na esfera do direito penal, com a finalidade de auxiliar na fase de ressocialização de ex-detentos, bem como os que foram absolvidos. Assim, o Direito ao Esquecimento é um direito que todos os indivíduos possuem de não permitir que seu passado seja exposto para o público em geral, reacendendo então, fases traumáticas e difíceis da vida já superadas, e que causam transtornos e sofrimentos. Com isso, tornou-se fundamental estudar sobre esse novo direito, tendo em vista uma sociedade de informação, em que inúmeras notícias são disseminadas pelos meios de comunicação. Além disso, o presente artigo examinará o Dano Moral na Responsabilidade Civil, assim como o Dano Existencial, o qual consiste é uma nova modalidade de ofensa que tem sido pleiteada, por meio de ação indenizatória por danos extrapatrimoniais, na jurisdição brasileira, e que, portanto, apresenta características muito semelhantes ao dano moral. Sendo assim, ao final do trabalho acadêmico, será analisado se uma ofensa ao direito ao esquecimento ocasiona danos morais ou danos existenciais a um indivíduo que tem o seu passado divulgado para a toda a sociedade de maneira incorreta. Dessa forma, a pesquisa será bibliográfica e documental utilizando doutrinas, artigos, leis e jurisprudências.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito da Personalidade. Direito ao Esquecimento. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Dano Existencial.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa o Direito ao Esquecimento no âmbito da Responsabilidade Civil, ao discutir sobre qual espécie de dano ocorrerá caso um indivíduo venha a ter o seu direito ao esquecimento violado, se poderá gerar um dano moral ou um dano existencial. O novo direito, conhecido como Direito ao Esquecimento, foi anunciado em 2013 pela VI Jornada de Direito Civil do CJF como uma expressão da dignidade da pessoa humana e, por consequência, um dos direitos da personalidade, assim como o direito à intimidade, à honra, à imagem, à privacidade. Em outra parte da pesquisa, na esfera da responsabilidade civil, por sua vez, fora estudado os conceitos pertinentes a dano moral e ao dano existencial, o qual, este último, consiste em uma nova modalidade de dano extrapatrimonial que tem sido tutelado na jurisdição brasileira, e que apresenta características muito semelhantes ao dano moral.

O tema foi escolhido por se tratar de um assunto muito contemporâneo e reiterado nos dias atuais, em que pessoas almejam ter o seu passado esquecido e não mais divulgado por redes sociais e mídias televisivas para o público em geral. Os indivíduos que requerem esse direito alegam sofrer prejuízos financeiros e transtornos pessoais toda vez que o seu passado é exposto, justamente porque essas notícias publicadas reacendem memórias e fases da vida já superadas. A partir desses fatos, pode-se relacionar essa ofensa provocada em um indivíduo com o atual dano tutelado nas cortes brasileiras, qual seja o dano existencial. Este dano argumenta um prejuízo na vida de relação ou na realização de planos e projetos de vida; um dano

que seria mais gravoso que o dano moral, por apresentar reflexos da lesão extrapatrimonial ao longo da vida do indivíduo, ou seja, na sua existência.

Esse tema é importante porque propõe uma discussão sobre até que ponto o direito ao esquecimento não prejudica o interesse social em obter informações disponibilizadas sobre assuntos de grande importância, bem como sobre qual espécie de dano extrapatrimonial um sujeito, detentor do direito ao esquecimento, poderá tutelar judicialmente caso tenha sua garantia violada, se um dano moral ou um dano existencial. Além disso, o tema se faz relevante por avaliar se, de fato, há uma autonomia entre o dano moral e o dano existencial, tendo em vista que ambos apresentam naturezas jurídicas muito semelhantes.

Assim, percebe-se que há duas problemáticas a discutir: a primeira dela diz respeito ao direito ao esquecimento, em analisar em quais hipóteses um direito individual poderá se sobrepor a um direito coletivo, social. E a segunda problemática traz à discussão um estudo sobre a autonomia do dano existencial frente ao dano moral, ou seja, se se trata realmente de uma modalidade de dano extrapatrimonial autônoma, como, por exemplo, o dano estético (já consolidado pela jurisprudência brasileira), visto que os dois protegem bens jurídicos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Portanto, ao observar as duas situações e, de acordo com o estudo realizado, conclui-se que não há uma regra simples e unânime para resolver o confronto entre direito ao esquecimento e direito à informação, pois cada caso terá de ser analisado em particular, observando todas as suas peculiaridades, bem como os efeitos que podem ser provocados na concessão de um desses direitos. E, por outro lado, em relação ao dano existencial, entende-se que não se trata, portanto, de um dano extrapatrimonial autônomo, pois esse novo tipo dano protege e tutela os mesmos

bens jurídicos que o dano moral. O que se pode levar em consideração do dano existencial é que este apresenta um critério agravante para efeitos de dano moral, e não uma espécie independente em si. Com isso, uma pessoa que tem o direito ao esquecimento violado poderá tutelar a reparação dessa ofensa por meio de ação de indenização por danos morais, e não por danos existenciais.

Dessa forma, a metodologia usada para o estudo desse trabalho acadêmico foi bibliográfica, ao analisar conceitos presentes em doutrinas de direito civil, além de artigos científicos para conhecimento e compreensão dos principais conceitos pertinentes ao tema. E por fim, de maneira documental, em que o trabalho foi fundamentado a partir de fontes primárias como leis e jurisprudências. Logo, no primeiro capítulo fora visto as definições de personalidade natural, tal como o direito da personalidade; no segundo capítulo fora analisado o direito ao esquecimento, que consiste em um direito da personalidade, de forma mais detalhada; e, por último, fora abordado os conteúdos voltados à responsabilidade civil, em específico o dano moral e o dano existencial, com a finalidade de, ao final da pesquisa, esclarecer, portanto, sobre qual tipo de dano sofre um indivíduo que tem o seu direito ao esquecimento violado, se um dano moral ou um dano existencial.

2 PERSONALIDADE NATURAL

Ao longo do primeiro capítulo, serão abordados os principais conceitos pertinentes à personalidade natural, aos direitos da personalidade, bem como outras definições concernentes a essa garantia trazida com o advento da Constituição de

1988, cujos fundamentos visam garantir maior proteção à dignidade da pessoa humana[1].

2.1 Conceito e características

A definição de personalidade está intimamente ligada à definição de pessoa. O fato de alguém nascer com vida já lhe garante a personalidade, que é uma característica inerente a todo ser humano, e que, por sua vez, acarreta direitos e deveres na vida civil, ou seja, é requisito para a participação do indivíduo nas relações jurídicas em meio à sociedade[2].

Dessa forma, a personalidade constitui um atributo essencial na norma jurídica, que abrange todas as pessoas com o objetivo de inseri-las na vida civil e assegurar direitos constitucionais como a vida, liberdade e igualdade. O reconhecimento dessa virtude a todo ser humano é uma vitória no âmbito do direito contemporâneo, pois viabiliza a civilização de forma mais efetiva e justa na vida de todos[3]. A legislação brasileira também admite personalidade a algumas entidades, chamadas de pessoas jurídicas, constituída por pessoas físicas, que se unem ou associam, conforme as disposições legais, em prol de um objetivo comum[4].

A compreensão de personalidade está relacionada estreitamente com o conceito de capacidade jurídica. O Código Civil em vigor traz, em seu art. 1º, o conceito de capacidade atrelado ao conceito de personalidade, ao afirmar que "toda

[1]BRASIL. *"Conheça os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil"*. 2018. Disponível em:http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/conheca-os-cinco-fundamentos-da-republica-federativa-do-brasil. Acesso em: 26 mar. 2019
[2]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 94.
[3]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 94.
[4]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 95.

pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"[5]. Ao mencionar isso, é possível dizer que todo indivíduo é capaz de exercer um vínculo jurídico, exigir contraprestações, assim como ser sujeito passivo ou ativo em relações interpessoais[6]. No entanto, essa capacidade jurídica atribuída às pessoas pode ser limitada ou plena. Assim, a partir do nascimento, todos, indistintamente, assumem a capacidade de direito ou de gozo, o que também significa, de forma genérica, a capacidade para adquirir direitos. Seria impossível aceitar a falta de total capacidade a um indivíduo, pois, dessa forma, não caberia a ele desfrutar de nenhum tipo de direito, já que não haveria nem mesmo a personalidade. Logo, é possível declarar que só falta capacidade para a aquisição de direitos onde não se apresenta a personalidade.

Por outro lado, tem-se presente a definição de capacidade de fato ou capacidade de exercício, que é a predisposição para praticar feitos da vida civil sem ser assistido ou representado por outrem. Algumas pessoas, por apresentarem a falta de alguns pressupostos materiais, como a maioridade ou discernimento mental, por exemplo, acabam não podendo exercer direta e pessoalmente seus atos diariamente. Na intenção de resguardá-las, o ordenamento exige que sejam sempre acompanhadas ou assistidas por um responsável. Resumidamente, quem tem as duas capacidades, possui a capacidade plena. E quem só apresenta uma capacidade, possui a capacidade limitada, e por isso depende de alguém que complete, ou complemente, a sua vontade perante os atos cívicos[7].

---

[5]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

[6]LOTUFO, R.*Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva. 2018. v.1. p. 42.

[7]WALD, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 96

Dessa forma, a personalidade natural tem início com o nascimento da pessoa. O Código Civil, no art.2º, dispõe que "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro." [8] Desse artigo é possível ter a interpretação de que a personalidade, de fato, tem seu começo a partir do nascimento com vida, todavia, desde a concepção o nascituro possui suas expectativas de direitos respeitadas. O nascimento com vida ocorre quando o bebê, ao sair do ventre materno, realiza a respiração, ou seja, a personalidade da criança se inicia a partir do momento em que ela respira, mesmo que logo após a respiração ela venha a falecer[9].

2.2 Direitos de Personalidade

O direito de personalidade é um direito intrínseco a todo ser humano, que permanece de forma contínua e perpétua na vida de todos, sendo por isso não passivo de alienação. É um direito que busca tutelar aspectos essenciais de um indivíduo, e assim garantir um cuidado à dignidade humana, por meio da proteção do direito à vida, à liberdade, ao nome, ao corpo, à imagem e à honra[10].

Muitos defendem o surgimento do direito da personalidade como uma consequência positiva da Revolução Francesa, cujo lema era liberdade, igualdade e fraternidade. Esses direitos se desenvolveram através de três gerações, as quais se relacionam com os respectivos lemas. A primeira geração defende a liberdade, a segunda geração ampara a igualdade, e a terceira vincula-se à ideia de fraternidade

[8]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

[9]PEREIRA, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileirO : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 101

[10]PEREIRA, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileirO : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 189

ou solidariedade[11]. Em um ponto de vista contrário, algumas correntes argumentam que os direitos de personalidade não existem, pois seria impossível para uma pessoa adquirir direitos, os quais teriam como objeto a sua própria pessoa. No entanto, a doutrina tradicional e majoritária reconhece a importância dessa tutela aos direitos de personalidade, que por sua vez, são considerados como inalienáveis, e que devam ser protegidos sobre todo e qualquer tipo de violação, seja ela vinda de autoridades ou de particulares[12].

No Brasil, o grande advento da tutela a esse direito foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, de forma expressa no Art. 5º, X, dispôs que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."[13]

2.2.1 Características dos direitos de personalidade

Foram vistos ao longo da pesquisa, conceitos que compõem a base da personalidade natural, bem como algumas definições sobre o direito de personalidade e a sua importância vida de todas as pessoas, justamente por defender atributos tão pertinentes e pessoais a cada um. Durante esse tópico serão abordados outros conceitos e características sobre direitos da personalidade, ao analisar o art. 11 do Código Civil que expõe que "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos

[11]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p.190.

[12]RODRIGUES, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 191.

[13]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária." [14]

Assim, a partir da leitura do artigo é possível inferir que os direitos da personalidade não podem ser transferidos a outrem, nem serem renunciados, em regra. No entanto, além disso, eles são também considerados pela doutrina como absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios[15].

Esse direito é considerado intransmissível e irrenunciável porque a sua disponibilidade não é possível. Os seus possuidores não podem repassá-lo a terceiros, rejeitar a sua utilização, visto que nascem e morrem atrelados a essas garantias. Não é lógico viver a vida de outra pessoa, utilizar seu nome ou sua honra, por exemplo. Cada um adquiriu a sua personalidade ao nascer e só se separará da mesma quando morrer[16]. Em algumas situações é possível transmitir um dos aspectos da personalidade, como exceção tem-se a imagem, a qual poderá ser cedida a outro sujeito, de forma comercial, tendo como contraprestação um ganho financeiro. De igual modo acontece com os direitos autorais, visto que é possível através de um contrato publicar por meio de novela uma obra literária, ou utilizar a mesma obra para propagandas, desenhos[17]. Sobre o assunto, o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil afirmou que "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral." Com isso, pode-se ter como entendimento de que a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta e, sim, relativa.

---

[14]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

[15]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 192.

[16]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 192.

[17]MARINHO, 2000 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 193.

Também é importante ressaltar que o rol de direitos da personalidade é considerado ilimitado, segundo o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil[18]. Não obstante o Código Civil traga alguns exemplos do art. 11 ao art. 21, esse rol se configura de forma exemplificativa, pois é inviável taxar quais direitos podem ser resguardados pela personalidade. Isso se deve principalmente ao progresso da economia e da ciência, que, muito provável, poderá futuramente aumentar a gama de possibilidades a serem previstas em leis. Atualmente, muitas pessoas comentem ofensas graves mediante o uso de redes sociais, por exemplo. Obviamente, a internet foi um avanço tecnológico para o desenvolvimento de muitas atividades do dia a dia, todavia, se usada de modo incorreto, pode acarretar muitos prejuízos para quem utiliza desse mecanismo. Por isso, com a celeridade das informações e com o desenvolvimento da ciência, fica cada vez mais inviável delimitar o rol de direitos a serem protegidos[19].

Devido a isso, em face de tantas exposições e demais informações por meio de provedores de busca da Internet, e até mesmo por meio de programas televisivos, muitas vezes de forma abusiva, surgiu na esfera jurídica o debate sobre o direito ao esquecimento. Basicamente, refere-se ao direito das pessoas de serem esquecidas, ou seja, não terem seu passado exposto ao público. Em razão disso, pode-se questionar sobre qual a responsabilidade daquele que não respeita os direitos ao esquecimento e com isso provocar na vítima uma ofensa a sua imagem e privacidade[20].

---

[18]BRASIL. Conselho da Justiça Federal.*Enunciado 274, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

[19]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 194.

[20]CARVALHO, I. L., DANTAS, R, L. "*Direito ao Esquecimento*: delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira". Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815. Acesso em: 1 abr. 2019.

A doutrina também menciona outro quesito do direito da personalidade, que é a imprescritibilidade. Essa garantia é imprescritível, pois não extingue pelo decurso do tempo nem pelo seu uso, muito menos a sua intenção em querer defendê-lo. Todavia, a lei admite um prazo prescricional para pleitear o dano moral, mesmo ele sendo utilizado para defender direitos extrapatrimoniais, como a honra, a imagem, o decoro. Além disso, o STF já declarou seu posicionamento sobre o tema e afirmou que a ação de indenização por danos morais tem caráter patrimonial, e por isso está submetida a prazos prescricionais[21].

A impenhorabilidade, por sua vez, também constitui uma característica desse direito personalíssimo. Como são direitos inerentes à pessoa humana ninguém pode se apoderar, penhorar. Isso se torna impossível também porque se trata de um direito indisponível, logo ninguém, a não ser o próprio titular, pode exercê-lo. Porém, conforme exposto anteriormente, trata-se de um direito em que a sua indisponibilidade é relativa e não absoluta, tendo em vista que o direito de imagem ou direitos autorais, por exemplo, podem ser disponibilizados por meios comerciais[22].

Além de todos os aspectos pertinentes ao direito da personalidade já citados, há também o atributo da não sujeição a desapropriação. As garantias personalíssimas não são vulneráveis a desapropriação, porque são características inerentes ao sujeito, e que, portanto, não se desvinculam. Dessa forma, essas virtudes intrínsecas a cada

[21]PORTO, 1990 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral*15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 194

[22]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 195.

pessoa não podem ser retiradas de maneira brutal, nem sofrer uma limitação voluntária[23].

Por fim, mas não menos importante, será analisado o aspecto da vitaliciedade. Como já exposto ao longo da pesquisa, a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, todavia, são resguardados os direitos do nascituro desde a sua concepção. Assim, ao nascer tem-se o início da personalidade, e a sua extinção ocorrerá por meio da morte. No entanto, mesmo após a morte, alguns direitos são mantidos de forma a honrar o morto, bem como a sua memória ou a moral, por exemplo[24].

2.2.2 Da proteção ao Direito da Personalidade

A guarda à dignidade da pessoa humana está prevista constitucionalmente e está presente em um dos fundamentos mais importantes da carta magna. Os que são considerados discutidos com mais ênfase são: vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas. A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, X que todo ser humano tem o direito de ser indenizado por dano material ou moral em consequência de alguma violação.[25] Com o mesmo pensamento, o Código Civil dispôs nos seguintes termos em seu art. 12, parágrafo único:

> Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer medida prevista neste artigo o

[23]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

[24]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 195.

[25]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

> cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Deste modo, a legislação nacional disponibiliza mecanismos judiciais, os quais devem ser desempenhados pelo ofendido direto ou pelo lesado indireto, com o objetivo de resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana. Essas ações judiciais podem apresentar um caráter preventivo, quando o objetivo for suspender feitos que lesem a integridade física, intelectual, moral, para somente em ato posterior propor a ação principal, ou de caráter cominatório, com fulcro nos artigos 497 e 536, do NCPC, com o intuito de dificultar a materialização da ofensa ou lesão[26].

A ofensa ao direito personalíssimo, por meio de ato ilícito, que provoca lesões à pessoa traz para o agente ofensor a responsabilidade civil extracontratual. O dever de reparação a essa garantia é interpretado segundo os ditames previstos na Constituição Federal, uma vez que as normas que defendem os direitos da personalidade não estão apenas previstas no âmbito do direito civil[27]. Além disso, além da própria vítima, é permitido que outras pessoas possam pleitear esse direito, quais sejam: herdeiros, cônjuge ou companheira, membros familiares, por exemplo.

Portanto, como a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos constitucionais, e consequentemente, a sua proteção é um dos objetivos da Lei Maior, é de grande relevância debater sobre os mecanismos virtuais e tecnológicos que ofendem os direitos da personalidade. Diante de uma sociedade tão ligada aos telefones celulares e computadores, em que ficou mais fácil e simples divulgar informações a um número ilimitado de pessoas, é interessante avaliar qual a

[26]BITTAR, 1999 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 196

[27]RAMOS, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 198

responsabilidade civil daqueles que invadem a intimidade e privacidade das pessoas[28].

2.2.3 A proteção ao discurso e à imagem

A possibilidade de comunicação por meio da palavra e da publicação de obras escritas, antes mesmo do Código Civil de 2002, já era protegida por uma lei especial que regulamenta todo o assunto pertinente a direitos autorais. Com o advento do Código Civil de 2002, veio a ser expressamente protegido no código esse direito da personalidade, bem como a viabilidade em requerer indenização por atos que atentem contra essa garantia[29].

A lei determina, no art. 20 do Código Civil nos seguintes termos:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.[30]

Dessa forma, tem-se o entendimento de que a publicação de obras escritas, a divulgação da palavra e da imagem de um indivíduo sem a sua respectiva autorização pode acarretar a responsabilidade civil do agente ofensor, mesmo que não venha a provocar danos à imagem, honra ou decoro da pessoa exteriorizada. Logo, somente

---

[28]CARVALHO, I. L., DANTAS, R, L. "*Direito ao Esquecimento*: delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira". Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815. Acesso em: 1 abr. 2019.

[29]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 206.

[30]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

se for em caso de utilidade pública para fins de administração da justiça, ou mediante autorização da própria pessoa mencionada a divulgação poderá ser realizada[31].

Além desse direito estar expressamente defendido no Código Civil e em lei especial, a Constituição Federal também assegura a todos o direito de transmissão da palavra, ou seja, a emissão de voz para declarar opiniões e argumentos sobre assuntos particulares ou representativos.

Como dito anteriormente, a Carta Magna, em seu Art. 5º, XXVIII, defende esse direito da personalidade e afirma que "A proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas."[32]

O mesmo procedimento é aplicado à divulgação da imagem de um sujeito, sem a sua respectiva permissão. A imagem é considerada como um direito inviolável, inerente à qualidade da pessoa humana e conectado à vida, e que por isso deve receber toda proteção jurídica[33]. Ademais, a Constituição também ampara à vítima o direito de adquirir, por vias judiciais, a interdição do uso do direito personalíssimo exteriorizado, além de posterior pedido de indenização pelos danos materiais e morais sofridos[34].

A proteção à própria imagem compõe o rol dos direitos da personalidade. E a referida Constituição já declarou total proteção a esse direito personalíssimo, que pode se materializar por meio de uma pintura, uma foto ou um vídeo, por exemplo. Essa garantia é considerada de caráter inviolável, juntamente como a intimidade, a

[31]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 207.
[32]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018
[33]SILVA, 1989 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral*15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 209
[34]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 207.

honra, a vida privada; e a sua violação enseja o dever de indenização moral ou material por parte do agente ofensor.

O STJ, antes do Código Civil de 2002, havia firmado que o entendimento que o "retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, em decorrência do direito à própria imagem, atributo da pessoa física e desdobramento do direito da personalidade". Além disso, a Egrégia Corte argumentou que "o uso da imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada."[35].

A partir da leitura do parágrafo anterior, entende-se que o Superior Tribunal de Justiça reforçou o entendimento sobre a proteção aos direitos personalíssimos, ao admitir que a imagem de uma pessoa não poderá ser divulgada sem a sua autorização, pois se configurar como um aspecto pessoal pertinente à própria pessoa publicada, bem como defende que tais publicações sem permissão ensejam o dever de indenizar se feitas de forma a ridicularizar a pessoa retratada.

Todavia, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, que consequentemente está mais voltado a defender os preceitos constitucionais, o STJ já argumentava:

> Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida [...] O dano,

[35]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. REsp 46.420. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas [...]. Recorrente: Confederação Brasileira de Futebol – CBF, Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e Outros. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de setembro de 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400093551&dt_publicacao=05/12/1994. Acesso em: 24 out. 2018

> neste caso, é a própria utilização para que a parte aufira lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa.[36]

Portanto, o entendimento mais atual é de que a divulgação da imagem da pessoa, sem a sua autorização, já acarreta o dever de indenizar, tendo em vista que a irregularidade já se encontra presente na simples exposição da imagem sem o devido consentimento.

2.2.4 A proteção à intimidade

A intimidade está relacionada à vida privada, e o Código Civil juntamente com a Constituição Federal protege o direito de cada pessoa a ter sua intimidade resguardada de atos ilícitos praticados por terceiros, como a violação ao lar, à família, às correspondências, à economia. Todavia, com a ascensão da internet e dos meios eletrônicos, está cada vez mais difícil preservar a intimidade, pois hoje em dia há disponível muitos meios que possibilitam a publicação de informações e dados, como, por exemplo, o uso de microcâmeras fotográficas de longo alcance[37].

Assim, com o intuito de preservar cada vez mais esse direito personalíssimo, o Código Civil, conforme o art. 21 afirma que "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma."[38]

De igual modo, a Constituição Federal estabelece que "Art. 5º, X.: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

---

[36]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 210.
[37]GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1. p. 211.
[38]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."[39]

A partir da leitura, infere-se que a legislação nacional se preocupou em resguardar o espaço íntimo e pessoal da vida das pessoas, ao reconhecer o direito de impossibilitar qualquer ato ofensivo que esteja na iminência de acontecer, bem como requerer indenização pelos danos ocasionados em decorrência da violação[40].

3 DIREITOAO ESQUECIMENTO

3.1 Conceito

O direito ao esquecimento é o direito que todo indivíduo possui de impedir que fatos pretéritos de sua vida, ainda que verdadeiros, sejam propagados em meio à sociedade, causando assim dor e sofrimento. Esse direito, visto como critério para a dignidade da pessoa humana, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 2013 por meio do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento."[41]

Assim, percebe-se a preocupação da jurisdição brasileira em proteger mais uma modalidade de direito da personalidade, os quais são considerados componentes da dignidade da pessoa humana, sob a seguinte justificativa do mesmo enunciado:

---

[39]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[40]DINIZ, 2002 apud GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: parte geral.*15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v.1. p. 210

[41]BRASIL. Conselho da Justiça Federal.*Enunciado 531, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.[42]

Embora o direito ao esquecimento tenha surgido no Brasil em 2013, com aplicação de um direito civil mais constitucionalizado, essa garantia tem suas origens na Europa, mais especificamente no Direito Alemão[43]. Por volta de 1969, um fato conhecido como "Caso Lebach" provocou reflexões no âmbito da jurisprudência estrangeira, pois um ex-condenado por homicídio ganhou uma demanda judicial no Tribunal Constitucional da Alemanha, a qual impedia que um canal de televisão divulgasse um programa sobre o crime posteriormente ao acusado alcançar a liberdade[44].

De fato, o debate acerca do direito ao esquecimento surgiu na esfera penal, visto que os primeiros casos tratavam-se de ex-condenados que, após terem finalizado o cumprimento de suas penas, não queriam que fossem externados ou repercutissem informações sobre o crime cometido anteriormente, tendo em vista o

[42]BRASIL. Conselho da Justiça Federal.*Enunciado 531, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

[43]SOUSA, U. C. M. de. *Decisão do STJ contribuiu para o aprimoramento do direito ao esquecimento*. 2018. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/ulisses-sousa-stj-aprimoramento-direito-esquecimento. Acesso em: 18 mar. 2019.

[44]SOUSA, U. C. M. de. *Decisão do STJ contribuiu para o aprimoramento do direito ao esquecimento*. 2018. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/ulisses-sousa-stj-aprimoramento-direito-esquecimento. Acesso em: 18 mar. 2019.

transtorno que essas notícias provocavam na vida daquele que estavam em processo de ressocialização[45].

Todavia, o direito ao esquecimento não se restringe ao âmbito penal, pois recentemente houve o caso da apresentadora Xuxa, a qual requereu que determinado filme, feito durante a sua juventude, parasse de ser disponibilizado pelas mídias sociais por lhe provocar prejuízos profissionais e emocionais. Há também situações em que pessoas famosas preferem ser esquecidas e passarem a viver em anonimato novamente, como, por exemplo, as atrizes Lídia Brondi e Ana Paula Arósio[46].

Atualmente, as discussões a respeito do direito ao esquecimento têm se tornado de extrema importância, em virtude do desenvolvimento de tecnologias e mídias sociais que disponibilizam informações, imagens e vídeos sobre fatos que tendem a ser eternos quando lançados na Internet, pois estarão sempre disponíveis ao acesso de pessoas a um simples "clique"[47].

No Brasil, o direito ao esquecimento está resguardado pela Constituição Federal de 1988, a analisá-lo como um resultado do direito à privacidade, intimidade e honra, previstos no Art. 5º, inciso X, bem como pelo Código Civil de 2002 em seu Art. 21:

> Art.5º, inciso X, CF: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito

[45]ORTEGA, F. T. O que consiste o direito ao esquecimento?2016. Disponível em:https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 20 mar. 2019.

[46]ORTEGA, F. T. *O que consiste o direito ao esquecimento?*2016. Disponível em:https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 20 mar. 2019.

[47]ORTEGA, F. T. *O que consiste o direito ao esquecimento?*2016. Disponível em:https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 20 mar. 2019.

> a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.[48]
>
> Art.21, CC: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.[49]

Portanto, esse novo direito, que surgiu em consequência do desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação, tendo em vista a capacidade de divulgação de notícias de forma rápida e permanente, veio para proteger aqueles que têm o seu direito à privacidade e intimidade violados por vias de informação[50].

3.2 Direito ao Esquecimento x Liberdade de Expressão

Conforme visto no tópico anterior, ao direito ao esquecimento é uma proteção concedida recentemente pelo ordenamento jurídico brasileiro ao indivíduo o qual deseja que o seu passado seja esquecido pela imprensa e pela sociedade[51].

Também fora visto anteriormente que o tema se trata de grande relevância devido à possibilidade das vias de publicação de notícias e informações serem tão rápidas e eficientes, sem mencionar a habilitação que a Internet possui de eternizar informes, dados, notícias sobre qualquer pessoa e situação[52].

---

[48]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[49]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

[50]RODRIGUES, E. M. S. *Direito ao esquecimento na República Federativa do Brasil*: análise aos casos Aída Curi e chacina da Candelária. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7. Acesso em: 22 mar. 2019.

[51]FERREIRA, P. R. de L. *Direito ao esquecimento é realidade no cenário jurídico brasileiro*. 2018. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2018-out-03/paulo-ferreira-direito-esquecimento-cenario-juridico-brasileiro. Acesso em 23 mar. 2019.

[52]RODRIGUES, E. M. S. *Direito ao esquecimento na República Federativa do Brasil*: análise aos casos Aída Curi e chacina da Candelária. Disponível em http://www.ambito-

Assim, torna-se evidente a tensão existente entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação e expressão. Isso ocorre porque o assunto se refere a dois temas abordados tanto por lei constitucional quanto por lei federal. Resta saber até que ponto a liberdade de expressão pode ser restringida em benefício ao direito de esquecimento; e qual a responsabilidade daquele que ultrapassa os limites do direito de informar[53].

Por um lado, serão recordados os amparos legais pertinentes ao direito ao esquecimento. Primeiramente, observou-se que esse novo direito constitui um dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, ou seja, pertence a um dos critérios dos direitos da personalidade, os quais são considerados intransmissíveis e irrenunciáveis. Contudo, embora o direito ao esquecimento não esteja expressamente previsto na legislação, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal encarregou-se de abordar o assunto, e estabeleceu que o rol de direitos privativos da personalidade é exemplificativo, e não taxativo. Com isso, é viável afirmar a existência de outros direitos da personalidade que não estão estabelecidos expressamente em lei[54].

Por outro lado, tem-se a discussão acerca do direito à liberdade de expressão, informação e imprensa, o qual se encontra claramente exposto na Lei Maior de 1988, em seu Art. 5º, incisos IV, IX e XIV, ao determinar proteção à manifestação de pensamento desde que não haja anonimato; ao permitir a liberdade de expor

---

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7. Acesso em: 22 mar. 2019.

[53]RODRIGUES, E. M. S. *Direito ao esquecimento na República Federativa do Brasil*: análise aos casos Aída Curi e chacina da Candelária. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7. Acesso em: 22 mar. 2019.

[54]BRASIL. Conselho da Justiça Federal.*Enunciado 274, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

informações por meios de comunicação, sem necessidade de prévia autorização para isso; além de conceder a todos o acesso às informações de forma geral.[55] Ademais, similarmente, a Constituição Federal assegura em seu Art. 220, Caput, o princípio da liberdade de comunicação e também a proibição à aplicação de qualquer lei que constitua impedimento para a manifestação desse direito[56].

Acerca desse debate entre pontos de vista distintos, pode-se utilizar como exemplo o julgamento do REsp 1.335.153-RJ, no qual o ministro Luis Felipe Salomão, apesar de reconhecer esse novo direito da personalidade, expôs suas preocupações a respeito da adoção do direito ao esquecimento, ao afirmar: que a sua garantia pode implicar em atentado à liberdade de expressão e de imprensa; que o direito ao esquecimento pode acarretar prejuízos ao direito à memória da sociedade; que esse direito seria capaz de subtrair informações que possam ter relevante importância de utilidade pública, principalmente sobre delitos de grande repercussão; e que um fato de interesse coletivo não deve ser minimizado em favor de proteção a um indivíduo[57].

Dessa forma, verifica-se o embate entre dois grandes princípios constitucionais, sejam eles: a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão. Sabe-se que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República, a partir da leitura do Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e que, por isso, todos

[55]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[56]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[57]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.335.153/RJ*.1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrentes: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 20 mar. 2019.

os outros direitos estabelecidos no ordenamento devem ser avaliados pela sua perspectiva[58]. Logo, mesmo que a Constituição reprove a censura, e que haja uma preferência pelo direito à liberdade de expressão em razão do interesse coletivo, esse poder de informar não é absoluto, e deve respeitar os limites definidos pela Carta Magna, sejam eles, particularmente, os direitos da personalidade.

3.3 Aplicação do Direito ao Esquecimento

No Brasil, um dos fatos emblemáticos que possibilitou uma discussão profunda a respeito do direito ao esquecimento, foi a tragédia conhecida como Chacina Candelária, a qual relatou bem a dualidade entre liberdade de expressão e informação contra o direito ao esquecimento.

Nesse caso, a demanda judicial gira em torno de um dos acusados, o qual chegou a participar do ocorrido, em 1993 no Rio de Janeiro, contudo, ao final do processo criminal que tratou do assunto, o acusado fora absolvido por negativa de autoria por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Tempos depois, a Rede Globo de Televisão, o propôs uma entrevista em um programa de sua rede, conhecido como "Linha Direta – Justiça". No entanto, o envolvido na tragédia não demonstrou interesse em divulgar a sua imagem associada ao crime novamente[59].

Em 2006, o programa foi apresentado e mostrou o autor da demanda como um dos participantes da chacina, mas que este fora absolvido em ação penal. O

[58]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[59]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.334.097/RJ.*Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 25 mar. 2019.

titular da ação argumentou que a notícia publicada relembrou à sociedade sentimentos negativos já superados, bem como que o fato ocasionou na sua vida prejuízos pessoais, dentre eles o direito à paz, ao anonimato e à privacidade[60]. A partir disso, o prejudicado resolver propor ação de indenização, na justiça do Rio de Janeiro, em face da Rede Globo, tendo em vista as lesões sofridas pela divulgação de sua imagem sem a sua autorização. A sentença proferida entendeu que o direito à informação, em razão do interesse público, prevalecia sobre o direito ao esquecimento, e não deferiu o pedido indenizatório[61].

Em sede de apelação, a sentença foi reformada, e com isso a ré acabou sendo condenada ao pagamento de R$ 50.000,00 reais por danos morais, sob o argumento de que a reportagem sobre a Chacina Candelária poderia ter sido feita sem revelar os nomes dos envolvidos. Posteriormente, foram propostos embargos infringentes e embargos de declaração, e ambos foram rejeitados. O lado passivo da demanda, insatisfeito, recorreu por meio de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, e alegou que a reportagem era lícita, e que há normalidade em divulgar informações em crimes de grande repercussão, bem como reafirmou o seu direito de liberdade de expressão.

---

[60]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.334.097/RJ*.Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 25 mar. 2019.

[61]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.334.097/RJ*.Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 25 mar. 2019.

Porém, foi dada procedência ao pedido de indenização, pelo Ministro Salomão, o qual esclareceu que o autor tinha o direito de ser esquecido, ou seja, de estar só e passar a viver em anonimato. Caso a reportagem não tivesse exposto os nomes do envolvidos, o direito da personalidade não teria sido violado. Além disso, o réu condenado ou absolvido por desvio de conduta em algum crime tem o direito de ser esquecido, visto que o próprio ordenamento prevê a exclusão de registros da condenação no instituto de identificação, conforme disposto no art. 748, CPP.

De igual modo, outro caso que reacendeu recentemente a discussão sobre o direito ao esquecimento foi o julgamento de um Recurso Especial 1.660.168 – RJ, em que o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze foi predominante, ao deferir o direito de uma pessoa a qual requeria que os provedores de busca da internet filtrassem as matérias disponibilizadas vinculadas ao seu nome[62]. Esse direito foi acolhido porque, segundo o entendimento nos tribunais superiores, fatos pretéritos não devem refletir eterna e ilimitadamente ao longo da vida de qualquer indivíduo. Com isso, pode-se compreender que é garantia de qualquer cidadão a reconstituição de sua vida em anonimato, sendo respeitada a sua privacidade e intimidade[63].

Portanto, resta claro que a jurisprudência brasileira já reconhece o direito ao esquecimento como um dos direitos da personalidade, bem como a importância da

[62]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.660.168/RJ*.1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores [...]. Recorrentes: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda, Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: DPN. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8de maio de 2018. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em 23 mar. 2019.

[63]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial.*REsp 1.660.168/RJ*.1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores [...]. Recorrentes: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda, Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: DPN. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8de maio de 2018. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em 23 mar. 2019.

proteção a esse direito, haja vista o desenvolvimento acelerado da tecnologia conforme o voto do ministro Marco Aurélio Bellizze, ao dispor da seguinte forma:

> "Não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca."

4 RESPONSABILIDADE CIVIL: DANO MORAL X DANO EXISTENCIAL

Nos capítulos anteriores, foram expostos conceitos sobre a personalidade natural, bem como sobre os direitos da personalidade e, e em específico, fora dado um enfoque ao direito ao esquecimento. Já no presente capítulo, serão abordadas definições acerca da responsabilidade civil e, em consequência, serão trazidos conteúdos sobre dano moral e dano existencial, com o objetivo de ao final da pesquisa, analisar se uma ofensa ao direito ao esquecimento provoca danos morais ou danos existenciais no âmbito da responsabilidade civil.

4.1 Da Responsabilidade

O Direito, responsável por criar mecanismos que possibilitam uma maior organização do meio social, tem também como objetivo resguardar os atos lícitos e repudiar os atos ilícitos[64]. Em outras palavras, ao Direito vincula-se e destina-se aos atos lícitos, intenta contra os atos ilícitos com o objetivo de proibi-lo, bem como de reparar suas consequências ofensivas à ordem jurídica. Para isso, o sistema normativo estabeleceu deveres que, de acordo com a sua natureza, podem sem tanto

[64]DANTAS, 1977 apud CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas. 2014. p. 13

positivos quanto negativos. Esses deveres serão positivos quando forem "de dar" ou "fazer", e serão negativos quando forem "de não fazer" ou de suportar algo[65].

Dessa forma, a violação de algumas das posturas citadas acima, sejam elas positivas ou negativas, gera a ilicitude que, na maioria das vezes, ocasiona prejuízos, e, por isso, acarreta o dever de indenizar a pessoa lesada pelo ato ofensivo. Essa postura, a qual deve ser adotada por todos os indivíduos, pois está de acordo com os preceitos legais, é considerado um dever jurídico originário. Este, caso venha a ser descumprido ou violado, ocasiona o dever jurídico sucessivo, que nada mais é o que o dever de indenizar a pessoa prejudicada pelo descumprimento do dever jurídico primário ou originário[66]. Como exemplo, tem-se a situação do dever jurídico primário de respeitar os direitos autorais de determinada pessoa que publique ou tenha feito alguma obra artística ou acadêmica. Se, em alguma hipótese, alguém descumpra os requisitos para publicação ou divulgação desses materiais, cabe ao titular do bem o direito de pleitear ação de indenização, tendo em vista que seu direito de personalidade fora lesado.

A partir das considerações abordadas anteriormente, é possível definir o conceito de responsabilidade civil, como sendo um desvio de postura, a qual deveria ter sido empregada corretamente e não foi; e que, devido a isso, gerou a outrem algum tipo de ofensa ou dano.Por isso, somente é possível falar a respeito de responsabilidade civil, ou sobre o dever de indenizar se houver descumprimento de dever jurídico e dano. Assim, o responsável pela reparação do prejuízo é aquele que violou alguma obrigação preexistente. Logo, a responsabilidade civil, que por sua vez é um dever jurídico sucessivo, surge para reprimir práticas que ofendem o dever

[65]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.
[66]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

jurídico primário, ao tentar penalizar de alguma forma o agente ofensor que ocasionou prejuízos à vítima[67].

Como visto anteriormente, a obrigação de indenizar é um dever jurídico sucessivo, pois decorre do não cumprimento de uma obrigação jurídica originária. Além dessa característica, a obrigação de indenizar também pode ser considerada como voluntárias ou legais. As obrigações voluntárias são aquelas resultantes de negócios jurídicos, sejam por meio de contratos ou não, mas que ocorrem devido a autonomia da vontade, ou seja, as partes acordam determinado compromisso por vontade própria. Já as obrigações legais, por sua vez, são aquelas determinadas por lei, pertinente a determinados requisitos; existem por a lei define seus critérios para uso e aplicação. Assim, não se trata de uma obrigação acordada entre as partes, mas de uma obrigação imposta pela norma[68].

Por fim, mas não menos importante, é importante destacar que, atualmente, o Código Civil tem sido analisado sob outro viés, conhecido como Direito Civil Constitucional, o qual busca explorar os principais temas do direito privado, não apenas sob o respaldo do Direito Civil e de estatutos jurídicos, mas também sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, bem como dos princípios constitucionais[69]. Entretanto, é importe ressaltar que não haverá integração de ideias ou concepções entre os respectivos Direitos, e sim uma relação entre os critérios abordados por cada área, com a finalidade em assistir melhor o Estado e a sociedade. Em suma, o Direito Civil Constitucional é uma consonância entre o Direito Público e o Direito Privado, através da conformidade entre os institutos defendidos por cada

[67]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.
[68]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.
[69]TARTUCE, F. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 319.

um desses âmbitos jurídicos, os quais, por sua vez, também se encontram sob a guarda da Carta Magna[70].

4.2 Dano Moral

A proteção e o direito à tutela de indenização por danos imateriais foram aceitos pelo ordenamento jurídico de forma positiva com o advento da Constituição Federal de 1988. Anteriormente, era praticamente impossível pleitear ação de indenização por danos morais, visto que os tribunais à época encontravam dificuldades ao tentar estabelecer a sua quantificação[71]. No entanto, com o surgimento da Lei Maior, o homem passou a ser o centro do ordenamento jurídico, passando a influenciar em todas as outras decisões e construções normativas. Uma das inovações foi a proteção aos direitos imateriais que, diferentemente do direito patrimonial, o qual pode ser avaliado em pecúnia, constituiu um valor muito mais significativo para o homem, por representar e resguardar direitos tão pertinentes à natureza humana[72].

O dano moral, no que lhe concerne, consiste em uma ofensa aos direitos da personalidade. A pessoa que tutela uma ação de indenização por danos morais não almeja um valor financeiro equivalente à sua dor ou sofrimento, mas sim um meio para tentar diminuir a perda de algum de seus direitos personalíssimos. Por isso, o objetivo em ter um acréscimo no patrimônio não se faz presente na intenção da vítima que pleiteia esse tipo de dano, e sim a ideia de compensação pelos prejuízos suportados em decorrência do fato danoso. Em razão disso, diz-se que a expressão

[70]TARTUCE, F. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 320.

[71]TARTUCE, F. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 417

[72]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

ressarcimento é inadequada para o uso relacionado ao dano moral, e que a forma correta, por sua vez, é a expressão *reparação,* visto que a não há um valor financeiro capaz de ressarcir no todo a perda sofrida pela vítima[73].

A Constituição Federal promove o direito à reparação aos direitos da personalidade que venham a ser lesados ao afirmar em seu art. 5º, incisos V e X, que a reparação por dano moral é plena, ou seja, o novo enfoque constitucional é resguardar os atributos inerentes à dignidade humana.[74] No entanto, o dano moral não precisar se vincular necessariamente a alguma reação psicológica na vítima. Do mesmo modo que pode haver lesão à dignidade humana sem dor ou sofrimento, é possível haver dor ou sofrimento quando ocorrer violação ao direito à dignidade. O sofrimento da vítima tem de ser decorrência do fato danoso e não a sua causa[75].

Logo, dano moral é uma ofensa a um direito de personalidade, o qual constitui um dos critérios da dignidade da pessoa humana, justamente por apresentar características essenciais e pertinentes a todos os indivíduos desde o nascimento com vida. É por meio dessas características que os sujeitos podem adquirir e resguardar seus demais bens jurídicos, sejam eles materiais ou imateriais. Dano moral não se limita a apenas dor, tristeza, sofrimento, mas a tutela estende-se a todos os direitos personalíssimos defendidos pelo ordenamento. Devido à sua natureza extrapatrimonial, ou seja, por tratar-se de um direito que não está suscetível a uma avaliação em pecúnia, o dano poderá ser apenas compensado e não ressarcido,

[73]TARTUCE, F. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2. p. 417

[74]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[75]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 107.

sendo essa uma penalização para o agente ofensor e uma satisfação para a pessoa prejudicada[76].

4.3 Aplicação do Dano Moral

No tópico anterior, foi visto que o conceito de dano moral, anteriormente a Constituição Federal de 1988, não fora tão bem acolhido pelos juristas à época, em face da dificuldade em estimar um valor para uma possível ação de indenização. No entanto, com o passar do tempo, percebeu-se que não se tratava de uma indenização equivalente ao dano sofrido, ou seja, não se trata de ressarcimento, e sim de uma compensação pelos injustos danos sofridos pela vítima[77].

Assim, o pedido de indenização por danos morais não tem a finalidade em ter restituído de forma integral o dano sofrido, mas sim uma satisfação, ao tentar, de certo modo, encontrar algum bem que compense a dor e a humilhação vivida. O termo equivalência, mais relacionado ao dano material, é sucedido pela expressão compensação, visto que a indenização auferida pela parte irá apenas atenuar seus prejuízos imateriais, e não os reintegrar completamente, comparado à situação em que estaria caso não tivesse ocorrido o dano. Além disso, é importante ressaltar que a indenização imposta ao agente ofensor é uma penalização para que aquele ato causador do dano seja reprimido e não volte a acontecer, bem como para que o autor do dano não saia impune nessas ocorrências[78].

Em relação à cumulação do dano moral com o dano material no pedido de indenização, é válido relembrar que anteriormente essa possibilidade não era viável na jurisdição brasileira. A justificativa para essa negativa era de que a indenização

[76]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.
[77]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.
[78]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

por danos materiais absorvia o dano moral, ou seja, o dano moral sofrido pela vítima estaria exaurido através da reparação por danos materiais. Todavia, sabe-se que a aceitação do pedido de indenização por danos materiais não necessariamente engloba as ofensas por dano imaterial, visto que, embora tenham surgido por meio da mesma circunstância, produzem consequências diferentes entre si. Por isso, como seus danos não produzem efeitos semelhantes, não há que se argumentar em unificar esses dois direitos[79].

Dessa forma, o posicionamento atual sobre cumulação de dano material com o dano moral é de que é sim possível juridicamente. A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 5º, incisos V e X, a possibilidade de plena reparação do dano material ao afirmar nos seguintes termos:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;[80]

Além de a Lei Maior garantir de forma precisa esses direitos, o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu e firmou seu entendimento sobre o assunto,

[79]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 110.

[80]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

ao formular a Súmula 37, a qual defende que "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato."[81]

A partir da leitura dos artigos acima, pode-se afirmar que tanto a lei, quanto os principais institutos do direito civil, bem como o entendimento das cortes superiores concorda com a importância do reconhecimento do dano moral para a defesa dos atributos humanos mais essenciais, sendo todas essas características representadas pelo rol dos direitos personalíssimos, que, por sua vez, são adquiridos por todos desde o nascimento com vida.

4.4 Dano à imagem

O direito à imagem é um dos atributos intrínsecos ao ser humano e, por apresentar essa qualidade, tornou-se uma das virtudes resguardadas pelos direitos da personalidade. A Constituição Federal, visando preservar esse bem jurídico, em seu art. 5º, inciso X dispõe expressamente que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."[82] E, posteriormente, com a mesma intenção em resguardar o direito à imagem, o Código Civil no art. 20 pronunciou que "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a pública."[83]

---

[81]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 37*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2268&seo=1>. Acesso em: 23 abr. 2019.

[82]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.. Acesso em 27 out. 2018

[83]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

Assim, a partir da leitura do parágrafo anterior, percebe-se que o direito à imagem é uma garantia jurídica bem acolhida pelo ordenamento nacional, tendo em vista que está protegido tanto pela Carta Magna quanto pelo Código Civil. Essa preocupação em preservar esse direito está relacionada ao fato de que a imagem é uma característica própria de cada pessoa, uma outra face do direito da personalidade[84].

Há muitas definições sobre o que é a imagem. De forma resumida e simplificada, considera-se imagem a soma de todas as características e peculiaridades que diferenciam e tornam singular um indivíduo em meio a sociedade. O conjunto de elementos faciais, como olho, boca, nariz, olhos, definem uma pessoa, por meio da qual todos conseguem diferenciá-la das demais. Por isso, dentre todas as especificidades do direito da personalidade, a imagem é o aspecto que mais exterioriza o ser humano no meio social, porque fisicamente é o fator que mais o destaca entre as outras pessoas[85].

Devido ao desenvolvimento da tecnologia, a comunicação também obteve seus avanços, no que diz respeito à sua forma de divulgação e publicação. Pois bem, sabe-se que os rádios, jornais, revistas, televisão sempre foram fontes de longo alcance para os profissionais da comunicação, tendo em vista que o número de pessoas que são atingidas por esses mecanismos de informação é em grande quantidade. Todavia, atualmente, a grande indústria tecnológica tem permitido métodos mais rápidos e eficazes para promover uma difusão de informação, conhecimento, propagandas, enfim, tudo vinculado a esse perfil profissional está envolto pelos meios de comunicação.

---

[84]CARBONNIER, 1971 apud CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas. 2014. p. 137

[85]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.

Dessa forma, através dessas novas possibilidades, a imagem de uma pessoa, por exemplo, pode estar presente em vários lugares ao mesmo tempo. O aplicativo mais popular do momento, conhecido como WhatsApp, é capaz de disseminar informações e imagens de maneira muito rápida e eficaz. Essa agilidade pode ser tanto positiva quanto negativa, tendo em vista que muitas pessoas físicas e jurídicas utilizam desse meio para garantir uma maior renda, ou até mesmo, o próprio sustento[86]. E, em contrapartida, pessoas de má-fé também utilizam desse meio para difamar a imagem e a honra de um desafeto, por exemplo. Logo, ao passo que a tecnologia é usada para propagar o bem e facilitar a vida das pessoas, ela também é utilizada para a prática de ações maldosas e perversas.

Como visto ao longo do tópico, a imagem de uma pessoa constitui direito da personalidade, e por isso, deveria ser considerada um bem indisponível. No entanto, dentre as garantias personalíssimas, a imagem é um dos direitos que se reveste da característica da disponibilidade, visto que uma pessoa pode, por meio de contratos, ou mediante prévia autorização, usar a sua imagem para serviços com fins econômicos ou não[87]. Por isso, segundo o art. 20 do Código Civil, é necessária a prévia autorização da pessoa, cuja imagem está sendo divulgada.[88]

A utilização imprópria de imagem de pessoa acarreta indenização por danos patrimoniais, sempre que a imagem for usada para fins comerciais, sem o consentimento ou a atuação do detentor da imagem nos ganhos auferidos que dela podem decorrer. Além disso, pode acarretar indenização por danos patrimoniais quando, por meio da publicação da imagem, o indivíduo se prejudicar

[86]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.
[87]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.
[88]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018



economicamente, como a perda de um contrato, por exemplo. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, por meio da Súmula 403, que o uso de imagem não autorizada pelo detentor, com finalidade econômica, comercial ou publicitário, promove indenização por dano moral[89].

Em relação ao direito à informação, é preciso estabelecer quais situações qualificam como direito à informação ou como ofensa ao direito à imagem. A interpretação que prevalece é de que quando uma imagem é publicada em uma situação ampla e genérica, em que há como finalidade própria noticiar determinado fato ou acontecimento sobre a pessoa, não se configura uma violação ao direito à imagem. Todavia, se ficar evidente que a intenção do publicitário, ou de qualquer outro profissional da área de comunicação, que vinculou a imagem da pessoa para fins econômicos ou para torná-la identificada no meio social configura lesão ao direito personalíssimo[90].

Assim, desde que fique claro que a intenção da divulgação da imagem da pessoa não seja com o objetivo de auferir algum lucro ou de ofender a honra alheia, não acarreta a responsabilidade civil. Logo, o que importa definir é se a matéria jornalística publicada realmente está vinculada à realidade dos fatos ou não[91].

4.5 Dano Existencial

O conceito de dano existencial, apesar de pertencer ao direito italiano, tem sido bastante frequente em demandas judiciais brasileiras. As partes que objetivam conquistar esse direito no judiciário demonstram ter sofrido um dano na sua existência, ou seja, uma ofensa à sua vida cotidiana ou à vida de relação, tal como a

[89]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 140.
[90]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.
[91]CAVALIERI FILHO, S.*Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014. p. 139.

um projeto de vida pessoal para o futuro. Todavia, o requerimento desse direito tem causado discussões devido à sua similaridade com uma espécie de dano, já consolidado no ordenamento nacional, o qual consiste no dano moral[92]. Por isso, ao longo do tópico serão abordadas as principais características dessa nova modalidade de ofensa aos direitos da personalidade, cuja denominação consiste em dano existencial.

O Dano Existencial, nascido na jurisprudência italiana por volta do século XX, consiste em um dano extrapatrimonial ou imaterial, o qual impede ou limita o indivíduo de exercer as suas atividades diárias, ou até mesmo de poder vir a realizar um projeto pessoal de vida no futuro. Em decorrência desse dano, a pessoa prejudicada perde a oportunidade de aproveitar os momentos prazerosos que a vida tem a lhe proporcionar. Assim, esse tipo de violação pode ser dividido em duas modalidades: em dano a uma vida de relação e em dano ao projeto de vida. No primeiro caso, o indivíduo perde algo que já integrava o seu estilo de vida, como o lazer aos domingos com a família ou um hobby em competir corridas de rua. No segundo caso, por sua vez, a pessoa lesada fica impossibilitada de praticar, exercer ou realizar um plano de vida, como tocar algum instrumento; ou, no caso de uma mulher que sonha em se tornar mãe, a impossibilidade de engravidar devido a um erro médico[93].

Quanto ao dano à vida de relação, subdivisão do dano existencial, o conceito diz respeito sobre a dificuldade ou a impossibilidade de a pessoa relacionar-se com a

[92]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

[93]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

família e os amigos no meio social, ou de mantê-las em um nível de normalidade e habitualidade. Já o dano ao projeto de vida é uma ofensa às próprias expectativas que o indivíduo tinha sobre seu futuro, a sua existência, e o respectivo reflexo desse dano ao próprio sentido de viver[94].

Analisando os conceitos abordados, é possível identificar em muitas fases da história da humanidade violações gravíssimas ao dano extrapatrimonial, como no Holocausto causado na Segunda Grande Guerra Mundial, bem como em todos os regimes ditatoriais vivenciados, por exemplo. Momentos estes os quais foram repletos de violência, opressão, miséria, e que forçaram pessoas a modificarem o seu estilo de vida para adequar-se a situações desumanas a fim de simplesmente existirem, pois é sabido que sequelas psíquicas e físicas infelizmente integraram a sua mente e o seu corpo ao longo dos anos[95].

Atualmente, o direito à indenização por danos existenciais não está expressamente defendido pelo ordenamento pátrio. Ao afirmar isso, não significa dizer que os cidadãos brasileiros estão vulneráveis a qualquer tipo de violação imaterial, e sim que a norma confere essa proteção aos danos extrapatrimoniais sofridos através de uma indenização por Dano Moral. Assim, todas as ofensas aos direitos de personalidade ou aos direitos fundamentais de caráter imaterial serão compensadas pelo ajuizamento de ação por dano moral perante órgão jurisdicional competente[96].

---

[94]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

[95]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-resp
onsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

[96]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018



A Constituição Federal de 1988 prevê que todas as pessoas terão o direito à reparação proporcional ao dano material, moral ou à imagem; além disso, prevê a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos[97]. Além disso, o Código Civil brasileiro reforça a ideia de indenização para aquele que comete ato ilícito, ainda que o dano causado seja apenas moral[98]. Assim, é possível afirmar que existem mecanismos jurídicos que permitem a busca por direitos extrapatrimoniais perante a justiça, e que o seu rol de possibilidades de ofensas a serem indenizáveis é consideravelmente amplo.

4.5.1 Conformidades entre Dano Existencial e Dano Moral

Nos tópicos anteriores, foram abordadas concepções a respeito do dano moral e do dano existencial, os quais consistem em um dano imaterial, e a seguir serão levantadas ideias e conceitos no que diz respeito ao dano existencial, tendo em vista que a presente pesquisa também visa discutir se há, ou não, a sua autonomia frente ao dano moral no direito brasileiro.

O dano existencial é uma violação a qualquer um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e que, por sua vez, causa um desequilíbrio no modo de ser da pessoa ou nas atividades habituais relacionadas a um projeto de vida pessoal, independentemente de qualquer reflexo financeiro ou econômico que a lesão possa provocar. Esse tipo de dano, atualmente, tem sido corriqueiramente presente em pautas jurídicas a respeito da sua possibilidade, dado que suas características intrínsecas se confundem com os critérios previstos para o dano moral. Como exemplo, pode-se citar o vazio existencial provocado pela morte ou

[97]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[98]BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.Acesso em: 24 set. 2018

acidente grave a um ente próximo, a ofensa à dignidade de um trabalhador, o estresse emocional e físico decorrente da supressão do direto a férias, os danos de uma calúnia ou difamação, entre outros[99].

Dentre as defesas atribuídas à autonomia do dano existencial, estão aquelas que afirmam que esse dano não é um dano biológico, pois seus efeitos não refletem em problemas físicos ou psicológicos; que também não corresponde a um dano moral porque não consiste meramente em dor, sofrimento e angústia; e, muito menos, não consiste em um dano patrimonial, visto que suas consequências nem sempre acarretam a perda de rendimentos financeiros por parte do indivíduo lesado. Assim, o dano existencial não é constituído por critérios econômicos ou patrimoniais, mas sim de uma característica que abrange tudo aquilo que ele deixou de fazer durante a sua vida, e que por isso teve como consequência interferência nos seus planos para o futuro, bem como na sua maneira de viver, em relações interpessoais, íntimas[100]. Um exemplo muito utilizado para a defesa do dano existencial é o caso do trabalho escravo, o qual, infelizmente, ainda é encontrado em algumas regiões do país. Esse tipo de tratamento desumano seria, na visão existencialista, impossível de ser reparado a título de indenização por danos morais,

[99]ALMEIDA NETO, A. A. *Dano Existencial - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. 2018. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kBQmlb_PZjoJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%2520EXISTENCIAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 14 out. 2018.

[100]ALMEIDA NETO, A. A. *Dano Existencial - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. 2018. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kBQmlb_PZjoJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%2520EXISTENCIAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 14 out. 2018.

tendo em vista que o custeio de tratamentos médicos e psíquicos não poderiam trazer a paz de espírito tão facilmente ao indivíduo[101].

De fato, todos os exemplos elucidados durante o capítulo não são passíveis de indenização a título de dano patrimonial, visto que não correspondem ao prejuízo de bens materiais, mas sim a uma ofensa a um direito extrapatrimonial, ou seja, bens que não estão sujeitos à avaliação pecuniária. Desse modo, essa forma de dano está suscetível a aflições e angústias passageiras ou permanentes ao longo da vida, da mesma maneira que uma violação por danos morais. Não há como presumir que o dano sofrido por uma pessoa seja latente na mesma intensidade durante toda a sua existência. Para isso, existem acompanhamentos psicológicos ou, mesmo, terapias comportamentais que auxiliam a pessoa a superar determinadas fases difíceis da vida, bem como todo o apoio dado por parte da família, amigos. Como o dano moral por si só já abrange a defesa da dignidade da pessoa humana, assim como o direito de personalidade, seria inviável estabelecer a autonomia de um dano que já está sendo resguardado por leis constitucionais e infraconstitucionais[102]. Logo, de acordo com as disposições normativas previstas na Constituição Federal, bem como no Código Civil, é possível tutelar essa modalidade de dano imaterial, definida como existencial, apenas como um efeito agravante à tutela de danos morais[103].

---

[101] ALMEIDA NETO, A. A. *Dano Existencial - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. 2018. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kBQmIb_PZjoJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%2520EXISTENCIAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 14 out. 2018.

[102] BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[103] MELO, M. A. *O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

Portanto, ao estudar os argumentos apresentados pela defesa da autonomia dos danos existenciais, e também as singularidades do dano moral, além de toda a sua respectiva disposição normativa, é possível afirmar que os danos existenciais possuem as mesmas características do dano moral, todavia, de um modo mais gravoso e permanente; e que, devido a isso, não seria relevante fazer uma distinção entre esses dois tipos de violação. Logo, ao deparar-se com a alegação de um sofrimento existencial, deve-se interpretá-lo como uma lesão mais gravosa e significativa para efeitos de indenização por danos morais.

4.5.2 Responsabilidade Civil para quem ofende o direito ao esquecimento

Ao longo do presente artigo, foram abordados os conceitos referentes à personalidade natural, aos direitos da personalidade, ao direito ao esquecimento, o qual também é considerado como um direito da personalidade, segundo o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, e, por fim, foram analisados os conceitos vinculados à responsabilidade civil, dentre eles o dano moral e o dano existencial. Toda essa análise prévia foi feita com o intuito de avaliar qual a responsabilidade civil da pessoa que ofende um direito ao esquecimento, se a consequência disso será dano moral ou um dano existencial.

Como fora visto, o dano moral foi aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma positiva a partir da Constituição Federal de 1988, a qual dispôs em seu art. 5º incisos V e X, sobre a proteção e o direito à tutela de indenização por danos imateriais[104]. Esses direitos imateriais são, portanto, os direitos da personalidade,

[104]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

que, por sua vez, são tidos como os direitos à imagem, honra, privacidade, integridade física, e, também incluso o direito ao esquecimento entre outros direitos personalíssimos, visto que esse rol é apenas exemplificativo[105]. Assim, todo aquele que tiver alguns de seus direitos personalíssimos lesados por outrem, terá a possibilidade de pleiteá-los por vias judiciais, para de alguma forma ter o seu direito reconhecido e reparado[106].

Além do dano moral, fora trazido à discussão o conceito de dano existencial. Este, no que lhe concerne, afirma que o dano provocado atinge a existência humana, à sua vida cotidiana ou à sua vida de relação com as demais pessoas, tal como a um projeto futuro de vida. Em outras palavras, significa, pois, um dano extrapatrimonial, assim como o dano moral, todavia de uma forma mais intensa e prejudicial, tendo em vista que pode limitar o indivíduo de exercer suas atividades diárias, seus planos de vida ou até mesmo, de impedi-lo de poder vir a realizar um projeto futuro[107].

Assim, comparando a natureza jurídica desses dois tipos de dano extrapatrimonial, percebe-se que ambos tutelam direitos da personalidade. E que, apesar do dano existencial enfatizar que a sua ofensa provoca efeitos ao longo da existência do indivíduo, as duas modalidades de danos implicam em violar direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, sejam eles, os direitos da personalidade, e dentre eles o direito ao esquecimento[108]. Logo, conforme os preceitos normativos da

---

[105]BRASIL. Conselho da Justiça Federal.*Enunciado 274, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

[106]BRASIL.[Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.*Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

[107]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

[108]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

Constituição Federal de 1988, e considerando as características de dano existencial, é possível concluir que essa nova modalidade de dano provoca apenas um efeito agravante à tutela de danos morais, e não uma nova especificidade de dano extrapatrimonial[109]. Dessa forma, a pessoa que tem o seu direito ao esquecimento ofendido, pode propor, por vias judiciais, uma demanda de ação de indenização por danos morais para haver a sua garantia reparada.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo acadêmico abordou as principais características da personalidade natural, do direito de personalidade, bem como o novo conceito de direito ao esquecimento presente no rol de direitos da personalidade. Posteriormente, foram discutidos conceitos a respeito da responsabilidade civil, principalmente o conteúdo relacionado às ofensas por dano extrapatrimonial. Tendo em vista que os danos extrapatrimoniais são as ofensas voltadas aos direitos personalíssimos, o objetivo da pesquisa foi avaliar sobre qual o tipo de dano acarreta para aquele que ofende o direito ao esquecimento.

De acordo com os dados da pesquisa, o direito ao esquecimento é uma garantia dada ao indivíduo de ter o seu passado esquecido, ou seja, que as informações e os fatos sobre sua vida não sejam expostos para o público a qualquer tempo. Todavia, ultimamente, a sociedade contemporânea tem um acesso muito rápido e eficiente sobre notícias imagens e informações do mundo todo de forma muito prática, em função de celulares, internet, programas televisivos. Além disso, a liberdade de informação e expressão é garantia constitucional prevista como forma

[109]MELO, M. A.*O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019.

de total repúdio à censura, e também uma forma de manter todas as pessoas informadas sobre as notícias e fatos do mundo. No entanto, o que gera discussão é saber sobre qual o limite da liberdade de expressão, ou seja, até que ponto as informações sobre um indivíduo podem ser disponibilizadas ao público.

Assim, o que se pode concluir disso é que cada situação em concreto deverá ser analisada à parte, sempre ponderando as duas garantias constitucionais, quais sejam o direito ao esquecimento, como um direito inerente à dignidade da pessoa humana, e a liberdade de expressão, para avaliar o que acarreta maior prejuízo na concessão de um desses direitos. Logo, não é possível afirmar de forma absoluta qual direito será concedido sem uma prévia análise dos efeitos que a decisão poderá acarretar para ambas as partes da lide processual.

Posteriormente, fora analisado na pesquisa os conceitos de responsabilidade civil, em específico os assuntos voltados a danos morais e danos existenciais. E partir da exposição de conteúdos referentes a esses dois tipos de dano, infere-se que ambos possuem a mesma natureza jurídica, ou seja, as duas modalidades de dano visam tutelar direitos extrapatrimoniais causados aos direitos da personalidade. E, embora o dano existencial possa argumentar que seus danos produzem efeitos ao longo da existência de um indivíduo o impedindo de realizar projetos e relações interpessoais, esses danos também estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, e sendo assim, poderão ser considerados como danos morais, no entanto, com um critério mais gravoso, e não uma nova modalidade de dano extrapatrimonial, a qual enseja uma nova definição, critérios e características.

Dessa forma, aquele que tem um direito ao esquecimento violado, ou seja, um dano ao direito de personalidade poderá tutelar por vias judiciais a reparação dessa lesão por meio de ação de indenização por danos morais, tendo em vista que esse

direito é inerente à dignidade da pessoa humana e, portanto, sua natureza jurídica é de natureza moral e não existencial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, A. A. *Dano Existencial - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. 2018. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kBQmlb_PZjoJ:www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%2520EXISTENCIAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 37*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2268&seo=1>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 out. 2018

BRASIL. *"Conheça os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil"*. 2018. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/conheca-os-cinco-fundamentos-da-republica-federativa-do-brasil. Acesso em: 26 mar. 2019

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 274, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 531, IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 set. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. *REsp 1.660.168/RJ.* 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores [...]. Recorrentes: Yahoo! Do Brasil Internet Ltda, Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: DPN. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8de maio de 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em 23 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. REsp 46.420. O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas [...]. Recorrente: Confederação Brasileira de Futebol – CBF, Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e Outros. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de setembro de 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400093551&dt_publicacao=05/12/1994. Acesso em: 24 out. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. *REsp 1.335.153/RJ.* 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrentes: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 20 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. *REsp 1.334.097/RJ.* Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em 25 mar. 2019.

CARVALHO, I. L., DANTAS, R, L. "*Direito ao Esquecimento*: delineamentos a partir de um estudo comparativo de *leading cases* das jurisprudências alemã e brasileira". Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815. Acesso em: 1 abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil* . São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, P. R. de L. *Direito ao esquecimento é realidade no cenário jurídico brasileiro*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-03/paulo-ferreira-direito-esquecimento-cenario-juridico-brasileiro. Acesso em 23 mar. 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro : parte geral.* 15 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. v. 1.

LOTUFO, R.*Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232).* 3. ed.. São Paulo: Saraiva. 2018. v.1.

MELO, M. A. *O dano existencial na responsabilidade civil.* Disponível em: http://genjuridico.com.br/2016/02/05/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 mar. 2019

ORTEGA, F. T. *O que consiste o direito ao esquecimento?*2016. Disponível em: https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 20 mar. 2019.

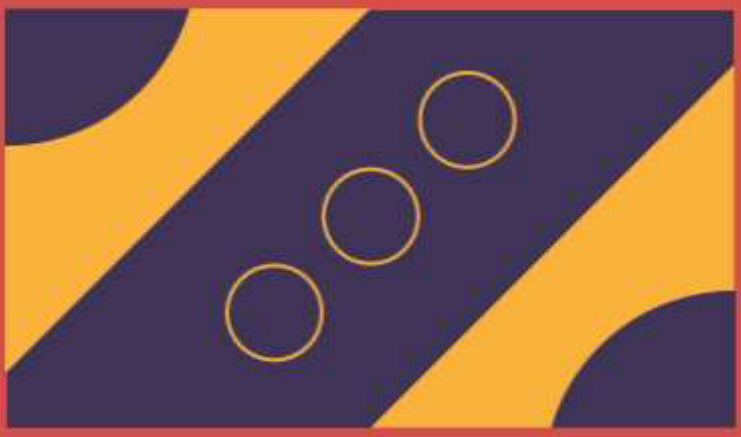
RODRIGUES, E. M. S. *Direito ao esquecimento na República Federativa do Brasil*: análise aos casos Aída Curi e chacina da Candelária. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7. Acesso em: 22 mar. 2019.

SOUSA, U. C. M. de. *Decisão do STJ contribuiu para o aprimoramento do direito ao esquecimento*. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/ulisses-sousa-stj-aprimoramento-direito-esquecimento. Acesso em: 18 mar. 2019.

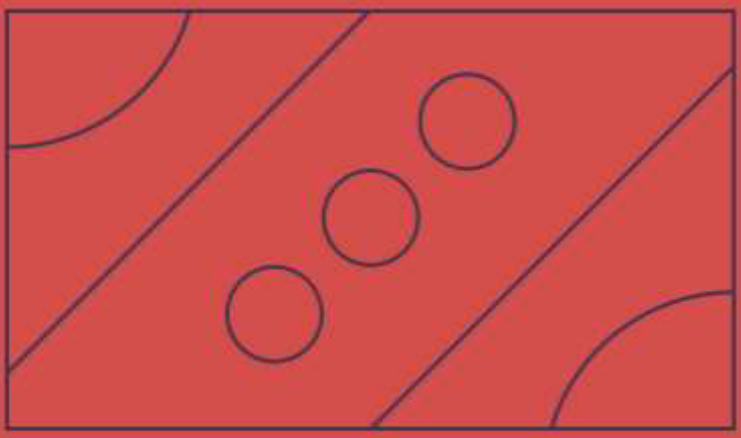
TARTUCE, F. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v.2.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Direito Constitucional



CEUB

FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: O EXAME DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO DF COMO MEIO DE SUA EFETIVAÇÃO

Brunna Terroso Holmes

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a regularização fundiária em face dos objetivos que norteiam o instituto, elencados no artigo 10 da Lei nº 13.465 de 2017. Assim, o trabalho buscou verificar, mediante a exemplificação de um caso concreto, se a intervenção governamental para a efetivação da regularização condiz com o compromisso de prestação de serviços públicos, geração de empregos, integração social, efetivação da função social da propriedade, desenvolvimento das funções da cidade e, principalmente, garantia do direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas, conforme previsto na referida lei. Para a obtenção de conclusão neste sentido, foram estudados o contexto histórico da regularização fundiária no Brasil, a legislação aplicável, o conceito de função social da propriedade, as funções da cidade e o conceito do direito à moradia digna e adequada. Em sequência, foram levantados alguns dados sobre a situação urbana de Vicente Pires, uma Região Administrativa no Distrito Federal que está em processo de regularização fundiária, bem como as intervenções promovidas pelo poder público para a efetivação do procedimento.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Função social da propriedade. Direito à moradia. Vicente Pires.

1 INTRODUÇÃO

Levando em conta o contexto da regularização fundiária no Brasil, atualmente regulada pela Lei Federal nº 13.465 de 2017 que, além de prever a maneira pela qual a regularização deve ser processada, elegeu uma série de objetivos



norteadores, o presente trabalho foi elaborado de forma a analisar os mais importantes objetivos e comparar o "dever ser" ilustrado pela legislação com o "ser", mediante a análise da forma em que a regularização realmente ocorre na prática.

Em outras palavras, estre trabalho discorrerá sobre o procedimento da regularização fundiária e destacará os principais objetivos eleitos pela norma, quais sejam, a prestação de serviços públicos, geração de empregos, integração social, efetivação da função social da propriedade, desenvolvimento das funções da cidade e, principalmente, garantia do direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas.

Em sequência, serão apresentados os principais pontos da função social da propriedade, as funções da cidade e os requisitos para a efetivação do direito à moradia adequada, que são relevantes para a compreensão da controvérsia.

Ato contínuo, o trabalho enfrentará uma situação prática, levantando dados de Vicente Pires, a 30ª Região Administrativa do Distrito Federal, de origem rural, que sofreu um intenso processo de urbanização e hoje está em pleno processo de regularização fundiária. Neste sentido, o trabalho vai comparar alguns pontos relevantes da situação urbana atual da região e a postura do poder público ao longo do processo da regularização em face dos objetivos assumidos na lei que regulamenta o procedimento.

Assim, a grande controvérsia consiste na efetividade prática do instituto da regularização fundiária no Distrito Federal, que sem a intervenção ativa do poder público, pode se tornar um instrumento meramente formal para a efetivação do registro da propriedade.

2 CAPÍTULO 1

2.1 Regularização Fundiária Urbana

A regularização fundiária é um instrumento da política urbana federal, cujo objetivo consiste na ordenação da propriedade urbana de forma a garantir o desenvolvimento da cidade em consonância com sua função social. Segundo Betânia Alfonsin, especialista no assunto, a regularização fundiária pode ser definida da seguinte maneira:

> [...] processo de intervenção pública sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas, ocupadas em desconformidade com a lei, para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária. (1999)

Ou seja, o processo da regularização fundiária busca, por meio da intervenção governamental, promover a legalização de ocupações urbanas irregulares visando o ordenamento territorial, garantindo assim o cumprimento da função social da cidade e, consequentemente, a melhoria na qualidade de vida dos ocupantes destes assentamentos urbanos.

2.2 Legislação sobre Regularização Fundiária Urbana

Historicamente, no que tange o desenvolvimento de suas cidades, o Brasil passou por profundas transformações durante o século XX, marcado pela intensa migração da população da zona rural para a zona urbana. Segundo dados do IBGE, em 1940 apenas 23,6% da população vivia nas cidades, no ano 2000 este percentual atingiu 81,2%. O problema, contudo, é que este processo não foi acompanhado pela execução de políticas públicas eficazes em acomodar o novo contingente de pessoas

que vinham morar nas cidades, o que causou grandes desequilíbrios sociais, econômicos e ambientais (Silva Júnior, 2006).

Assim, no contexto da elaboração da Constituição Federal de 1988, após reivindicações de diversos setores da sociedade, a Assembleia Nacional Constituinte permitiu uma maior inclusão política para a sociedade civil, permitindo a participação por meio das "emendas populares", que são emendas propostas pelos próprios cidadãos. Neste sentido, dentre as emendas propostas pela iniciativa popular, estava a Emenda Popular da Reforma Urbana que, entre outros objetivos, buscava a gestão democrática das cidades, a desapropriação por interesse social e a garantia do direito à moradia com base em políticas públicas.

Nesta perspectiva, foi inserido um capítulo específico sobre a política urbana na Constituição Federal de 1988 e a expressão "função social da cidade" foi consagrada em seu art. 182, no qual o constituinte traduziu a finalidade última das atividades urbanísticas, que é, em essência, a vocação do coletivo sobre o particular. A expressão "dá respaldo e sustenta o princípio da função social da propriedade; por isso que, mais que a propriedade, a cidade deve existir e servir os seus habitantes." (DI SARNO, 2004, p. 47).

Entende-se, portanto, que "a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade." (DI SARNO, 2004, p. 48).

Neste cenário, em 2001, o Congresso Nacional decretou a Lei nº 10.257/01, denominada como "Estatuto da Cidade", com o objetivo de estabelecer diretrizes gerais da política urbana e regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. No artigo 2º, a referida lei traz a regularização fundiária e urbanização de

áreas ocupadas por população de baixa renda como um dos objetivos da política urbana, além de prever o instituto como instrumento político/jurídico para este fim.

Este estatuto foi um importante marco legal para o desenvolvimento das cidades e estabeleceu normas de ordem pública e interesse social em defesa do bem coletivo, de forma a garantir elementos como a segurança, bem-estar e equilíbrio ambiental dos habitantes.

Contudo, a Lei nº 10.257/01 tratou da regularização fundiária genericamente, apenas no âmbito federal, deixando os Municípios responsáveis pela execução da política urbana de acordo com as particularidades de seu território e, sobretudo o interesse local, respeitando, para tanto, as normas gerais estipuladas no Estatuto da Cidade. Para tanto, o plano diretor foi introduzido, de forma a servir de instrumento para o planejamento das cidades.

O Estatuto da Cidade explica em seu artigo 40 que as suas diretrizes devem ser utilizadas pelo município de acordo com as características locais. Isto é feito através do plano diretor, que "é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana" do município (BRASIL, 2001).

Neste sentido, para a efetivação do planejamento urbano local, o instrumento mais relevante é o Plano Diretor. Este plano abrange o território de todo o município e deve seguir as diretrizes impostas pelo Estatuto da Cidade. Segundo Flávio Villaça, professor da USP, o Plano Diretor pode ser definido da seguinte forma:

> Um plano que, a partir de um diagnóstico científico da realidade física, social, econômica, política e administrativa da cidade, do município e de sua região, apresentaria um conjunto de propostas para o futuro desenvolvimento socioeconômico e futura organização espacial dos usos do solo urbano, das redes de infraestrutura e de elementos fundamentais da estrutura urbana, para a cidade e para o

> município, propostas estas definidas para curto, médio e longo prazos, e aprovadas por lei municipal (Villaça, 1999, p.238).

Ou seja, o plano diretor é a base do planejamento do município, no qual o Estatuto da Cidade disponibiliza aos municípios instrumentos para implantar a política urbana por meio da regularização fundiária, definindo as zonas especiais e interesse social, por exemplo.

Apesar destes instrumentos abordarem a regularização fundiária, o marco institucional do instituto no Brasil foi representado pela Lei nº 11.977/09, que criou o Programa Minha Casa Minha Vida, com o intuito de facilitar a aquisição da residência para a população de baixa renda. Este programa foi um marco fundamental, na medida em que trouxe a possibilidade de regularização fundiária e integrou assentamentos informais com a "cidade formal", ou seja, o poder público finalmente implantou efetivas políticas de desenvolvimento e de habitação.

De acordo com o Desembargador José Renato Nalini, a importância desta lei é imensa, já que, com ela, os governantes partiram do pressuposto de que *mudar é possível* e, segundo Nalini, "é imprescindível aceitar a quebra de paradigmas, abolir preconceitos e adotar uma outra postura em relação a submoradia" (2014, p. 4).

Antes da Lei nº 11.977/09, qualquer tipo de tentativa de regularização de assentamentos informais era regulada pela Lei nº 6.766/79, que trata sobre o Parcelamento do Solo Urbano, contudo, as possibilidades de regularização eram extremamente limitadas. Assim, somente com o advento do Programa Minha Casa Minha Vida, houve uma flexibilização de normas de caráter urbanístico e ambiental para que os assentamentos informais já consolidados fossem reconhecidos juridicamente.

Após mais de sete anos de experiência de regularização fundiária, em novembro de 2016, foi editada a Medida Provisória nº 759, que revogou a lei que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida. Essa Medida Provisória abordou integralmente a regularização fundiária urbana e rural e simplificou o procedimento. Neste sentido, a Medida dispôs em seu art. 57, que a Lei nº 6.766/79, que abordava o parcelamento do solo, com disposições mais rigorosas que a Medida Provisória, trataria apenas sobre a implantação de um novo loteamento e não mais sobre a regularização de núcleos já existentes.

Ato contínuo, em 11 de julho de 2017 a Medida Provisória nº 759 foi convertida na Lei nº 13.465 que passou a tratar definitivamente do tema e conceituou a regularização fundiária em seu artigo 9º, como um procedimento que abrange medidas interdisciplinares destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano:

> Art. 9o Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Importante destacar a referência que a lei faz aos núcleos urbanos informais, cuja definição também se encontra na Lei nº 13.465, especificamente em seu art. 11, inc. II: "aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes [...]" (BRASIL, 2017).

Quanto ao aspecto temporal, a lei determina no art. 9º, § 2º, uma importante condição para promoção da regularização fundiária, que é a restrição de incidência apenas para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes até 22 de dezembro de 2016, *in verbis*:

> § 2o A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

Este é um importante dispositivo, pois, por meio dele, o legislador abriu um espaço para a regularização de determinadas regiões já consolidadas, ao passo que implicitamente buscou desincentivar o surgimento de novos assentamentos irregulares, já que, com a restrição temporal, limitou-se a incidência da lei para os assentamentos já existentes.

Por outro lado, cabe destacar os princípios elencados no § 1º deste mesmo artigo, que, segundo Amadei, *"são apresentados pelo legislador como verdadeiras normas-princípios do microssistema, ante o alto grau de caráter orientativo das regras"*(2017, p. 42). Neste parágrafo, a lei sintetiza os princípios que devem nortear a atuação do poder público na regularização fundiária, para que ela tenha uma verdadeira efetividade prática nas vidas dos beneficiários do procedimento.

> § 1o Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

Assim, fica evidente que a lei nº 13.465/17 se pautou pela função social, buscando garantir não somente o direito de propriedade, o que poderia ser aparentemente o foco da regularização. Pelo contrário, evidencia-se neste dispositivo o cuidado que o legislador teve com o aspecto social do procedimento, citando princípios como a sustentabilidade econômica, social e ambiental, por exemplo. Conforme este entendimento:

> Neste sentido tem-se que a regularização fundiária pode ser compreendida como um processo social-jurídico-econômica,



> o qual trará transformações com o objetivo de prosperar assim o direito social à habitação, regulamentando e legalizando a permanência de indivíduos em áreas urbanas ocupadas em desacordo com a legislação pátria. (ROCHA, 2017, p. 72)

Conforme se verá mais adiante, é importante analisar, contudo, se há realmente efetividade prática nestes princípios, pois, teoricamente, a lei busca conferir mais do que a titulação de propriedade, para melhorar substancialmente a vida dos habitantes.

2.3 Espécies e procedimento

Existem duas espécies de regularização fundiária urbana, a regularização fundiária de interesse social e a regularização fundiária de interesse específico. Cabe, portanto, rapidamente apontar os principais pontos de cada espécie e esclarecer um pouco como ocorre o procedimento da regularização fundiária.

A primeira espécie trazida pela lei nº 13.465/17 é a regularização fundiária de interesse social, conhecida como a Reurb-S. Este tipo de regularização é aplicável aos núcleos urbanos ocupados por população predominantemente de baixa renda, em que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos, ou seja, quando a área já é passível de aquisição por usucapião.

Além destes requisitos, os imóveis contemplados pela Reurb-S devem estar situados em Zonais Especiais e Interesse Social (ZEIS), definidos pelo plano diretor do município, ou devem consistir em áreas da União, Estados, Municípios ou Distrito Federal declaradas de interesse para implementação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Por outro lado, há também a regularização fundiária urbana por interesse específico, conhecida como Reurb-E, que é basicamente definida por exclusão. Esta



espécie de regularização fundiária ocorrerá quando a situação do caso concreto não figurar em lei, ou seja, corresponde a todas as demais hipóteses em que não se caracteriza o interesse social. Conclui-se, portanto, que a regularização fundiária por interesse específico será "voltada para assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de média ou alta renda" (Carmona, 2015, p. 358).

A depender da modalidade de regularização fundiária, alguns pontos do procedimento do instituto irão variar. Isto porque, quando a regularização é feita por interesse social, na qual os habitantes possuem baixa renda, pressupõe-se que há um dever do Estado no custeio de projeto e de obras, por exemplo. Assim, nesta espécie de regularização, caberá ao poder púbico implementar a infraestrutura essencial e as melhorias previstas nos projetos de regularização bem como se responsabilizar pela manutenção. Por outro lado, os custos da implementação de infraestrutura e outras providências na Reurb-E serão arcados pelos próprios beneficiários.

Neste sentido, os critérios determinados pelo legislador para a efetivação da Reurb-S ou a Reurb-E são diferenciados, como na consolidação da ocupação em área de preservação permanente, por exemplo, cujas regras são mais rigorosas na segunda espécie.

Além disso, a espécie de regularização poderá repercutir inclusive no pagamento de emolumentos, isto porque há um reconhecimento à gratuidade das custas e emolumentos notariais e registrais em favor o dos beneficiários da Reurb-S, que são isentos de pagar pelo primeiro registro da Reurb-S e legitimação fundiária bem como para a obtenção de certidões, entre outras isenções.

Ou seja, o procedimento de regularização fundiária é multidisciplinar e pressupõe a participação de vários órgãos do poder público, já que existem várias



etapas no desenvolvimento do processo de regularização até chegar ao registro cartorial e comercialização ou repasse dos lotes.

Assim, antes da efetivação da regularização, órgãos especializados atuam coordenadamente para analisar a situação fundiária, solicitar o licenciamento ambiental, contratar estudos e projetos, elaborar estudos ambientais, aprovar o projeto urbanístico e implantar obras de infraestrutura entre outras providencias. Cada providência implicará em custos que, a depender da espécie de regularização, serão assumidos pelo Poder Público ou pela sociedade beneficiária.

Importante ressaltar que um dos principais objetivos que norteiam o procedimento da regularização fundiária é a desjudicialização, portanto, o procedimento é feito administrativamente pelo ente municipal. Após vencidas as etapas supramencionadas, o processo ocorrerá a partir de um projeto de regularização constando as unidades imobiliárias a serem regularizadas, as vias de circulação existentes ou projetadas e as medidas previstas para adequação da infraestrutura essencial.

Conforme já mencionado, no caso da regularização por interesse social, quem elaborará esse projeto será o Poder Público e arcará com os respectivos custos. No caso da regularização por interesse específico, o Poder Público definirá os responsáveis para a realização de obras e serviços, e as medidas de recuperação ambiental, cujo custeio recairá sobre os próprios beneficiários.

Quando o processo administrativo de regularização for instaurado, o município terá que notificar os interessados para que apresentem impugnação dentro do prazo estipulado. A depender da procedência da impugnação eventualmente apresentada, a regularização poderá não ocorrer, no entanto, em caso de inexistência ou de improcedência de impugnação, o Município expedirá a

Certidão de Regularização Fundiária – CRF, o que conferirá direitos reais aos beneficiários da regularização.

Neste sentido, o artigo 23 da Lei nº 13.465/17, prevê a legitimação fundiária, que "constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade, conferido por ato discricionário do Poder Público àquele que detiver área pública ou possuir área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado". (BRASIL, 2017).

> No que respeita à área privada, causa estranheza que um ato discricionário do Poder Público possa conferir a propriedade ao possuidor – certo que não se trata de usucapião tampouco de desapropriação. Dessa forma, como a Constituição Federal garante o direito de propriedade e somente em casos específicos prevê a expropriação, há que se encontrar interpretação razoável para o dispositivo. [...] Segundo critérios de conveniência e oportunidade, poderá o Poder Público, analisando detidamente o caso, e uma vez convencido da legitimidade da posse, outorgar o título de propriedade por meio da legitimação fundiária. Evidentemente, a fim de que não haja violação ao direito de propriedade, poderá algum interessado, em ação judicial própria, questionar a legitimação e, se o caso, obter a anulação do título com a consequente retomada da propriedade (LEITE, 2016, p. 25).

Ou seja, formalmente, a regularização fundiária urbana consiste em um ato governamental, em que o poder público reconhece a propriedade de ocupantes de terras irregulares com a finalidade de conferir a eles o direito fundamental de propriedade e de moradia, entre outros.

Ocorre, no entanto, que não é apenas pelo ato formal que esses direitos são conferidos. Assim, nota-se que na prática a regularização fundiária tem sido implantada formalmente mediante a regularização da documentação, sem que tenha ocorrido efetivamente políticas públicas para integração da cidade informal à cidade

formal, pois, no papel, os núcleos urbanos passam a ser regulares, contudo, isso não é o suficiente para garantir o direito à moradia de seus habitantes.

Neste sentido, alguns autores formulam críticas ao instituto, segundo Leite (2017, p.9), "a mera regularização formal dos assentamentos precários não é suficiente, pois isso não soluciona os problemas de inserção social dos membros dessa comunidade, por exemplo."

> Ora, se um dos 5 objetivos da regularização deveria ser a integração da "cidade informal" à "cidade formal", isso somente seria atingido ao se pensar a cidade como um todo, à luz dos objetivos do art. 182 da Constituição Federal: atender às funções sociais da cidade e garantir bem-estar de seus habitantes. A mera regularização formal dos assentamentos precários não é suficiente, pois isso não soluciona os problemas de inserção social dos membros dessa comunidade, por exemplo. (LEITE, 2017, p. 9).

Neste contexto, Benacchio explica que a lei nº 13.465/17 foi editada com o objetivo de "reconhecer o direito de propriedade aos titulares da ocupação de áreas urbanas de maneira irregular" (2014, p. 49), pois, "a regularização fundiária procede à inserção das pessoas na sociedade civil, porque antes disso habitavam a sociedade incivil, ou seja, aquela na qual os direitos humanos não são efetivados, na espécie, o direito humano à moradia adequada" (2014, p. 50). Mas, como se verá adiante, o direito à propriedade é algo muito restrito e não se equipara ao direito à moradia adequada.

Para que o direito à moradia seja garantido, como bem destaca Daniela Rosário Rodrigues, "o cumprimento da determinação constitucional de dignidade dentro da maioria das cidades demandaria um sem-número de atos do ente público e dos particulares como forma de dirigir a expansão dos núcleos urbanos" (2014, p. 31). Contudo, "não há, como deveria, uma política concreta de inclusão dos

membros do grupo social dentro de uma cidade estruturada para recebê-los" (RODRIGUES, 2014, p. 33).

Neste sentido, conforme se verá adiante, a regularização fundiária, que confere a propriedade aos seus habitantes, não possui o condão de conferir o mínimo existencial do direito à moradia e tem se tornado um instrumento de legitimar assentamentos urbanos em completa desconformidade com as diretrizes urbanísticas e os elementos da moradia adequada, que abrange a habitação física, a locomoção, o trabalho, o lazer e o meio ambiente equilibrado são deixados de lado.

2.4 Objetivos da regularização fundiária

Ainda tratando no escopo da regularização fundiária, cabe destacar os demais objetivos que norteiam o instituto, todos elencados no art. 10 da Lei nº 13.465/17, quais sejam:

> Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:
>
> I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
>
> II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
>
> III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
>
> IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;
>
> V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

> VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;
>
> VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;
>
> VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;
>
> IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;
>
> X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;
>
> XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;
>
> XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária. (BRASIL, 2017).

Cabe, neste sentido, tecer breves comentários sobre os objetivos mais importantes que pautam o procedimento da regularização fundiária urbana.

Primeiramente o legislador aponta que os entes públicos deverão identificar os núcleos urbanos informais, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos, de forma que a qualidade de vida de seus ocupantes seja melhorada. Exige-se do poder público, portanto, que ele conheça detalhadamente seu território e a forma que ele foi ocupado, para que seja traçada a melhor e mais adequada estratégia para enfrentar os assentamentos informais, contudo, o foco principal é a melhoria da qualidade de vida dos ocupantes, exatamente como preceitua o artigo 182 da Constituição Federal:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988)

Outro ponto que o legislador elegeu como objetivo da regularização fundiária foi o inciso III do artigo 10, no qual atribuiu aos entes públicos a responsabilidade de

ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos a serem regularizados. Este dispositivo ressalta a vontade do legislador em preservar os vínculos que os moradores criaram no local, já que tratam-se de núcleos já consolidados, inclusive com traços culturais próprios. Assim, a lei rechaça a realocação dos moradores em conjuntos habitacionais na periferia. Neste sentido, Leite (2017, p. 9):

> A tradicional solução de retirar as pessoas do centro urbano e colocá-las em conjuntos habitacionais situados na periferia – medida sempre criticada por urbanistas – é rechaçada pela lei. Ora, havendo mecanismos para a regularização da ocupação, não há mais motivos para o reassentamento.

Em sequência, o quarto inciso do artigo é um dos objetivos mais relevantes da lei, que se refere a promoção da integração social e a geração de emprego e renda. Isso porque, conforme se verá adiante, o direito à moradia está longe de ser apenas a residência física, pelo contrário, abrange muito mais do que isso. O local deverá propiciar ao morador todas as condições para atingir a melhor qualidade de vida. Assim, é necessário que haja meios de transportes públicos adequados, bem como serviços públicos de educação, saúde, segurança e lazer.

> Assim, a articulação entre diferentes políticas setoriais confere o tratamento global da questão; de nada adianta urbanizar uma área se não há meios de transporte público adequados, por exemplo. Da mesma forma, o local precisa contar com serviços públicos de educação, saúde e segurança. O núcleo regularizado deve efetivamente passar a fazer parte da "cidade formal", não se admitindo nenhuma forma de segregação de seus ocupantes. Justamente para o resgate da dignidade daqueles que, normalmente, se encontram em situação de maior vulnerabilidade, há necessidade de políticas públicas de promoção social. (LEITE, 2017 p. 10).

Além desses princípios, com a edição da Medida Provisória nº 759 posteriormente convertida em lei, o poder público promoveu a diminuição dos formalismos do sistema judicial e optou por estimular a resolução extrajudicial de conflitos, objetivando com isso concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo. Portanto, a resolução extrajudicial foi estimulada para conferir celeridade na resolução do problema e diminuir o formalismo judicial.

Os incisos VI, VII e VIII consistem na confirmação dos demais incisos, pois, a garantia da moradia digna e às condições de vida adequadas se referem à infraestrutura urbana e serviços públicos, ao passo que o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem estar de seus habitantes reiteram mais uma vez os objetivos da política de desenvolvimento urbano previstos no artigo 182 da Constituição Federal.

Por fim, cabe dar uma especial atenção ao décimo inciso do artigo supramencionado, que é de extrema importância. Neste dispositivo, o legislador consolidou como um dos princípios norteadores do procedimento de regularização fundiária a prevenção e o desestímulo a formação de novos núcleos urbanos formais.

> Nesse ponto, a fiscalização do Poder Público deve ser implacável, para que não sejam criados novos parcelamentos irregulares a serem posteriormente regularizados, o que constituiria um prêmio ao burlador da lei, eternizando o problema. (MACEDO, 2017)

Ou seja, deve-se dar uma especial importância para este inciso, haja vista que sem a atuação do poder público de forma eficaz para evitar o surgimento de novas ocupações informais, o procedimento de regularização fundiária se tornará cíclico. O governo estaria legitimando o surgimento de novos núcleos e os proprietários seriam incentivados à ocupação irregular mediante a expectativa de uma regularização futura.



Ressalta-se que, quando a lei menciona que os entes públicos devem atuar no sentido de prevenir a formação de novo núcleos irregulares, isso inclui, além da fiscalização, a adoção de políticas de desenvolvimento urbano e, particularmente uma efetiva política de habitação.

Ante os comentários aos incisos do art. 10 da lei nº 13.465/17, restaram claros os seus objetivos e princípios norteadores, portanto, de forma extremamente suscinta, nas palavras de AMADEI *"conclui-se que o Poder Público é o responsável pela identificação das áreas informais e estabilização dos direitos dos ocupantes do respectivo solo, possibilitando efetiva inclusão social e prevenindo novos núcleos urbanos marginalizados."* (2017, p. 43)

3 CAPÍTULO 2

3.1. A função social da propriedade

Ao longo da história o ser humano passou por diversas etapas referentes às conquistas de seus direitos fundamentais. Foi somente no final do século XVIII, mais precisamente com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na Europa, em que houve a reivindicação de uma série de direitos civis e individuais, como o direito à vida, propriedade, liberdade e participação política, por exemplo. Estes direitos, conhecidos como os direitos da dimensão individual-liberal, foram marcados pela abstenção do controle do Estado, já que eram intimamente ligados com a liberdade dos indivíduos.

Em sequência, reconhecidos os direitos da primeira dimensão e após a Primeira Guerra Mundial, a concepção do Estado de Bem Estar Social começou a surgir e, com ela, a necessidade de o Estado garantir aos seus cidadãos, por meio de intervenções públicas, oportunidades iguais. Assim, iniciou-se o entendimento de

que o estado deveria promover ações afirmativas e políticas públicas, para garantir o acesso básico à direitos como a saúde, educação, habitação, trabalho, lazer e outros.

Ou seja, com a segunda dimensão, conhecida como dimensão social, o estado passou a se preocupar com a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estes direitos, ao contrário dos direitos da primeira geração, dependem da intervenção estatal por meio da execução de políticas públicas. A partir desta mentalidade, com o advento da segunda dimensão, foi crescendo o entendimento de que o coletivo prevalece sobre o individual.

Importante ressaltar que, a classificação dos direitos humanos em diferentes dimensões busca afastar a ideia de superação dos direitos, isso porque uma dimensão não é substituída pela próxima. As dimensões de direitos se acumulam e possuem um caráter de permanência. Assim, os direitos de primeira dimensão não foram substituídos pelos de segunda, mas acrescidos.

No Brasil, os direitos sociais estiveram presentes em todas as Constituições que vigoraram no país, desde a Constituição do Império de 1824 e, com o passar do tempo, cada Constituição apresentou uma diferente abrangência dos direitos sociais, em maior ou menor escala. Isso porque, em razão de lutas das classes operárias, buscando sobretudo proteção dos trabalhadores, os direitos sociais foram evoluindo, sendo reconhecidos e posteriormente positivados.

Com o fim da ditadura militar, foi promulgada a atual Constituição Federal em 1988, que, pela primeira vez, contou com a participação popular para a sua elaboração e foi até chamada de Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 6º, que São direitos sociais *"a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"* (BRASIL, 1988).

> [...] além de serem reconhecidos como direitos fundamentais ainda receberam título próprio. Por isso, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos comandos constitucionais (CLÈVE, 2003, p. 19).

Também com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi empregado um novo olhar sobre o direito de propriedade. Um direito estritamente individual passou a ser visto com uma perspectiva essencialmente social. O direito à propriedade passou a ser orientado pela dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade e função social da propriedade.

Essa mudança de perspectiva se deu, pois, as normas constitucionais possuem um caráter aberto, amplo e genérico, de forma que permitem um dinamismo aos seus dispositivos, que podem ser interpretados conforme a evolução e desenvolvimento da sociedade (Meyer-Pflug, p. 13). Diante desta possibilidade, a interpretação da Constituição possui um viés extremamente político. Por isso, a interpretação constitucional possui íntima relação com o intérprete, responsável por extrair o sentido da norma e atribuir-lhe significado. Ademais, o intérprete, por natureza, jamais pode ser um sujeito neutro, pois todos carregam consigo uma carga de convicções adquiridas ao longo da vida.

Assim, foi exatamente neste contexto em que a interpretação referente ao direito à propriedade e sua função social, já positivados no ordenamento jurídico

brasileiro, foi alterada, de forma que a função social passou a ser uma condicionante da propriedade, em prol do bem comum da sociedade e a prevalência do coletivo. A propriedade, inicialmente embasada na liberdade, passou a ser entendida como um direito que deveria observar a sua função social.

> [...] a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, alicerçado em Locke, previa que a propriedade seria "uma barreira intransponível para o Estado: um direito natural".
>
> Tal concepção sofreu sérias reações, dentre as quais se destacam: Proudhon, que, considera a propriedade individual "um roubo"; Marx, ao pregar a destruição da propriedade privada; e Comte, que vem aplainar a base da funcionalidade da propriedade, ainda que privada.
>
> Com o advento dos ideais de Estado do Bem Estar Social, a propriedade passa a ser encarada como uma forma de se garantir o desenvolvimento da sociedade em todos os aspectos, seja econômico, social, cultural, entre outros. Passa-se a discutir a função social da propriedade questionando que ela não deve servir apenas as necessidades de seu dono, mas sim de toda sociedade, sobre um aspecto da coletividade.
>
> A atual Constituição brasileira, em vigor desde 1988, recepcionou os ideais do Estado do Bem Estar Social, cravando em meio aos direitos e garantias individuais, o direito à propriedade, ressalvando a função social da propriedade, entre os incisos XXIII e XXVI do seu Artigo 5º. (SOARES)

Pode-se dizer, portanto, que foi conferida uma certa limitação ao direito de propriedade, pois a função social trouxe uma carga axiológica no sentido de que o coletivo tem prioridade sobre o individual. Ou seja, apesar do direito à propriedade permanecer absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, em casos de afronta direta a sua função social, existe a possibilidade de a propriedade individual ser relativizada em situações excepcionais.

> Sob tal prisma, a relação entre "direito" e "função social" é necessariamente adversarial: um se contrapõe ao outro como

> mecanismo de contenção, pois, se a propriedade é expressão da liberdade, qualquer forma de regulação representa uma violação a um direito que naturalmente todos têm em uma medida absoluta (DANTAS, 2015).

Nesta dinâmica, a autora Lilian Pires bem resume que "o proprietário tem o direito de utilizar a coisa, mas sua utilização está condicionada ao bem comum." (2005, p. 172).

Ademais, a função social da propriedade foi consagrada como um princípio constitucional da Carta de 88, mais especificamente nos arts. 5º, XXIII, que abrange os direitos e garantias fundamentais e 170, que está inserido no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988, grifo nosso).
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O conceito de função social é, portanto, um princípio de interpretação aberta, mas que, ao mesmo tempo que protege o interesse individual da propriedade privada, a relativiza, com base na igualdade social. Visa-se, com isso, o bem comum da sociedade de forma que o direito de propriedade se afaste cada vez mais da concepção individualista originalmente empregada.

Ressalta-se que a adoção da função social da propriedade como um princípio constitucional possui uma tremenda importância, pois as normas infraconstitucionais serão redigidas em observância a este conceito, assim como as



normas deverão ser sempre interpretadas em favor da função social da propriedade. Ou seja, é um princípio que deve ser observado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do direito.

Assim, foi exatamente neste contexto que o artigo 10, inciso VII da Lei nº 13.465/17 elencou a garantia da efetivação da função social da propriedade como um dos objetivos da regularização fundiária, cuja concepção é pautada pela ideia do coletivo sobre o individual.

3.2 As funções da cidade

Ato contínuo, como um desdobramento da função social da propriedade, surgiu no ordenamento brasileiro uma série de normas urbanísticas para garantir sua macro versão, qual seja, a função social da cidade, que também possui, como ponto central, a prevalência do coletivo sobre o individual.

A cidade possui uma função social que objetiva harmonizar os interesses de seus habitantes de forma a garantir dignidade por meio do direito à moradia. A Constituição Federal, em seu art. 23, inciso IX, preconiza que "é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico".

A função social da cidade pode ser considerada como uma ramificação da função social da propriedade, que é a síntese suprema do Direito Urbanístico e traduz em sua essência, a prevalência do coletivo sobre o particular. Assim, como bem resume DI SARNO, *"mais que a propriedade, a cidade deve existir e servir a seus habitantes"*. (2004, p. 47).

Em 1933, durante o IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, no qual foi redigida a Carta de Atenas, foi estabelecido que a cidade deveria obedecer a quatro grandes funções, quais sejam, a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação. Estas funções universais foram consideradas de tamanha importância que acabaram sendo norteadoras no planejamento urbano de diversos países.

A Nova Carta de Atenas, proposta em 2003 pelo Conselho Europeu de Urbanistas (CEU), recebeu o nome de Carta Constitucional de Atenas 2003 – A visão das Cidades para o Século XXI do Conselho Europeu de Urbanistas. Nesta carta, propõe-se uma rede de cidades que deseje:

> conservar a riqueza cultural e diversidade, construída ao longo da história; conectar-se através de uma variedade de redes funcionais; manter uma fecunda competitividade, porém esforçando-se para a colaboração e cooperação e contribuir para o bem-estar de seus habitantes e usuários (Garcias, 2008, p. 7).

Assim, conforme já mencionado, foi neste contexto que a Lei n° 10.257/01 (Estatuto da Cidade) foi editada, para regulamentar a política urbana brasileira e, finalmente conferir eficácia jurídica aos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, que tratam sobre o assunto.

O Estatuto trouxe uma série de diretrizes gerais que devem ser obrigatoriamente observadas por todos os entes públicos e pela sociedade civil como um todo. As normas contidas nesta lei regulamentam a propriedade urbana em prol do bem coletivo e a função social da cidade, ou seja, tratam-se de normas de interesse social que traz dispositivos com o objetivo de garantir a segurança e bem-estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental das cidades. (RANGEL, 2009, p. 71).

Neste sentido, a lei estabelece, em seu artigo 2º o objetivo central da política urbana, que é "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da

propriedade urbana". (BRASIL, 2001). Destaca-se neste dispositivo o viés social do legislador que se preocupou com a função social da cidade, em consonância com os princípios constitucionais brasileiros. Portanto, ressalta-se que o artigo 10, inciso VIII da Lei nº 13.465/17, neste mesmo sentido, elegeu o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade bem como a garantia do bem-estar de seus habitantes como mais um dos objetivos da regularização fundiária.

3.3 Direito à moradia

Conforme mencionado, o Direito à moradia, listado como um direito social garantido pela Constituição Federal no rol do artigo 6º, foi definido como um dever de todos os entes federativos, em razão de ter sido pautado com base na dignidade da pessoa humana, neste sentido, a Constituição enfatiza, no inciso IX do art. 23, a necessidade da melhoria das condições habitacionais e de saneamento, destacando que o exercício do direito à moradia é maior do que a simples ocupação de uma habitação física,

Parte-se, portanto, do pressuposto de que o direito à moradia é maior do que simplesmente "ter um local para morar". Para que este direito seja realmente efetivado, é necessário atingir várias esferas da vida dos habitantes. Isto porque, quando embasamos o direito à moradia na dignidade da pessoa humana, o local em que o indivíduo reside deverá obrigatoriamente permitir o seu acesso a meios de transporte adequados, opções de lazer acessíveis e alcance aos serviços públicos referentes à educação, saúde e segurança, entre outros.

> O direito à moradia é um direito complexo, rico em atribuições, que vai além do direito de ter uma casa própria, embora este seja um complemento indispensável para a efetivação desse direito. Não possui apenas a conotação de habitação, mas envolve diretamente a qualidade de vida,

> dotada de condições adequadas de higiene e conforto, e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Em suma, requer uma habitação digna e adequada. (RANGEL, 2009, p. 65).

Importante frisar também que a moradia é um direito fundamental, que havia sido embrionariamente reconhecido na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, temos em seu artigo XXV:

> [...] todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948)

O Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário nº4, definiu o que deve ser considerado como moradia adequada, e estabeleceu que ele deve ser visto como o direito de viver em um lugar em segurança, paz e dignidade.

Dentro deste conceito estabelecido pelo Comitê, foram elencados elementos como segurança da posse, disponibilidade de serviços, infraestrutura, economicidade, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural. Diante destes elementos, a Secretaria dos Direitos Humanos sintetizou os requisitos da seguinte forma:

> Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.
>
> Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

> Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.
>
> Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
>
> Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta.
>
> Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
>
> Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (UNITED NATIONS, 1991).

Ou seja, o direito à moradia integra o mínimo existencial do ser humano, portanto, o Estado precisa atuar para promover o direito à moradia adequada. Assim, o Estado precisará agir de forma que se abstenha de atos que possam ofender este direito e se esforçar para proteger a moradia de seus cidadãos contra a intervenção de terceiros.

> Pode-se dizer, sem embargo, que talvez a repercussão mais relevante da incidência do princípio da função social da propriedade para o Direito Civil seja um dado reflexo dessa funcionalização: a preocupação com a questão do acesso.
>
> Permitir que mais pessoas passem a ter acesso a bens – seja na condição de titulares ou de possuidores – é, por excelência, o modo de propiciar existência digna aqueles que, historicamente, se colocavam a margem de um Direito Civil que destinava sua tutela apenas ao indivíduo proprietário (FACHIN, p. 19)

Vale reiterar que o Estado deve agir para promover a moradia adequada, que é um direito mais rigoroso do que o direito à propriedade. Isso porque, o direito à

moradia envolve várias esferas do indivíduo, e não somente a esfera patrimonial como o direito à propriedade. Neste âmbito, o direito a moradia adequada poderá ser conferido até a quem não é proprietário, como os locatários e usufrutuários, por exemplo.

Foi, portanto, dentro destas obrigações estatais que o legislador elegeu os objetivos da lei nº 13.465/17, que regula a regularização fundiária. Foi observada a necessidade de conferir legitimidade aos ocupantes de núcleos urbanos já consolidados e, para que isso ocorresse dentro dos parâmetros principiológicos do ordenamento jurídico brasileiro, o legislador determinou que o poder público deveria melhorar as condições urbanísticas e ambientais do núcleo urbano em relação à ocupação informal anterior, promover a integração social e garantir o direito social de moradia digna e às condições de vida adequada, entre outros.

Ocorre, contudo, que é neste ponto que resta a grande controvérsia da efetividade prática do instituto da regularização fundiária do Distrito Federal, pois, como se verá adiante, estes deveres do poder público não são efetivados na prática como a lei diz que deveria ser. Assim, o procedimento da regularização acaba sendo um instrumento de legitimação de propriedade, sem que sejam tomadas medidas condizentes com o direito à moradia.

4 CAPÍTULO 3

4.1 Caso no Distrito Federal – Vicente Pires

A Colônia Agrícola Vicente Pires, localizada ao norte da Estrada Parque Taguatinga – EPTG, foi criada na década de 80 junto com a Colônia Agrícola Samambaia e São José, como parte da política rural do Distrito Federal. As glebas possuíam cerca de 6 hectares e eram destinadas à produção de frutas e

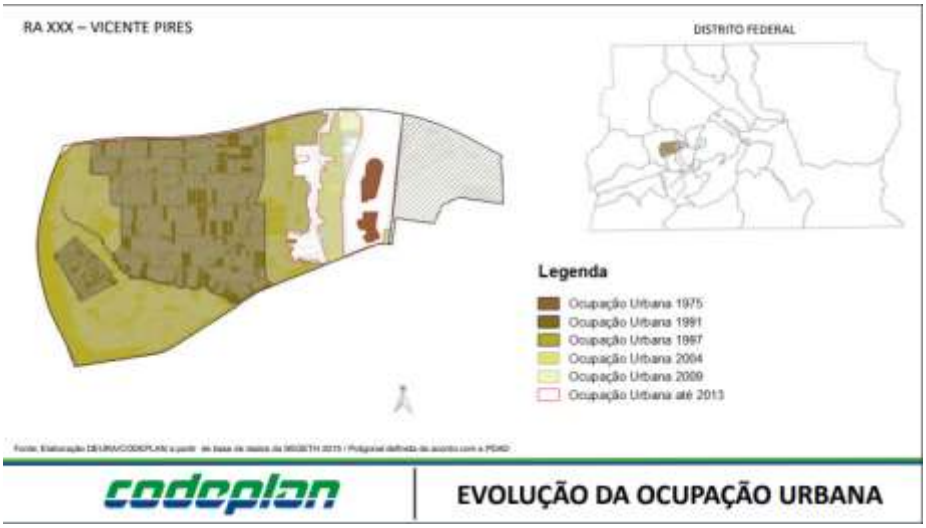
hortigranjeiros, sob a gerência da Fundação Zoobotânica, por meio de contrato de arrendamento (DEURA - Codeplan).

Nesta época, havia uma ideia de que essas colônias, que faziam parte da área rural do Distrito Federal, apenas fariam parte da política de abastecimento alimentício de Brasília. Contudo, no final da década de 90 e início dos anos 2000, as chácaras e unidades produtivas foram alvo de uma intensa urbanização e em 1997 houve o parcelamento das glebas rurais na forma de condomínios horizontais (DEURA - Codeplan).

Em 2008, a Lei nº 814/2008 foi responsável pela criação do Setor Habitacional Vicente Pires e, em 26 de maio de 2009, a Câmara Legislativa do Distrito Federal editou a Lei nº 4.327, responsável pela criação da Região Administrativa de Vicente Pires – RA XXX.

Conforme narrado, a imagem a seguir ilustra bem a evolução da ocupação urbana em Vicente Pires entre os anos de 1975 até 2013, bem como demonstra a intensa urbanização no final dos anos 90 e início dos anos 2000, em que os condomínios horizontais foram surgindo de maneira dispersa e desconectada dos núcleos urbanos consolidados.

Figura 1 – Evolução da ocupação urbana de 1975 a 2013 – Vicente Pires – Distrito Federal



Fonte: DEURA - Diretoria de Estudos Urbanos e Ambientais – Codeplan. Disponível em <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Estudo-Urbano-Ambiental-Vicente-Pires.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Segundo a Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios (PDAD), realizada pela Companhia de Planejamento do Distrito Federal (Codeplan), em 2016 a Região Administrativa já abrigava mais de 70 mil habitantes.

A PDAD também levantou dados referentes às características dos domicílios dos habitantes de Vicente Pires e, neste sentido, a pesquisa revelou que aproximadamente 98% da população de mais de 70 mil pessoas vivem em casas e, dentre esta porcentagem, a grande maioria fica em terrenos não regularizados.

> O número de domicílios urbanos estimados é de 20.247 e, considerando que a população urbana estimada é de 72.879, a média de moradores por domicílio urbano é de 3,60 pessoas. Na Região, a quase totalidade das construções é permanente. Destas, 98,48% são casas (PDAD, 2016, p. 37).

Outra importante informação que pode ser verificada no gráfico a seguir, apresentado pela PDAD como resultado do levantamento, consiste no fato de que

mais de 98% dos domicílios da região administrativa de Vicente Pires são compostos por imóveis próprios, alugados ou cedidos situados em terrenos não regularizados ou oriundos de invasões.

Gráfico 1 - Domicílios ocupados segundo a condição – Vicente Pires – Distrito Federal – 2016



Fonte: Codeplan - Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios – PDAD.

Ou seja, a região é quase que totalmente composta por imóveis irregulares, que foram se consolidando à margem do planejamento previsto para a localidade. Por este motivo, os moradores de Vicente Pires dependem da realização do procedimento de regularização fundiária para que seja conferido a eles a propriedade dos imóveis em que vivem há décadas.

Ocorre que, conforme se verá adiante, o surgimento desses núcleos urbanos irregulares causa grandes transtornos na cidade e na vida dos próprios moradores, algo que a legislação que trata sobre a regularização fundiária se comprometeu a melhorar mediante a exposição de objetivos do instituto. Neste sentido, a regularização fundiária é uma ferramenta para conferir o direito à propriedade dos

ocupantes destes núcleos e, de acordo com os objetivos eleitos pela própria lei, deve vir acompanhada de ações do poder público para assegurar o direito à moradia.

4.2 Regularização fundiária em Vicente Pires

Conforme exposto, a região de Vicente Pires era regulada pelo Decreto n. 2.739, de 16 de outubro de 1974, que tratava sobre o parcelamento do solo na região. A referida lei havia classificado a área como rural e determinado que somente poderia haver chácaras e habitações em terrenos com no máximo 5 mil metros. (LIRA, 2017).

Neste sentido, o Plano Diretor da época também classificava a região como rural, razão pela qual não poderia ser objeto de urbanização e qualquer tentativa seria ilegal. Contudo, o governo do Distrito Federal optou por presenciar o surgimento do aglomerado urbano nas colônias agrícolas e converter a área em urbana, criando uma cidade e, futuramente, pretendendo que a regularização fundiária fosse apta a legalizar a cadeia de eventos que contribuíram para a situação atual da Região Administrativa de Vicente Pires (LIRA, 2017).

> Da incredulidade ou não com o quadro, a verdade é que Vicente Pires é hoje uma Região Administrativa do Distrito Federal, mais precisamente, a 30ª Cidade do DF, não mais existindo politicamente como Colônia Agrícola. Ostenta ares de cidade, embora desorganizada em sua origem, é urbana em sua essência (LIRA, 2017, p. 120).

Assim, tendo em vista que a evolução da região se deu pelo parcelamento ilegal da colônia agrícola, para dar lugar a centenas de condomínios horizontais, é necessário que seja processada a regularização fundiária para que a situação dos moradores que ocupam a área pública passe a ser regular nos termos do procedimento já explicado em tópico anterior.

O Plano Diretor do Distrito Federal, atualizado em 2012, já previa a Região Administrativa de Vicente Pires como uma área passível de regularização. Contudo, para que a regularização seja efetivada, é necessário que todas as etapas de responsabilidade dos órgãos especializados sejam concluídas, como a análise da situação fundiária, o licenciamento ambiental, aprovação do projeto urbanístico e implantação de obras de infraestrutura, entre outras providencias.

No entanto, a Região Administrativa de Vicente Pires possui uma peculiar questão fundiária, pois, parte da região está em áreas de propriedade da União e parte em terras da Agência de Desenvolvimento de Brasília (Terracap), assim, para facilitar o processo de legalização, Vicente Pires foi dividido em quatro trechos: o 1 e o 3, do GDF, e o 2 e 4, do Governo Federal. (MADER, 2017).

Ademais, para melhor gerenciar a regularização, especificamente o trecho 2, recentemente o GDF e a União celebraram um acordo para que os terrenos de propriedade do governo federal possam ser conduzidos também pelo governo local. No entanto, o trecho 4 foi mantido sob tutela da União e será objeto de discussão posterior.

Nesta esteira, o processo de regularização do Trecho 3, que não dependia deste acordo, está mais adiantado. O edital de convocação para que os moradores desta área possam realizar a compra direta dos imóveis foi lançado em 2017 e contemplou 2.992 imóveis, que foram avaliados de R$ 33,5 mil a R$ 135 mil. Conforme previsão da Terracap, a próxima área que será comercializada é o Trecho 1 de Vicente Pires, que também já completou as etapas anteriores de regularização fundiária, preenchendo as condições necessárias para a comercialização, que poderá ocorrer a qualquer momento.

4.3 Transtornos provocados por loteamentos irregulares

Antes de adentrar no âmbito da regularização fundiária do Distrito Federal, é importante esclarecer que um loteamento irregular pode causar diversos transtornos às cidades e seus habitantes. Um dos exemplos de problemas regionais em razão de assentamentos irregulares é a desarticulação do sistema viário, de forma a dificultar o acesso de ônibus, ambulâncias, viaturas policiais ou até caminhões de coleta de lixo. Ademais, estes transtornos podem ser gravíssimos, ao ponto de os bairros irregulares estarem sujeitos a erosão e alagamentos ou até assoreamento de lagos, rios e mares. (NALINI, 2017, p. 156).

A irregularidade dos núcleos urbanos e a ausência de planejamento da cidade acaba ocasionando a falta de espaços públicos para que sejam implantados diversos estabelecimentos necessários, como de saúde, lazer, educação e segurança. Além disso, ressalta-se que a expansão horizontal excessiva e desordenada da malha urbana também é prejudicial, podendo onerar até o orçamento público (NALINI, 2017, p. 17).

Ou seja, o planejamento da cidade fica completamente comprometido, na medida em que os assentamentos irregulares surgem sem previsão e, sobretudo, sem qualquer preocupação com os possíveis impactos à cidade. Outro problema consiste no fato de que a consolidação destes assentamentos não inclui o planejamento relativo ao abastecimento de água, saneamento básico e distribuição da rede elétrica, dentre outros serviços básicos.

4.4 Problemas enfrentados pelos habitantes de Vicente Pires

Como já demonstrado no tópico referente ao direito à moradia, a infraestrutura do local é um dos elementos que o Comitê das Nações Unidas elencou

para que seja caracterizada a moradia adequada. Segundo o comitê, "a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo". Por isso, quanto à Infraestrutura urbana, é importante ressaltar alguns dados levantados sobre a Região Administrativa de Vicente Pires.

No que diz respeito à existência de infraestrutura de urbanização na rua onde residem os habitantes da região e nas proximidades, a tabela a seguir demonstra que Vicente Pires a menor porcentagem de cobertura por rede de água pluvial dentre as regiões pesquisadas, apresentando uma alarmante porcentagem de abaixo de 20% das ruas.

Tabela 1 - Domicílios ocupados segundo a infraestrutura urbana na rua onde mora – PDAD/DF-2015 (porcentagem)

Tipo de abastecimento de energia elétrica	Núcleo Bandeirante	Guará	Riacho Fundo	Águas Claras	SCIA - Estrutural	SIA	Vicente Pires	UPT Central Adjacente 2
Não tem rua asfaltada	4,00	0,34	3,80	7,44	46,40	1,28	11,89	**7,88**
Têm rua asfaltada	96,00	99,66	96,20	92,56	53,60	98,72	88,11	**92,12**
Não tem calçada	4,99	0,59	6,60	8,68	11,99	17,67	31,79	**9,18**
Têm calçada	95,01	99,41	93,40	91,32	88,01	82,33	68,21	**90,82**
Não tem meio-fio	4,99	0,34	7,80	7,97	6,59	1,64	10,26	**5,58**
Têm meio-fio	95,01	99,66	92,20	92,03	93,41	98,36	89,74	**94,42**
Não tem iluminação pública	2,01	0,76	1,60	1,91	4,60	1,64	2,25	**1,75**
Têm iluminação pública	97,99	99,24	98,40	98,09	95,40	98,36	97,75	**98,25**
Não tem rede de água pluvial	7,00	2,71	10,80	16,41	63,20	7,47	80,85	**23,05**
Têm rede de água pluvial	93,00	97,29	89,20	83,59	36,80	92,53	19,15	**76,95**
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	**100,00**

Fonte: Codeplan - Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios – PDAD/DF-2015

Os resultados obtidos com esta pesquisa demonstram uma precariedade da infraestrutura urbana, causando a região a enfrentar graves problemas em época de chuva. A situação que os moradores passam em razão da falta de estrutura para lidar com fenômenos climáticos rotineiros, ante a ausência de cobertura por rede de água pluvial, pode inclusive colocar em risco a vida dos habitantes.

Isso porque, este problema que os moradores enfrentam na época de chuva tem se agravado de tal maneira que acabou captando até os olhares da mídia, quando recentemente uma "cratera engoliu um veículo", em razão de problemas com o asfalto causado por chuvas intensas.

Em suma, em razão da falta de infraestrutura para o escoamento da água acumulada pela chuva, um buraco se formou no asfalto com o tamanho e profundidade tão grandes que foi capaz de abrigar um veículo inteiro, conforme se depreende do trecho da reportagem e imagem a seguir:

> Durante chuva nesta terça-feira (23/10), uma caminhonete foi engolida por cratera que se abriu na Rua 3 de Vicente Pires. Desde a semana passada, com o fim da estiagem, relatos de inundação, alagamentos e quedas em buracos mostram a dimensão do caos enfrentado pelos moradores da região. (METRÓPOLES, 2018)
>
> Os sucessivos governos do Distrito Federal taparam os olhos para a urbanização desenfreada da antiga colônia agrícola. Hoje, as consequências saltam à vista da população. A cidade carece de melhorias em serviços essenciais, como saneamento e mobilidade, exemplificado na cratera que engoliu um veículo e pôs em risco a vida de um casal de idosos na última terça-feira (23/10) (METRÓPOLES, 2018)

Figura 2 – Veículo após temporal em Vicente Pires – Distrito Federal - 2018



Fonte: Metrópoles 2018

Outro dado importante que deve ser destacado consiste no resultado obtido pela pesquisa no que concerne a existência de infraestrutura para a circulação de pedestres na região. Conforme já demonstrado, a circulação foi destacada pelo Congresso Internacional de Arquitetura Moderna e incluída na Carta de Atenas como uma das funções da cidade.

Neste sentido, a pesquisa demonstrou que 68,21% das ruas de Vicente Pires sequer possuem calçadas. Ou seja, mais da metade das ruas da Região Administrativa não oferecem uma área destinada para a circulação de seus habitantes, dificultando ou até impossibilitando a mobilidade dos pedestres da região e, mais que isso, colocando em risco a segurança dos moradores.

Por outro lado, a Carta de Atenas também prevê o lazer como uma das funções da cidade que, inclusive, é um dos direitos sociais garantidos pela atual Constituição Federal. Neste sentido, um dos objetivos previstos no art. 10 da Lei nº

13.465/17, que regulamenta a regularização fundiária, consiste em "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

Contudo, os dados a seguir demonstram que cerca de 80% das ruas da região não são arborizadas, 93% não possui jardins ou parques, 95% não tem ciclovias nem espaço cultural e 80% não possui um ponto de encontro comunitário.

Tabela 2 - Domicílios ocupados segundo as áreas públicas comuns próximas às residências – PDAD/DF-2015 (porcentagem)

Áreas públicas comuns	Núcleo Bandeirante	Guará	Riacho Fundo	Águas Claras	SCIA - Estrutural	SIA	Vicente Pires	UPT Central Adjacente 2
Não tem ruas arborizadas	32,81	45,08	49,60	35,33	85,00	67,76	80,48	**49,22**
Têm ruas arborizadas	67,19	54,92	50,40	64,67	15,00	32,24	19,52	**50,78**
Não tem jardins/parques	36,20	51,78	49,40	48,20	95,60	93,08	93,49	**58,38**
Têm jardins/parques	63,80	48,22	50,60	51,80	4,40	6,92	6,51	**41,62**
Não tem nascente d'água	92,60	98,98	99,40	92,10	99,80	100,00	91,49	**95,42**
Têm nascente d'água	7,40	1,02	0,60	7,90	0,20	0,00	8,51	**4,58**
Não tem ciclovia	61,20	50,39	74,80	47,79	100,00	100,00	95,24	**62,02**
Têm ciclovia	38,80	49,41	25,20	52,21	0,00	0,00	4,76	**37,98**
Não tem espaço cultural	91,80	82,80	91,40	99,19	100,00	100,00	95,62	**92,48**
Têm espaço cultural	8,20	17,20	8,60	0,81	0,00	0,00	4,38	**7,52**
Não tem Ponto de Encontro Comunitário	20,61	22,20	23,00	43,53	70,79	66,12	80,48	**40,73**
Têm Ponto de Encontro Comunitário	79,39	77,80	77,00	56,47	29,21	33,88	19,52	**59,27**
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	**100,00**

Fonte: Codeplan - Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios – PDAD/DF-2015

Destaca-se ainda que, segundo pesquisas realizadas em 2015, a região não estava totalmente ligada à rede geral de abastecimento de água, razão pela qual cerca de dois porcento dos habitantes da Região Administrativa ainda dependiam de poços, cisternas ou outros meios de abastecimento de água:

Tabela 3 - Domicílios ocupados segundo o abastecimento de água – PDAD/DF-2015 (porcentagem)

Tipo de abastecimento de água	Núcleo Bandeirante	Guará	Riacho Fundo	Águas Claras	SCIA - Estrutural	SIA	Vicente Pires
Rede Geral	100,00	99,83	100,00	99,43	93,00	98,78	98,12
Poço/Cisterna	0,00	0,17	0,00	0,04	0,40	0,00	0,50
Poço Artesiano	0,00	0,00	0,00	0,50	0,00	0,41	1,00
Outros	0,00	0,00	0,00	0,04	6,60	0,82	0,38
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: Codeplan - Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios – PDAD/DF-2015

Outro importante dado a ser demonstrado diz respeito ao esgotamento sanitário que, segundo pesquisa realizada em 2015, demonstra que Vicente Pires possui uma pequena porcentagem, de apenas vinte e três porcento, de domicílios ligados à rede geral de esgoto. Isso porque a maioria das habitações ainda utilizam fossas sépticas e rudimentares:

Tabela 4 - Domicílios ocupados segundo o esgotamento sanitário – PDAD/DF-2015

Tipo de abastecimento de água	Núcleo Bandeirante	Guará	Riacho Fundo	Águas Claras	SCIA - Estrutural	SIA	Vicente Pires	UPT Central Adjacente 2
Rede Geral/ Caesb	94,60	98,14	89,40	84,40	89,80	97,55	23,40	**81,74**
Fossa Séptica	4,60	1,86	7,60	12,62	6,80	1,63	62,70	**14,81**
Fossa Rudimentar	0,80	0,00	3,00	2,98	3,40	0,00	12,89	**3,31**
Esgotamento a céu aberto	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	**0,00**
Outros	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,82	1,00	**0,14**
TOTAL	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	**100,00**

Fonte: Codeplan - Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios – PDAD/DF-2015

Ante o exposto, conclui-se que a situação atual da Região Administrativa de Vicente Pires está longe de refletir um núcleo apto a oferecer a seus moradores uma moradia adequada. Isso porque, conforme demonstrado, o direito à moradia vai além das quatro paredes de uma casa. O direito à moradia engloba muito mais que isso, de forma que uma moradia pode ser considerada adequada quando oferece segurança na comunidade, paz, dignidade e saúde, entre outros.

4.5 Obras de melhoria em Vicente Pires

Em setembro de 2015, iniciaram-se as obras de captação de água pluvial em Vicente Pires, como parte do processo de regularização da cidade. A previsão inicial para a conclusão da obra, cujo custo atual gira em torno de R$ 463 milhões de reais, era em 2017. Contudo, ante a falta de planejamento, a obra foi embargada por diversos fatores e os contratos celebrados com as empresas responsáveis pela obra sofreram vários aditivos por este motivo.

Atualmente, quase quatro anos após o início das obras, a falta de escoamento de águas na região ainda é um dos principais desafios para quem vive na região. Em entrevista feita pelo Balanço Geral do Distrito Federal, o Governador Ibaneis Rocha declarou que a obra foi "feira por quem não queria terminar" e não foram realizados os estudos necessários para a execução da obra.

Neste sentido, a bacia de contenção de águas foi construída do outro lado da Estrutural, uma movimentada via do Distrito Federal que, segundo dados do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), apenas no período de segunda a sexta-feira, das 6 às 8h45, transitam em média, 22,4 mil veículos. Segundo o governador, para fazer a conexão da água pluvial com a bacia de contenção, é preciso interromper o trânsito de quem circula na Estrutural por cerca de noventa dias, o que é impraticável.

Assim, as obras permanecem sem previsões concretas, já que, em conjunto com o governador, o Tribunal de Contas do Distrito Federal está avaliando o caso para fazerem um aditivo qualificado nos contratos de forma que permita uma nova elaboração de estudos no local para que a obra seja viabilizada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto até o final deste trabalho, conclui-se que a regularização fundiária se apresenta como uma ferramenta de ordenação da propriedade urbana, em que o poder público promove a legalização das ocupações irregulares com o intuito de garantir o direito à moradia, proporcionar uma melhoria na vida dos habitantes, cumprir a função social da propriedade e desenvolver as funções da cidade.

Dentro deste cenário, a Lei nº 13.465/17, que regulamenta o instituto no âmbito federal, elencou uma série de objetivos, como a prestação de serviços públicos, geração de empregos, integração social, efetivação da função social da propriedade, desenvolvimento das funções da cidade e, principalmente, garantia do direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas.

Contudo, conforme foi observado no decorrer do trabalho, para que estes objetivos sejam alcançados, é necessário que o poder público tome inúmeras medidas para a organização urbana e principalmente para a melhoria da infraestrutura dos núcleos urbanos consolidados.

É notório que os núcleos urbanos irregulares não são precedidos de estudos ou projetos para o planejamento urbano, razão pela qual, quando consolidados, enfrentam vários transtornos em várias esferas da cidade. Áreas como a da circulação, saneamento, distribuição de energia elétrica, drenagem de águas pluviais e outros serviços básicos ficam comprometidas. Ademais, a qualidade de vida dos habitantes também fica comprometida em razão da ausência de espaços destinados para calçadas, áreas de lazer, reuniões comunitárias e ciclovias por exemplo.

Contudo, com o exemplo prático de Vicente Pires no Distrito Federal, mediante o levantamento de dados e acompanhamento das recentes medidas que estão sendo tomadas para a melhoria da infraestrutura da Região Administrativa, foi possível constatar que os compromissos assumidos pelo poder público não são efetivados na prática como a lei diz que deveria ser. Ou seja, o procedimento da regularização acaba sendo um instrumento de legitimação de propriedade, sem que sejam tomadas medidas condizentes com o direito à moradia adequada.

O instituto é criticável em sua efetividade prática, pois, conforme demonstrado no trabalho, a regularização fundiária é na verdade um processo

formal em que o poder público reconhece a propriedade dos ocupantes sem que haja a efetiva aplicação de políticas públicas notáveis para transformação da cidade irregular em regular.

Ou seja, a regularização é feita no "papel", pois os ocupantes se tornam proprietários e passam a contar com a escritura pública do imóvel, no entanto, isso não é suficiente para garantir o direito á moradia de seus moradores, que permanecem morando no mesmo local, agora regular, porém, com as mesmas características que ostentaria se irregular fosse.

Neste sentido, o Estado jamais deve permitir a consolidação destes núcleos desordenados, intensificando a fiscalização e promovendo políticas públicas de habitação aptas a evitar o surgimento de novos assentamentos irregulares.

Contudo, ante a realidade prática, em que estes assentamentos já existem, a regularização fundiária é um instrumento necessário. No entanto, para que o instituto realmente fosse efetivo nos termos de seus objetivos, o poder público deveria intervir intensamente, na construção de calçadas, reforma do sistema viário, adoção de políticas para prestação de serviços público e implantação total da rede geral de esgoto, água e energia elétrica, entre outros.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Regularização fundiária: um imperativo ético da cidade sustentável – O caso de Porto Alegre - O Direito à Cidade, trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Paulo Santos et al. Regularização fundiária em áreas de conservação: análise da legislação ambiental e seus reflexos nas populações locais vulneráveis e no meio ambiente entre 2000-2010 no reservatório Billings impacto na saúde humana. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2. p. 239-264, 2017.

AMADEI, Vicente de Abreu et al. Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017. Disponível em: <https://issuu.com/uniregistral/docs/primeiras_impress__es_sobre_a_lei_n>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BALANÇO GERAL. Entrevista com Ibaneis Rocha. Disponível em: <http://www.vicentepires.df.gov.br/2019/04/10/em-entrevista-ibaneis-rocha-fala-sobre-obras-de-vicente-pires/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil-03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de junho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 03 mar. 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Curso de Direito Urbanístico. Bahia: Juspodium, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003

CODEPLAN. Pesquisa distrital por amostra de domicílios - Vicente Pires – PDAD 2016.

DANTAS, Marcos Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: Uma proposta de releitura do princípio

constitucional. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p23.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico. São Paulo: Manole, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

G1. DF e União assinam acordo para regularizar trechos 2 e 4 de Vicente Pires. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/df-e-uniao-assinam-acordo-para-regularizar-trechos-2-e-4-de-vicente-pires.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2019.

LEITE, Luis Felipe Tegon. Regularização Fundiária Urbana. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/Cartilha%20regulariza%C3%A7%C3%A3o%20fundi%C3%A1ria_cf.%20MP%20759.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Disponível em: <http://jus2.uol. com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 09 set. 2018.

MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. O novo panorama da Regularização Fundiária Urbana de acordo com a Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em <http://iregistradores.org.br/o-novo-panorama-da-regularizacao-fundiaria-urbana-de-acordo-com-a-medida-provisoria-no-759-de-22-de-dezembro-de-2016/>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MADER, Helena, et al. Vicente Pires caminha para regularização. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/537979/noticia.html?sequence=1>. Acesso em 12 abr. 2019.

METRÓPOLES. Cratera engole caminhonete após temporal em Vicente Pires. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/videos-cratera-engole-caminhonete-apos-temporal-em-vicente-pires> Acesso em: 10 abr. 2019.

METRÓPOLES. Problemas de 72 mil habitantes em Vicente Pires vão além de cratera. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/problemas-de-72-mil-habitantes-em-vicente-pires-vao-alem-de-cratera>. Acesso em: 05 abr. 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf >. Acesso em: 04 mar. 2019.

NALINI, José Renato et al. Regularização fundiária. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÓRIO, Letícia. Direito à moradia no Brasil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_moradia_no_brasil.pdf>. Acesso em 03 abr. 2018.

PIRES, Lilian Regina Moreira. Função social da propriedade urbana e o plano diretor. 2005. Dissertação (Mestrado), Pontífica Universidade Católica de São Paulo, S]ao Paulo, 2005.

RANGEL, Helano Márcio Vieira et al. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. Disponível em: < http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77>. Acesso em: 17 abr. 2018.

OCHA, Maiara Sanches M. et al. Da regularização fundiária das ocupações irregulares do solo urbano e a concretização do direito social à moradia. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Maranhão, v. 3, n.2, p. 72-87, dez. 2017.

SILVA JÚNIOR, Jeconias Rosendo da. O negócio é participar: a importância do plano diretor para o desenvolvimento municipal. Brasília DF, CNM, SEBRAE, 2006.

SOARES, Whwlison Cerqueira. Função social da propriedade: Esboço histórico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9033> Acesso em 12 abr. 2019.

TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. O direito à moradia adequada. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-

defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada> . Acesso em: 20 abr. 2018.

TÓRTOLA, Elissandra Roberta. O direito de propriedade em face da preservação ambiental. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/22/11>. Acesso em: 17 abr. 2018.

WHATELY, M.; SANTORO, P.F.; TAGNIN, R. A. Contribuições para a elaboração de leis específicas de mananciais: o exemplo da Billings. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008. p. 11.

ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Carolina de Oliveira Miranda

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo realizar uma análise aos critérios que fundamentaram o voto do Ministro Relator na ADO 26. Assim, o texto estabelece a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política e das relações sociais. Como metodologia, foi empregado o método dedutivo e a análise de conteúdo do voto. Em conclusão, são demonstrados os motivos pelos quais esse voto pode ser considerado ativista, fazendo uma análise dos riscos democráticos de posturas judiciais como esta. Desse modo, o artigo além de realizar as distinções entre ambos os fenômenos, traz também um caso prático que contribui para melhor esclarecimento da distinção e aplicação do conceito teórico. Trata-se de trabalho relevante para o contexto jurídico atual, por se tratar da atuação do Poder Judiciário na democracia brasileira. Dessa forma, há originalidade na maneira em que foi realizada a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política e das relações sociais.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Omissão legislativa.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário Brasileiro se tornou mais acessível e a população começou a usar com frequência essa ferramenta, em busca da satisfação dos seus direitos. Assim, diversos temas

sociais e políticos começaram a chegar até as mãos dos magistrados. A esse fenômeno se dá o nome de: judicialização.

O Supremo Tribunal Federal, após 1988, ganhou uma nova roupagem e uma maior abrangência de atuação, com competências originária e recursal. Essa primeira, através do controle de constitucionalidade que colabora com a democracia. O segundo é por meio de recursos, uma vez que a Constituição abarcou diversos temas fazendo com que todos eles pudessem chegar até a Corte que é a guardiã da Constituição.

Com isso, a Suprema Corte brasileira tem resolvido diversos temas, muitos deles casos bem complexos, denominados difíceis, utilizando da prática interpretativa, fazendo com que haja uma ampliação dos significados e do alcance das normas constitucionais. Ao desempenharem essa tarefa, os ministros podem extrapolar os limites institucionais do Poder Judiciário e do próprio Supremo Tribunal Federal e a essa atitude dá-se o nome de: ativismo judicial.

Esse artigo tem por finalidade refletir brevemente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, por intermédio do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental (legislação e decisão judicial), bem como pesquisa qualitativa e análise de conteúdo do voto do relator da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão número 26. Dessa forma, o texto foi dividido em três partes. Na primeira sessão abordar-se-á os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Na segunda sessão, o fenômeno do ativismo judicial é analisado nos casos de omissão legislativa. Na terceira sessão será analisado o voto do ministro relator da ADO n. 26, buscando analisar se há ativismo e, se sim, se é bem compreendido ou mal compreendido, conforme classificação proposta por Luíz Werneck Vianna.

Por fim, nas considerações finais fica claro que hoje, a população de um modo geral, tem buscado o Poder Judiciário como única forma de acesso à justiça. Entretanto, isso tem feito com que a população passe a pressionar o judiciário ao invés de assim fazer no legislativo, instituição em que se encontram aqueles eleitos pelo povo. Assim, fica a cargo de 11 ministros, sem representação popular, o poder de decidir sobre matérias complexas e de significativo impacto social e político, os denominados casos difíceis.

1 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE: ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

O processo de judicialização fez com que a sociedade se aproximasse do Poder Judiciário. O que levou diversos temas sociais e políticos para a esfera jurisdicional. Isso, por consequência, resultou na expansão do Poder Judiciário brasileiro e sendo ele palco para a garantia de direitos sociais.

Contudo, à medida que as novas demandas vão chegando ao Judiciário, decisões a seu respeito tem que ser proferidas por um juiz. Este magistrado está regido pelo principio da fundamentação, que lhe impõe o dever de justificar de forma legal cada decisão que proferir de acordo com o seu livre convencimento.[1]

[1] De acordo com Ronaldo João Roth e Sylvia Helena Ono em seu artigo *A livre convicção motivada no novo código de processo civil* há uma polêmica sobre a supressão ou não do livre convicção motivada do juiz. No sistema vigente no ordenamento brasileiro – criminal e cível – o sistema do livre convencimento motivado o juiz forma sua convicção diante da prova dos autos e explicita suas razões de assim decidir, fundamentando-a. Esse sistema encontra perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988, o que lhe confere garantia constitucional e processual, no Estado Democrático de Direito, e ainda há o direito de as partes recorrerem da decisão. Além do mais, o legislador foi contundente ao prevendo expressamente que quando houver uma decisão não fundamentada esta estará sob pena de nulidade (§ 1º do artigo 489 do novo CPC). Então, a sistemática do CPC/2015 manteve o sistema da livre convicção motivada do juiz nos vários dispositivos legais, de forma que a tentativa de se abolir o referido sistema - não renovar a regra explícita do artigo 131 do revogado CPC e

Entretanto, a relação social é complexa e mutável, o que faz com que algumas demandas que chegam ao órgão jurisdicional estejam em colisão de direitos e princípios que são protegidos pela Constituição. Esses casos Dworkin[2] denomina como *hard cases*, pois não há uma solução no ordenamento jurídico, ela precisa ser construída argumentativamente pelo magistrado.

Assim, nessa possibilidade de construção argumentativa dos magistrados, nos casos específicos, é que nasce o ativismo judicial. Ativismo esse segundo Luís Roberto Barroso[3] é: "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance." Expandindo seu

suprimindo a palavra "livremente" nos atuais dispositivos processuais que tratam da apreciação das provas pelo juiz, artigo 371 do CPC/2015 que corresponde ao artigo 131 do antigo CPC - não é suficiente, para se chegar à conclusão da sua extinção. Todavia, a liberdade do juiz na apreciação, contextualização e interpretação – dos fatos e do direito – ainda é a matéria-prima mais valiosa no Estado Democrático de Direito e na garantia e aplicação dos Direitos Humanos. Ao ver desses autores persiste no CPC/2015 a liberdade do juiz na prestação jurisdicional, por meio do livre convencimento motivado.

[2] Segundo Dworkin, em seu livro "Levando os direitos à sério", ele diz que não pode ocorrer a irretroatividade da norma jurídica para a solução de casos difíceis, deve ser aplicado o direito existente, assim explica: *"A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato"*. Dessa forma, ele propõe que haja uma relação entre direito, princípios, moral, política e economia para que haja a solução de um *hard case*.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, ISSN 22363475, jan./jun. 2012. p. 11.



sentido e alcance para garantir e reconhecer direitos, isso seria o ativismo legítimo, mas há casos que são de retirada de direitos, o que caracteriza o ativismo ilegítimo[4].

Em suma, se pode compreender que com aproximação do Poder Judiciário e da sociedade, grandes questões morais, sociais e políticas vem sendo solucionadas por este poder. Esse fenômeno é conhecido como judicialização da política e das relações sociais, que por consequência, desenvolve o aparecimento do ativismo judicial, por fazer com que atividade do juiz se estenda. Carlos Alexandre de Azevedo Campos[5] relata essa relação muito bem: "Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão".

1.1 Judicialização da política e das relações sociais

Segundo Luís Roberto Barroso[6], a judicialização é o fenômeno no qual questões de relevância política ou social ao invés de serem decididas pelo Poder Legislativo, Congresso Nacional, e pelo Poder Executivo, administração pública em geral, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, pelos juízes e tribunais. Luiz Werneck Vianna[7] diz que esse fenômeno não é atual e nem exclusivo do Brasil, mas

[4] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis.* Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2183.

[5] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. *Ata.* Fortaleza, 2015. p. 8.

[6] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

[7] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social:* Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

foi em decorrência da crise do *Welfare State*, na década de 70, que os juízes começaram a ocupar os lugares dos que regulam a sociedade através da política.

> "O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. [...] Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.[8]

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a perspectiva democrática fez com que o direito se aproximasse da vida social. Além de serem também reconhecidos novos sujeitos de direito, o que levou a aproximação do Estado e a sociedade, graças às lutas sociais por direitos. Com isso houve a inserção na Lei Maior dos direitos sociais, com a positivação dos direitos fundamentais, surgindo uma concepção de justiça inserida no direito e do judiciário na política, passando este a efetivar os tais direitos[9].

> "O Judiciário não pode deixar de julgar casos de direitos em que é chamado a decidir, portanto, judicialização da política faz parte do rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados. Mas, apesar de ser necessário o julgamento do Judiciário, esse não pode substituir

[8] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social:* Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 40-41.

[9] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15-22.

> "a arena pública de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada"[10].

Dessa forma, Vianna, Burgos e Salles[11] entendem que a judicialização no Brasil é uma possível consequência do modelo institucional do controle abstrato de constitucionalidade que é adotado. O qual utiliza de uma "comunidade de intérpretes", os membros do Supremo Tribunal Federal, para facilitar o debate de temas que foram promulgados pela Constituição. E de acordo com Peter Häberle[12], esses intérpretes que estão na Corte Constitucional hão de interpretar a Constituição segundo a atualização pública.

O controle abstrato de constitucionalidade se baseia, também, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, processado e julgado no Supremo Tribunal Federal, por ter como paradigma a Constituição Federal, de acordo com o artigo 102, I, desta Carta. É controle abstrato, pois não há caso concreto que embase a sua interposição. Sua finalidade é proteger o ordenamento jurídico, para que não haja nenhum elemento incompatível com o escrito na Constituição[13]. Seus legitimados estão dispostos no artigo 103 da Constituição e por serem variados os sujeitos a consequência disto é uma aproximação das questões políticas com o Poder Judiciário.

Este trabalho analisará uma decisão de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que também é um meio de controle de constitucionalidade, que está

[10] SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, semestral. 2015.p. 176.

[11] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social: Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

[12] HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. Direito Público, [S.l.], v. 4, n. 18, p. 67, jan. 2010.

[13] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-157.

disposto na Constituição no artigo 103, §2º, e na Lei 9.868/99 desde 2009. Essa ação tem como finalidade o julgamento de uma omissão total ou parcial inconstitucional causada pelo Poder Legislativo ou pela Administração pública. Seus legitimados são os mesmos da ADI e estão dispostos no artigo 103 da Constituição.

Para Luiz Werneck Vianna[14], em seu livro *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil,* em que foi feita uma análise de Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADINs) de 1988 a 1998 e demonstrada que, nesse período de tempo, a judicialização da política se deu por questões relacionadas à organização do Estado no âmbito do mérito administrativo e seus limites. Nesta delimitação temporal, o Brasil estava vivendo um momento em que o Poder Executivo estava ativamente legislando com medidas provisórias e, para ter o combate a isso, os partidos políticos de minoria no Congresso Nacional, os de esquerda, provocavam o Poder Judiciário para limitar essa prática, atuando como um mediador entre o Legislativo e o Executivo.

Já a judicialização das relações sociais se deu com a criação dos Juizados de Especiais Cíveis e Criminais, já que neste instituto há uma efetivação pelo Judiciário de direitos que substitui a implementação de políticas públicas feitas pelo Estado. Assim, o juiz se torna protagonista na defesa de direitos de questões sociais. [15]

Com os Juizados Especiais, a população tem o acesso ao judiciário facilitado, e as demandas sociais começam a chegar até os magistrados. Estes, por sua vez, não

[14] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[15] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social:* Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 2-3.

podem se abster do dever de julgar e decidir estas questões, o que aproxima o direito da sociedade brasileira.

> "Com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aquele Poder tem sido exposto à questões social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais pobres da população, dos seus clamores e expectativas em relação à justiça. Os juízes dos Juizados estão, por isso, independentemente da compreensão que possam ter acerca das suas novas circunstâncias e atribuições, em posição de potenciais "engenheiros" da organização social, papel cujo desempenho dependerá dos nexos que lograrem estabelecer com outras agências da sociedade civil e da sua capacidade como *institutional-builders*. Na verdade, os Juizados Especiais são o reduto da "invenção" social e institucional do juiz".[16]

Assim, para Luiz Werneck Vianna[17], a judicialização da política se dá por meio da possibilidade da propositura de ADINs, enquanto a judicialização das relações sociais é em decorrência do acesso ao Poder Judiciário através dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Contudo, para Luís Roberto Barroso[18], tanto a judicialização da política quanto das relações sociais são decorrências de três causas.

De acordo com Luís Roberto Barroso[19], a primeira causa é a redemocratização do Brasil que deu força e aumentou a demanda do judiciário em busca de justiça na sociedade. A segunda causa é a abrangência da Constituição, que

---

[16] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155.

[17] VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155.

[18] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

[19] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

faz com que questões de políticas públicas elencadas na Carta de 1988 sejam elencadas como pretensões jurídicas. A terceira é o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que é por demasiado abrangente, assim, muitas questões políticas ou morais podem ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto de vista é o de Vieira, Camargo e Silva[20], que delimitam a judicialização em três dimensões: a institucional, a sociológica e a lógico-argumentativa. Concordando com a visão do Luís Werneck Vianna quando se refere a perspectiva institucional, já que ambos defendem que há transferência do Poder Executivo e Legislativo ao Judiciário. Porém, Vieira, Camargo e Silva também divergem quanto à dimensão sociológica e lógico-argumentativa.

> "De um ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. A partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma "alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania". Por último, segundo uma perspectiva lógico-argumentativa, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela "linguagem dos direitos" e, sobretudo, pelo discurso constitucional.[21]

[20] VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

[21] VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo

Assim, Vieira, Camargo e Silva concordam com Luiz Werneck Vianna quanto a perspectiva institucional em que a judicialização da política é a transferência dos Poderes Executivo e Legislativo para os órgãos jurisdicionais. E divergem quanto à perspectiva sociológica, sendo esta uma forma de agregar a sociedade.

Outro ponto de vista diferente dos anteriormente expostos é o da Thamy Progresbinschi[22], que demonstra em seu trabalho que a judicialização é um modo aperfeiçoar o que o Poder Legislativo produz, ao passo que fortalece a representação política, revigorando a democracia. Isso se dá, pois, o STF convalida com a vontade majoritária do Congresso, reforçando-a e contribuindo para a democracia representativa no Brasil e não avançando sobre espaços do Legislativo e do Executivo.

Sendo então, diante de diversos olhares para o mesmo tema, há de se levar em consideração que há um consenso entre eles: a judicialização é um fenômeno inevitável e não depende da vontade dos juízes. O fato da ampliação do acesso aos tribunais gerou uma maior demanda neles, e entre elas a possibilidade de haver temas em que o ordenamento jurídico não contempla. Uma vez que a população tem a ilusão de que o acesso ao Poder Judiciário é o acesso à justiça. Deixando a cargo de o órgão jurisdicionado decidi-las.

1.2 Ativismo judicial

O termo "ativismo judicial" aparece a primeira vez nos Estados Unidos no ano de 1947, em um artigo de revista escrito por Arthur Schlesinger, que se referiu

judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, p. 40.

[22] PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 10-13.

ao desempenho dos juízes da Suprema Corte americana para a promoção do bem-estar social. O qual intitulou quatro dos nove ministros de ativistas judiciais, por eles acreditarem que não há separação de política e a lei. Por outro lado, intitulou os outros três ministros de "campeões do autocomedimento", pelo fato de eles entenderem que o Poder Judiciário está limitado a decidir e atuar de acordo com as regras do sistema[23].

No Brasil, essa temática vigora como a judicialização, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que impulsionou uma atuação mais presente do magistrado na sociedade, um exemplo é a ampla possibilidade de utilização do controle de constitucionalidade.

> Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alto complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas "a-jurídicas" (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica. [24]

Esse mesmo autor conclui que o juiz ativista atua com o fim de proteger os direitos fundamentais e garantir a supremacia da Constituição, no sentido positivo. Isso se dá através da interpretação e aplicação de conceitos e categorias jurídicas

[23] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv 15*. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 39.

[24] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv 15*. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 40-41.

gerais e abstratas, que se necessário for, abrange competências institucionais dos outros Poderes. O problema dessa questão, segundo Anderson Teixeira, é que assim se substitui a vontade do criador da lei e da Constituição, pela vontade do intérprete[25].

Luiz Werneck Vianna compara os dois lados que o ativismo judicial pode ter:

> O ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. Mal compreendido leva a concepções de uma justiça que abdica da defesa da integridade do Direito, tal como a conceituam, na esteira de Dworkin, Nonet e Selznick, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento[26].

Já na visão de José Ribas Vieira[27], o ativismo judicial é uma atitude dos magistrados, ele diz que: o ativismo judicial é exercitado em contextos de inércia, deliberada ou não, dos demais poderes de Estado. Por outro lado, Thamy Pogrebinsch considera ativismo judicial quando o juiz usa seu poder para rever e contestar decisões dos demais Poderes; promover políticas públicas por meio de suas

[25] TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv 15*. São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 48-49.

[26] VANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial mal compreendido. Boletim CEDES. Rio de Janeiro, jul./ago. de 2008. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf, p. 5.

[27] VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

decisões; não considera como limites da sua atividade os princípios da coerência e da segurança jurídica[28].

Em sua obra *Judicialização ou Representação?* Pogrebinsch[29] analisa a relação entre o STF e o Congresso Nacional através das decisões de ADI impetradas do ano de 1988 e 2009 e defende que: o STF não sofre uma "dificuldade contramajoritária[30]", uma vez que o total de decisões que declararam leis ou atos normativos no Congresso Nacional inconstitucionais foi inexpressivo; ele reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo, pois há um número expressivo de decisões que se abstiveram de apreciar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos; ele não ocupa o vácuo normativo deixado pelo Legislativo, já que há um número considerável de projetos de lei tramitando no Congresso Nacional; ele não enfraquece o Legislativo sobrestando suas decisões à vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional, pois quando há declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o Congresso promulga uma norma sobre o tema manifestado pelo STF, isso faz com que a agenda do Congresso seja impulsionada; e assim, o comportamento dessa Corte não é oposicionista ou governista; o STF usa da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão fazendo com que o trabalho do Poder Legislativo seja preservado, limitando os efeitos da sua decisão.

---

[28] SOARES, José de Ribamar Barreiros. O Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. p. 8.

[29] PROGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação? Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

[30] De acordo com Luís Roberto Barroso, o papel contramajoritário é aquele que é feito pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de proteger a democracia e os direitos fundamentais, no qual se declara inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Executivo, sobrepondo a decisão dos ministros a dos representantes políticos majoritários.

Lênio Streck, que discorda da doutrinadora anterior, diz que:

> Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a "bondade" ou a "maldade" de um determinado ativismo judicial. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela "vontade de poder" (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia (STRECK, 2009). Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?[31].

De acordo com Oscar Vilhena Vieira[32]:

> O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos.

Dessa forma, o ativismo judicial se vincula a atividade do Poder Judiciário, quando essa ultrapassa o limite da sua função típica e atípica e intervêm, por meio de interpretação ampla do texto Constitucional, nos demais poderes com suas funções típicas. Contudo, não quer dizer que essa atitude seja algo negativo ou mesmo positivo, mas mesmo que haja uma grande demanda do judiciário, o ativismo judicial ficará demonstrado no ato de fundamentação da decisão.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NOS CASOS DE OMISSÃO LEGISLATIVA

[31] STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 1, n. 2, jul./dez. 2009.

[32] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. São Paulo, vol. 4, n. 2, 2008, p. 441.

Na sessão anterior foi apresentado o conceito breve de judicialização e ativismo judicial de acordo com alguns doutrinadores que por sua maioria estudaram esses fenômenos em casos de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas pouco se tem relatos de casos de estudos de ativismo em Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção.

Contudo, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos[33] dedica parte de seu livro para explicar como esse fenômeno ocorre em omissão legislativa e quais suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro.

A omissão legislativa inconstitucional é a lacuna legislativa, fruto da inércia do legislador que não cumpre com a obrigação de fazer as leis que a Constituição determina. A obrigação constitucional e a inércia legislativa ligadas ao tempo demonstra que quanto mais longo for o tempo do não cumprimento do legislador, maior é o desprezo pela norma constitucional[34].

> A consideração do fator tempo, sem dúvida, cumpriu papel fundamental na virada jurisprudencial do Supremo sobre a eficácia decisória do mandado de injunção. O transcurso de longo tempo de inércia legislativa se mostra para a atuação mais ativista do juiz constitucional na correção da omissão e minimiza críticas de ilegitimidade da postura de o juiz suprir diretamente a omissão legislativa insistente e duradoura[35].

Para Luís Roberto Barroso, o STF tem um papel chamado de representativo, que atua defendendo demandas sociais que não foram solucionadas pelo Poder

[33] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[34] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[35] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Legislativo, assim como completam a ordem jurídica quando há omissão inconstitucional do legislador[36].

O Mandado de Injunção (MI) está disposto no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, como uma garantia fundamental, para que qualquer pessoa que por falta de norma regulamentadora tiver o exercício dos seus direitos e liberdades constitucionais inviáveis. Desse modo, esse instituto objetiva sanar a ineficácia dos dispositivos constitucionais que versem sobre esses direitos individuais, gerando efeito inter partes, na maioria das vezes. Ao passo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) objetiva a defesa da ordem jurídica, sendo esse um instituto do controle de constitucionalidade, o que gera um efeito erga omnes e vinculante. Contudo, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, o STF não distinguia, quanto ao resultado, à natureza de ADI e ADO até 2008, somente em 2009 essa ação foi incluída na Lei 9.868/99 tendo seu instituto estabelecido.[37]

A solução da omissão legislativa total em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção se tornou alvo de discursão no cenário jurídico brasileiro. Uma vez que não se sabe qual a extensão do poder decisório do STF entre superar a omissão legislativa e o limite democrático e institucional, segundo Kelsen[38], do legislativo negativo. Assim, a Suprema Corte brasileira decidiu que não poderia formular a norma faltante de forma direta a fim de preencher a lacuna deixada pela omissão legislativa total, tanto em ADO quanto

[36] BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e ilumista:* os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. p. 6.

[37] MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP – Curso de direito constitucional, 12ª edição.* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825

[38] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

em MI. Apenas essa Corte se limitaria em declarar a mora e dar ciência ao Poder Legislativo para que pudesse suprir a omissão. Dessa forma, não eram admitidas decisões com caráter constitutivo em sede de MI[39].

Todavia, em 2007, ao julgar a possibilidade de greve do servidor público, no MI 670/ES, o STF disse que pela persistência na inércia do legislador não havia outra saída se não suprir a lacuna normativa com a aplicação por analogia da legislação referente ao direito de greve do setor privado aos servidores públicos, observada os serviços essenciais[40]. Luís Roberto Barroso considera essa decisão: "um exemplo de intervenção representativa do Judiciário diante da omissão do Congresso em regulamentar dispositivo constitucional".[41] Essa decisão teve eficácia *erga omnes*, por meio da modulação de efeitos, e permaneceria até a regulamentação da matéria pelo Legislativo.

Assim, o julgamento desse MI 670/ES em 2007 serve de parâmetro para julgamento de ADO quanto a suprimento da norma faltante, por se tratar de uma omissão constitucional e pelo fato de naquela época o instituto da ADO não ter sido utilizado.

> Como disse o ministro Sepúlveda Pertence em voto no MI 670/ES, "muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático", porém, prosseguiu, "há inércia e inércia". Há

[39] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

40 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[41] BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e ilumista:* os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. p.7.

> inércia que, de tão persistente e abusiva, não se justifica em qualquer hipótese. Nesses casos, a Corte deve superar os bloqueios do processo legislativo os quais insistem em impedir o gozo de direitos constitucionais. Era exatamente o caso de 2007 diante do Supremo[42].

Então, pela mudança de entendimento do STF, desde 2007, em sede de julgamento de casos quanto à omissão legislativa total não há mais somente declaração de inconstitucionalidade dando ciência do legislador, há também a atitude ativista da Corte suprimindo a lacuna normativa. Na sessão seguinte será analisado o voto do Ministro relator em sede de ADO buscando verificar a existência de ativismo.

3 ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR DA ADO 26

Nessa sessão será realizada uma análise qualitativa, usando como método a análise de conteúdo. De acordo com Bardin: "Esse tipo de análise deve ser então utilizado nas fases de lançamento das hipóteses, já que permite sugerir possíveis relações entre um índice da mensagem e uma ou diversas variáveis do locutor" [43]. Tendo por objeto o voto do Ministro Relator da ADO 26.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 (relator Celso de Melo), julgada em conjunto com o Mandado de Injunção 4733 (relator Edson Fachin), foi ajuizada em dezembro de 2013 pelo Partido Popular Socialista e foi ao plenário no dia 20 de fevereiro de 2019. Dos onze ministros, nessa primeira sessão, o relator e mais quatro proferiram seus votos. Como o relator disponibilizou seu voto, este será o objeto desta análise. O julgamento foi suspenso e ainda não tem data para uma nova sessão.

[42] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[43] BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 141.

A ADO 26 requereu que fosse reconhecida a omissão legislativa; e imposto ao Poder Legislativo o dever de legislar sobre a elaboração de lei que puna a homofobia e a transfobia. Além do pedido para o STF suprir a lacuna normativa com a interpretação conforme a lei do racismo; houve o pedido para que o Supremo tipificasse a criminalização da homofobia, superando o princípio constitucional de "não há crime sem lei anterior que a prescreva"; e por fim que houvesse a responsabilização civil objetiva do Estado para indenizar as pessoas do grupo LGBT que foram prejudicadas pela omissão legislativa.

O voto do relator se inicia com a fala dele expressando uma posição favorável à defesa das minorias:

> Sei que, em razão de meu voto e de minha conhecida posição em defesa dos direitos das minorias (que compõem os denominados "grupos vulneráveis"), serei inevitavelmente incluído no "Index" mantido pelos cultores da intolerância cujas mentes sombrias – que rejeitam o pensamento crítico, que repudiam o direito ao dissenso, que ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, que se apresentam como corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas – desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas!!!![44] (grifei)

De acordo com Lênio Streck[45], na democracia é clara a diferença entre preferencias pessoais e as de foro de princípio. O judiciário pode e deve intervir

[44] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf.p. 01.

[45] STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 1, n. 2, p. 8, jul./dez. 2009.

quando há questão de princípio, mas não pode se manifestar quanto à preferencias pessoais. Por um motivo simples: a democracia é muito importante para ficar nas mãos de gostos pessoais dos integrantes do Judiciário. Dessa forma, o voto já se inicia de maneira tendenciosa ao ativismo.

O voto do relator segue e ele fundamenta ser inviável o pedido para que o STF tipificasse o crime de homofobia, pois nas próprias palavras dele isso "veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal."[46] Porém, algumas páginas depois ele declara a mora legislativa e julga dá ciência ao Congresso Nacional quanto a sua omissão. E mais, preenche a lacuna normativa com o reconhecimento imediato da homofobia como racismo:

> Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do "vacuum legis", a saber:
>
> (a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H ,"caput"); ou, então,
>
> (b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios

[46] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf. p.26.

> e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT[47]. (grifei)

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos[48], a formulação direta de norma faltante feita pelo Supremo Tribunal Federal que usou por analogia nesse caso a lei 7.716/89 (lei do racismo) para punir comportamentos discriminatórios quanto aos integrantes do grupo LGBT é uma atitude positiva e ativista. O que o ministro fez foi tipificar o crime da homofobia sem precisar passar pelo processo legislativo.

Assim, o Ministro Celso de Melo conclui seu voto:

> Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:
>
> (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;
>
> (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
>
> (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99;
>
> (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua

[47] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf. p. 65.

[48] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

> manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e
>
> (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento[49]. (grifei).

O primeiro ponto a chamar atenção é quanto à interpretação conforme a Constituição enquadrando a homofobia ao tipo penal descrito na Lei do racismo. De acordo Virgílio Afonso da Silva[50] o conceito dessa interpretação é: "quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição". Uma vez que não é a Constituição que deve ser interpretada, e sim as leis infraconstitucionais. Esse autor ainda diz que:

> O Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que não é papel do Judiciário ser o que o tribunal chama de "legislador positivo", ou seja, não é seu papel suprir omissões ou corrigir falhas na legislação. Sua função, especialmente no controle de constitucionalidade, é a de legislador negativo, o que significa dizer que o tribunal pode, no máximo, negar a

[49] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf.p. 154-155.

[50] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 192. jan./jun. 2006.



> constitucionalidade da obra legislativa, mas nunca produzir algo em seu lugar ou corrigi-la[51].

Entretanto, o relator da ADO 26 utiliza desse método interpretativo para justificar a sua analogia:

> O autor da presente ação constitucional alega que a noção conceitual de "raça" que compõe a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores previstos na Lei nº 7.716/89 tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, de inegável conteúdo polissêmico, consoante o evidenciam diversas manifestações produzidas por ilustres doutrinadores que, interpretando os dispositivos em questão, reconhecem possível a configuração do crime de racismo quando o delito resultar de discriminação ou de preconceito dirigido à vítima em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.
>
> Esse quadro, bastante expressivo, justifica a utilização, na espécie, do método da interpretação conforme, no que se **refere ao conceito de "raça", para os fins a que se refere a Lei** nº 7.716/89, considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República.[52] (grifei).

O ministro ainda realça que não está extrapolando seu poder:

> Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).
>
> O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em

[51] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 202. jan./jun. 2006.

[52] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf., p. 93.

> legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.[53] (grifei).

Ao longo do seu voto, o ministro relator tenta demonstrar que estamos diante de um caso de judicialização da política e das relações sociais e que não há ensejo de ativismo judicial. Há de convir que, de fato, se está diante de um *hard case*, diante de um fato gerado pela mutação da sociedade ao longo dos anos e que não foi acompanhado pelo legislador. A criminalização da homofobia não é foco desse artigo, mas sim, a verificação do caráter ativista da decisão, que, como demonstrado, não se contentou em declarar a inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional dando ciência e mora a ele, mas por meio da interpretação conforme a Constituição equiparou a homofobia ao racismo, com isso ele tipificou o crime. Ficando dessa forma comprovado o caráter ativista desta decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o final do século XX, no Brasil, o acesso ao Poder Judiciário tem sido mais facilitado em razão da constitucionalização ampla, da própria Constituição garantir que nada que seja levado ao Judiciário ficará sem análise, da implementação da Defensoria Pública, garantindo um maior acesso a população ao judiciário. Com isso, a população tem levado ao crivo do magistrado questões sociais e políticas que deveriam ser resolvidas pela legislação infraconstitucional ou por políticas públicas. Assim, o fenômeno da judicialização tem sido cada vez mais presente no contexto brasileiro.

[53] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf., p.95.

Entretanto, apesar de ser positiva essa evolução, a população pressiona o judiciário ao invés de pressionar o legislativo, que foi eleito para representar os seus interesses. Não há espaço aqui, mas o acesso à justiça não se restringe ao acesso ao Poder Judiciário, é mais amplo. A forma de obtenção de direitos não é apenas via Judiciário.[54]

Uma vez provocado, o judiciário tem que se manifestar, podendo decidir contramajoritariamente ou reforçando a representação. Quando ocorre o primeiro caso, ele se torna ativista, não em todos os casos, mas naqueles em que as decisões do Supremo ultrapassam os limites do judiciário e invadem as esferas dos demais poderes. Todavia, essa atitude não é necessariamente negativa, tendo em vista que chegam até o magistrado casos de difíceis resoluções que o próprio ordenamento jurídico brasileiro não abarca. Assim, a conduta ativista é um meio de solucionar a demanda, mas ela não pode se tornar uma conduta recorrente.

Este artigo buscou como análise o voto do ministro relator em sede de ADO à luz do ativismo judicial. Uma inovação, pois a maioria dos artigos trata de ativismo em ADI ou ADPF. Isso se torna relevante visto que, em sede de ADO o STF tem como papel julgar a ação cientificando o Congresso Nacional para tomar as medidas necessárias quanto à omissão legislativa e reconhecendo o estado de mora inconstitucional dele. Contudo, desde 2007, no caso de greve dos servidores públicos, pela longa omissão do Poder Legislativo, o Tribunal por analogia aplicou, em sede de julgamento do MI 670/ES, a lei de greve dos servidores privados aos

[54] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

servidores públicos até a edição de uma lei própria[55]. O que na verdade é o Judiciário legislando, exercendo além de suas funções típicas e atípicas, ou seja, sendo ativista.

É o que ocorreu no caso analisado, ADO 26, a manifestação do ministro quando provocado a tipificar a criminalização da homofobia é que inviável, tendo em vista a separação dos poderes. Entretanto, ao fim do voto, ele enquadra a homofobia e a transfobia, por analogia a Lei do Racismo, até que seja editada lei autônoma pelo Congresso. Resultando dessa forma em uma conduta ativista. Concluo da mesma forma que Carlos Alexandre de Azevedo Campos: "o mal não é o ativismo em si, mas a afirmação de supremacia judicial, quase uma exclusividade institucional."[56]

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* Lisboa: Edições 70, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e ilumista:* os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. Acesso em: 8 de abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis.* Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, ISSN 2179-8966, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

[55] BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e ilumista:* os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. p.7.

[56] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. *Ata.* Fortaleza, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [*Syn]Thesis: Caderno do Centro de Ciências Sociais.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 23-32, ISSN 2358-4130, semestral. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, ISSN 22363475, jan./jun. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *ADO 26*. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/02/ADO-26-DF.pdf. Acesso em: 8 abr. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10., 2015. *Ata.* Fortaleza, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. Direito Público, [S.l.], v. 4, n. 18, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1292>. Acesso em: 28 jun. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP – Curso de direito constitucional, 12ª edição.* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825

PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, José Rodrigo; NOBRE, Marcos. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). *In:* RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Cap. 5.

ROTH, João Ronaldo; ONO, Sylvia Helena. A livre convicção motivada no novo código de processo civil. Disponível em: http://www.tjmsp.jus.br/ejm/NCPC.pdf. Acesso em: 21 abr. 2019.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinicius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília, v. 5, n. especial, p. 169-189, ISSN 2236-1677, semestral. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.2, n.1, p. 191-210. jan./jun. 2006.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Ativismo Judicial no Brasil:* O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 31 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. *Revista Direito Gv 15*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012.

VANNA, Luiz Werneck. O Ativismo Judicial mal compreendido. *Boletim CEDES*. Rio de Janeiro, p. 03-05, ISSN: 1982-1522. Jul./ago. de 2008. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf. Acesso em: 31 de mar. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social:* Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: FORUM DE GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p. 40-50, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 441-463, ISSN 1808-2432, 2008.

COMO PODERIA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SE MANIFESTAR DIANTE DO VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DE CONCEPÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES?

César Hideyuki Maruno Justino

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo de como poderia o Supremo Tribunal Federal se posicionar diante de possível inconstitucionalidade formal no processo legislativo de criação do Regime Diferenciado de Contratações - RDC. O RDC provém da Medida Provisória 527 de 2011, a qual originalmente tinha como objeto exclusivo a reorganização do setor aeroviário brasileiro. Ocorre que foram incluídas diversas emendas legislativas ao corpo da Medida Provisória durante a sua tramitação no Congresso Nacional, dentre as quais a que perfaz a criação do regime diferenciado de contratações, o que deu origem à Lei nº 12.462 de 2011, que cria o regime licitatório diferenciado. Porém, tal ato deliberado de incluir, em Medida Provisória, emenda parlamentar que não detenha coerência alguma com o objeto inicial da medida é o que se chama de Contrabando Legislativo, prática amplamente repudiada pela doutrina. Isso se dá em razão de que é competência exclusiva do Presidente da República a definição de qual matéria detém os critérios de relevância e urgência constitucionalmente requeridos para compor corpo de Medida Provisória. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a prática quando do julgado de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI. Quando do julgamento da ADI 5127, o Tribunal Constitucional se posicionou no sentido da inconstitucionalidade da prática do contrabando legislativo, mas optou por modular os efeitos de tal decisão, no sentido de que tal entendimento somente seria aplicado a partir do julgado em questão em diante, em respeito ao princípio da Segurança Jurídica, razão pela qual se negou a ADI. Ressalta-se que a decisão não se deu de forma unânime. Novamente a Corte Suprema foi instada a se manifestar sobre a

prática quando do julgado da ADI 5012, na qual também se presenciou a ocorrência de contrabando legislativo em corpo de Medida Provisória. No julgado em questão, por maioria, a Corte optou por manter a jurisprudência firmada no julgado anteriormente citado, negando, assim, a ação. Resta avaliar as peculiaridades de cada um dos julgamentos citados, assim como os pressupostos levantados nas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em desfavor do RDC atualmente em trâmite da Corte Máxima, a fim de avaliarmos quais as possíveis decisões que podem ser tomadas e as consequências jurídicas de cada um na Administração Pública.

Palavras-Chave: Regime Diferenciado de Contratações. Inconstitucionalidade formal. Medida Provisória. Contrabando Legislativo. Direito Constitucional (Brasil).

INTRODUÇÃO

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), criado por meio da Lei nº 12.462 de 2011, propôs a inovar o ordenamento jurídico ao disponibilizar instrumentos mais céleres, menos burocráticos e com menos formalismos desnecessários para que se possam realizar as licitações públicas no país, conferindo maior eficiência aos processos administrativos licitatórios.

Sobre a necessidade de criação do RDC, assim descreve Vasco (2016, p.50):

> A Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, foi alocada no ordenamento jurídico brasileiro como um caminho alternativo, na tentativa de proporcionar maior eficácia e eficiência, especialmente para atender aos eventos das Copas das Confederações 2013 da Copa do Mundo de 2014, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Assim, o RDC teve como principal finalidade de sua criação o atendimento das licitações que visavam adquirir produtos e serviços necessários aos megaeventos esportivos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, ocorridas no país entre 2014 e 2016, conjugado com a impossibilidade de tal atendimento no prazo adequado sob a luz das normas vigentes na lei de licitações até então. Sobre tal morosidade nos procedimentos licitatórios, assim discorre Celestino (2012, p. 170-201):

> O regime diferenciado de contratações públicas, ou simplesmente RDC, foi instituído pela Lei nº 12.462, de 2011, sob a alegação de necessidade de desburocratização de determinados processos licitatórios, tendo em vista a proximidade dos eventos já mencionados e a ausência de uma reforma tempestiva na Lei nº 8.666/93. Ao fixar as condições e procedimentos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito do RDC, a lei que o instituiu, em seu art. 1º, § 2º, determina que a adoção do regime resulta no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993.

Deste modo, pode-se observar que a morosidade, o excesso de burocracia e o engessamento dos procedimentos licitatórios causado pelo Lei de Licitações vigente foi um fator essencial que motivou a criação do RDC, com vistas a suprir a necessidade de eficientes contratações públicas para o atendimento das grandes demandas que estavam por vir.

Assim, observa-se que o RDC foi criado com a expectativa de ser um caminho mais eficiente e eficaz de atender às necessidades de compras de produtos e serviços para atendimentos dos grandiosos eventos esportivos já explicitados.

Porém, a partir da criação do novo regime houve interessante movimentação legislativa no sentido de ampliar o rol de aplicações reais do RDC, o estendendo a diversas outras áreas não previstas originalmente na legislação.

Sobre a temática, assim define Cruz (2017, p. 48):

> A Administração Pública, diante da necessidade de agilizar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo 2014 da Fédération Internationale de Football Association (FIFA) e dos Jogos Olímpicos Rio 2016, elaborou e aprovou, por meio dos órgãos competentes, a Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Tal ditame representa um marco no campo jurídico das licitações, pela inovação que visa maior economia, eficiência, celeridade nas licitações, pois, embora ainda utilize mecanismos do regime vigente e tenha recebido inicialmente

> críticas de alguns autores, ela realmente deslanchou e passou a abranger mais áreas de atuação do que aquelas inicialmente previstas.

Deste modo, segundo o autor, houve expansão das áreas de atuação do RDC originalmente previstas pelo maior ganho em economia, eficiência e celeridade nas licitações que o novo procedimento proporciona.

A Lei nº 12.462 de 2011 foi objeto de diversas alterações por parte do legislador nesse sentido e atualmente o RDC pode ser legalmente aplicado às seguintes licitações e contratos:

> Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
>
> I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
>
> II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
>
> III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
>
> IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
>
> V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)
>
> VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de

> atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)
>
> VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)
>
> VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)
>
> VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)
>
> VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
>
> VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
>
> VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
>
> IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
>
> X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016). (BRASIL, 2011).

Conforme é possível perceber pelo acima demonstrado, as áreas de possibilidade de aplicação do RDC tiveram um grande crescimento desde a promulgação de sua legislação, considerando que no texto original da Lei somente havia três hipóteses de sua aplicação e, atualmente, há dez hipóteses em que o RDC pode ser aplicado para licitar.

Porém, o objeto de estudos dessa pesquisa não será propriamente o regime diferenciado de contratações em si, mas sim o modo como foi criado tal procedimento, em razão das inúmeras controvérsias jurídicas atribuídas ao processo.

O RDC está regulado em lei resultante de conversão da Medida Provisória 527 de 2011, a qual tratava unicamente de reestruturação administrativa do setor aeroviário brasileiro.

A criação do RDC foi incluída no bojo da Medida Provisória por meio de emenda parlamentar durante o transcurso do projeto no Congresso Nacional.

Pode-se perceber que assunto original da Medida Provisória 527 é totalmente estranho à regulamentação de procedimento licitatório proposto.

Tal ato de incluir, por meio de emenda parlamentar, trecho em Medida Provisória de conteúdo estranho ao original é o que a doutrina costuma chamar de Contrabando Legislativo.

Sobre a prática, assim discorre Inácio (2018):

> Nesse escopo, compreende-se que, diante da excepcionalidade das medidas provisórias, o Parlamento não pode, em sede de Projeto de Lei de Conversão, apresentar emendas com matérias que não possuem vínculo lógico-temático com a norma sob análise, pois esta prática possui o condão de enfraquecer não só a uniformidade, a segurança jurídica e a transparência dos atos públicos, mas, além disso, a legitimidade democrática no processo legislativo.

Assim, discorre o autor no sentido de que a prática legislativa de inclusão de matéria estranha ao texto original da Medida Provisória tem como efeito o enfraquecimento da uniformidade, da segurança jurídica e da transparência, assim como enfraquece a legitimidade democrática do processo legislativo, no sentido de

que o juízo de definir qual matéria detém a urgência e relevância constitucionalmente requeridas para constar de Medida Provisória é exclusivo do Presidente da República, assim sendo a inclusão de matéria estranha por parlamentar fere a legitimidade exclusiva do chefe do Executivo para tanto.

Dessa forma, isso faz com que diversas controvérsias jurídicas pairem sobre a constitucionalidade da lei de criação do RDC.

Sobre a temática aplicada ao RDC, assim dispõe Matheus Carvalho (2015, p. 573):

> No que tange à constitucionalidade formal da lei, também tem sido alvo de divergência, haja vista a lei decorrer de medida provisória, que originariamente, não tinha a intenção de tratar de licitações e contratos administrativos

Assim, traz o autor o fato de o RDC ser objeto de divergência doutrinária no que tange a sua constitucionalidade formal, em razão de sua lei de criação decorrer de medida provisória que não tinha como objeto a tratativa de licitações e contratos administrativos originalmente.

Ainda sobre a mesma temática assim discorre Aragão (2018):

> A lei 12.462/11 é também inconstitucional formalmente. O referido diploma normativo decorreu de medida provisória, que, originalmente não tratou sobre licitações e contratos. Os parlamentares podem proceder a emendas ao texto da medida provisória, mas não podem incluir matéria escusa àquela prevista no texto inicial.
>
> [...]
>
> Logo, inconstitucional a alteração procedida pelo projeto de lei por violar o processo legislativo, previsto no artigo 62 da CF ao inserir emenda no texto da medida provisória com matéria diversa a do texto inicial, devendo, dessa maneira a lei 12.462/11 ser declarada inconstitucional por vício formal.

Conforme o exposto, afirma a autora ser formalmente inconstitucional a criação do RDC, por violar a norma do processo legislativo reservada às medidas provisórias ao incluir matéria estranha à do texto inicial em seu corpo, assim devendo, segundo a autora, ser declarada inconstitucional a Lei nº 12.462 de 2011 por vício de inconstitucionalidade formal.

Tratando do Contrabando Legislativo, o Supremo Tribunal Federal analisou o tema ao julgar a ADI 5127, a qual também detinha como objeto a inclusão de matéria estranha à original em Medida Provisória durante sua tramitação no Congresso Nacional

No julgado da ação citada, assim se manifestou a Ministra Rosa Weber no tocante à prática do Contrabando Legislativo:

> O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. [...] (BRASIL, 2015).

Convergindo com o disposto pela Ministra Relatora, a Corte se manifestou no sentido da inconstitucionalidade de tal prática. Porém, em relação aos efeitos de tal decisão, o Colegiado decidiu por seguir o voto do Ministro Edson Fachin, o qual votou no sentido de modular os efeitos da decisão de forma que a declaração de inconstitucionalidade de prática de contrabando legislativo somente teria efeito nos casos ocorridos a partir do momento do julgado em questão. Assim, por voto da maioria, denegou-se a ADI 5127, restando vencidos os Ministros Rosa Weber

(Relatora), Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli.

Pouco depois, novamente o STF foi provocado a tratar do tema do Contrabando Legislativo. Neste caso, coube ao Colegiado o julgado da ADI 5012, na qual também se avaliou a constitucionalidade de inclusões, por meio de emenda parlamentar, de trechos em Medida Provisória totalmente desvinculados ao objeto original da medida.

No caso em questão, a Ministra Relatora Rosa Weber, também relatora da ADI em análise, a qual havia votado pela procedência da declaração da inconstitucionalidade da ADI 5127, apesar de manter seu posicionamento ideológico pela inconstitucionalidade de tal prática independentemente de modulação de efeitos, manifestou-se no sentido da manutenção do princípio da segurança jurídica por meio da jurisprudência firmada pelo Tribunal anteriormente, razão pela qual votou por denegar a Ação.

Com expressa motivação na manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, também assim votaram os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Paralelamente aos julgados citados foram propostas no STF 02 (duas) ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) contra o Regime Diferenciado de Contratações, as ADI's 4645 e 4655, as quais até o presente momento não foram objeto de julgamento.

Diante de todo o exposto, faz-se necessário analisar de modo mais profundo o processo legislativo de criação do RDC, as peculiaridades de cada um dos

julgamentos já realizados quanto à prática do Contrabando Legislativo, os pressupostos levantados nas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em desfavor do RDC atualmente em trâmite da Corte Máxima, os efeitos jurídicos de cada decisão possível pelo STF e o histórico de alterações de posicionamentos jurisprudenciais da Corte, com vistas a melhor entender o futuro do inovador meio de licitar chamado Regime Diferenciado de Contratações.

1 PROCESSO LEGISLATIVO DE CRIAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO RDC

1.1 Proposição da Medida Provisória 527 de 2011

Datada de 18 de março de 2011, a Medida Provisória 527 de 2011 foi instituída pela então Presidente Dilma Rousseff contendo originalmente a seguinte ementa:

> Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. (BRASIL, 2011)

Observa-se que a Medida Provisória em questão foi instituída com a finalidade de organizar o setor aeroviário brasileiro, criando a Secretaria de Aviação Civil e o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil, procedendo alterações na legislação da ANAC, entre outras alterações pertinentes ao sistema aeroviário do país.

Com regulamentação constitucional, a instituição de medidas provisórias deve seguir o regramento previsto na carta magna em seu Artigo 62 da e parágrafos, prevendo a regra essencial para sua instituição no caput do artigo:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (BRASIL, 1988)

Cabe verificar que o texto constitucional expressamente prevê a necessidade de coexistência de situação de relevância e urgência na matéria para a instituição de Medida Provisória. Sobre o tema, assim retrata Balera (2009):

> A Constituição Federal admite a edição de Medidas Provisórias em caso de relevância e urgência. Cumpre observar, desde logo, que os requisitos não são alternativos como na Constituição anterior. Portanto é necessária a presença dos dois requisitos simultaneamente para que o Presidente esteja autorizado a adotar Medidas Provisórias.

A demonstração da relevância e urgência para a criação da Medida Provisória 527 de 2011 foi realizada por meio da Exposição de Motivos Interministerial nº 31, a qual demonstra a relevância em seus parágrafos 03 e 04, assim como demonstra a urgência por meio do seu parágrafo 10, conforme segue:

> 3. A sociedade brasileira há tempos estava a exigir uma ampla reformulação do quadro institucional voltado à gestão da aviação civil. A criação da Secretaria de Aviação Civil representa um importante passo para a construção de um novo modelo institucional em que os vetores segurança, regularidade e pontualidade sejam abordados de forma a garantir um ambiente favorável tanto aos usuários quanto aos prestadores do serviço.
>
> 4. Outro aspecto importante da iniciativa diz respeito ao enfrentamento da crescente demanda que decorre da expansão do mercado de aviação civil, avultada pela proximidade dos eventos esportivos de grande envergadura que serão sediados

> pelo País nos próximos anos. Nesse sentido, confere-se à Secretaria a atribuição de promover a harmonização dos planejamentos relativos à aviação civil, à infraestrutura aeroportuária civil e à infraestrutura de navegação aérea civil, com vistas à adequação da capacidade das infraestruturas instaladas à expansão do transporte aéreo. Sob a mesma ótica, é prevista a elaboração de estudos de projeção de demanda, que serão utilizados como referência para o planejamento de médio e longo prazo da aviação civil.
>
> 10. É esse relevante conjunto de medidas, urgentes sobretudo em razão do exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade, que nos levam a submeter à consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Medida Provisória. (BRASIL, 2011).

Analisados os critérios que balizaram o preenchimento de relevância e urgência da Medida Provisória em questão, seria possível debater se realmente tais requisitos foram cumpridos, porém não será tal ato objeto deste estudo, por já haver entendimento jurisprudência da corte máxima do Judiciário no sentido que o exame de relevância e urgência de matéria de medida provisório é exclusiva do Chefe do Executivo, somente cabendo sua análise judicial em casos excepcionalíssimos, conforme se demonstra a seguir:

> Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. [ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007.]. (BRASIL, 2007).
>
> Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647,

> rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997). [ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.]. (BRASIL, 2007).

Assim, é posicionamento pela corte constitucional pela da impossibilidade análise de mérito de relevância e urgência de instituição de Medida Provisória, somente sendo cabível em casos excepcionalíssimos, razão pela qual não se analisará tal mérito.

1.2 Tramitação no Congresso Nacional

A Medida Provisória 527 foi encaminhada pela Presidente da República na data da sua publicação, ou seja, 18/03/2011, para análise pelo Congresso Nacional.

A medida foi analisada previamente por comissão mista de deputados e senadores antes de ir para votação em cada casa do Congresso Nacional, seguindo a norma constitucional:

> Artigo 62 § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988)

Seguindo tal mandamento, o projeto foi analisado pela Comissão Mista de deputados e senadores, sendo que, durante tal período, a então Deputada Federal Mara Gabrilli, propôs emenda à Medida Provisória que visava incluir em seu texto a aplicação de procedimento licitatório mais simplificado e menos burocrático, aplicável exclusivamente até então às licitações e contratos para anteder os Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016 e a Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo FIFA de 2014, conforme se demonstra abaixo no texto original da emenda:

> Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
>
> I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
>
> II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; (BRASIL, 2011).

O relator, então Deputado José Guimarães, apresentou parecer favorável à regularidade da Medida Provisória apresentada pela Chefe do Executivo, assim como fez questão de se apresentar favorável em seu relatório à emenda de nº 1, proposta pela Deputada Mara Gabrilli, conforme se demonstra abaixo no resumo do parecer do Relator:

> Parecer proferido em Plenário e entregue à Mesa pelo Relator, Dep. José Guimarães (PT-CE), pela Comissão Mista, que conclui pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência; pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; pela admissibilidade desta Medida Provisória e das Emendas apresentadas; e, no mérito, pela aprovação desta Medida Provisória e das Emendas de n.ºs 1 e 13, na forma do Projeto de Lei de Conversão apresentado, e pela rejeição das demais Emendas. (BRASIL, 2011).

Apresentado e aprovado o parecer do Deputado relator José Guimarães na Comissão Mista de deputados e senadores, este apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei de conversão da Medida Provisória, contendo as emendas propostas

e aprovadas durante a tramitação na comissão mista, tendo sido o projeto de lei de conversão encaminhado para discussão e deliberação da Câmara dos Deputados. No tocante ao nome do projeto, considerando a inclusão de proposta emenda parlamentar, a Medida Provisória passa a se chamar de Projeto de Lei de Conversão, tendo recebido a identificação de Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011.

O Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011 foi apresentado à Câmara dos Deputados no dia 15/06/2011, ocorrendo o início da votação para sua aprovação ou rejeição nesta mesma data.

No bojo da discussão do projeto da Câmara, foi proposto pelo então Deputado Federal Jovair Antunes a inclusão de um terceiro inciso no artigo 1º do projeto, incluindo a seguinte hipótese de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações:

> Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
>
> III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. (BRASIL, 2011).

O projeto foi discutido e votado nas sessões dos dias 15/06/2011 e 28/06/2011, tendo sido aprovada definitivamente nesta última sessão, com aprovação também da emenda proposta pelo Deputado Jovair Antunes, mantendo-se, assim, as três hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações

Assim, o Projeto de Lei de Conversão foi encaminhado no dia 29/06/2011 para discussão e deliberação do Senado Federal, conforme mandamento constitucional.

No Senado Federal, o projeto foi aprovado em sua íntegra, razão pela qual não foi necessário seu retorno à casa iniciadora e foi encaminhado diretamente para a sanção presidencial.

1.3 Sanção Presidencial

O projeto foi sancionado pela então Presidente da República Dilma Rousseff na data de 04/08/2011, transformando-se na Lei Ordinária nº 12.462/2011, promulgada com a seguinte ementa:

> Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. (BRASIL, 2011)

É possível perceber que a ementa da Lei nº 12.462/2011 manteve-se praticamente igual à ementa original da Medida Provisória 527 de 2011, somente se alterando sutilmente o início da emenda para incluir a instituição do RDC.

Importante se faz salientar posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que a sanção presidencial de projeto de lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na Medida Provisória, conforme se demonstra:

> Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. [ADI 3.090 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2006, P, DJ de 26-10-2007.] = ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013. (BRASIL, 2013).
>
> Conversão da medida provisória na Lei 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. [ADI 4.048 MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2008, P, DJE de 22-8-2008.] = ADI 4.049 MC, rel. min. Ayres Britto, j. 5-11-2008, P, DJE de 8-5-2009 (BRASIL, 2009).

Desta forma, havendo se posicionado o tribunal constitucional no sentido de que, havendo vício formal na Medida Provisória, a eventual sanção presidencial e aprovação do projeto de lei de conversão não convalidaria tal vício.

2 CONTRABANDO LEGISLATIVO

2.1 Conceito

Popularmente conhecida como Emenda Jabuti, o Contrabando legislativo é o nome dado à prática legislativa recorrente de incluir emendas parlamentares em projetos de lei de conversão de Medida Provisória proposta pelo Chefe do Executivo que não tenham pertinência temática com a matéria original da Medida Provisória.

Tal prática ocorre em razão de o procedimento legislativo de aprovação de medidas provisórias ser mais célere, com prazo mais acelerado para sua aprovação,

inclusive ocorrendo trancamento de pauta se atingido seu limite temporal sem que haja sua votação, conforme rege o artigo 62, §6º, da carta magna:

> Art. 62 § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (BRASIL, 1988).

Deste modo, era de praxe a inclusão de inúmeras iniciativas com as mais diversas temáticas dentro do bojo de Medida Provisória, visando aproveitar-se de seu procedimento mais célere, em contrapartida ao procedimento legal que seria necessário para aprovação de lei ordinária regulando o mesmo tema.

Conforme voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI 5127, é afirmado ser a prática do contrabando legislativo um procedimento marcadamente antidemocrático, pois subtrai o procedimento ordinário previsto constitucionalmente de discussão e debate público de matéria que regula a vida comum social, conforme abaixo:

> O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. [...] (BRASIL, 2015).

2.2 Vedação Doutrinária



É verificável na doutrina constitucionalista o posicionamento majoritário pela obrigatoriedade de que as emendas parlamentes guardem pertinência temática com a matéria de origem da Medida Provisória.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes resgata o período em que ainda havia o Decreto-Lei em lugar da atual Medida Provisória, no qual não era cabível realizar emendas parlamentares no decreto-lei instituído pelo Presidente da República. Porém, com a promulgação da Constituição de 1988 e a instituição de Medidas Provisórias, foi agraciado o legislativo com a possibilidade de realizar emendas a estas, mas devendo, obrigatoriamente, ter pertinência de tema com a matéria constante da Medida Provisória, conforme cita o autor (Mendes, p. 934-935):

> A medida provisória pode ser emendada no Congresso, não mais perdurando a proibição nesse sentido que havia no regime do decreto-lei, na ordem constitucional pretérita. As emendas apresentadas, devem, porém, guardar pertinência temática com o objeto da medida provisória, sob pena de indeferimento.

No mesmo sentido doutrina Uadi Bulos (2007, p. 985), ao afirmar que o processo legislativo especial das medidas provisórias é regime de exceção, somente sendo cabível nele ser incluído objeto relacionado à matéria considerada relevante e urgente pelo Chefe do Executivo quando da edição de Medida Provisória, assim dispondo:

> O que é inadmissível é o alargamento do procedimento legislativo especial das medidas provisórias, enxertando assunto novo, completamente distinto daquele versado pelo Presidente da República.

Desse modo, rege o autor que o regime de exceção conferido constitucionalmente à Medida Provisória somente autoriza que nela se inclua a

matéria que o Chefe do Executivo determinar ser de cumprimento relevante e urgente, não sendo cabível, assim, a inclusão de matéria estranha em corpo de Medida Provisória por mera deliberalidade de parlamentar.

3 ADI 5127

3.1 Autoria e Fundamentação

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5127, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, visava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76 da Lei nº 12.249 de 2010, a qual é objeto de projeto de lei de conversão da Medida Provisória 472 de 2009.

A Medida Provisória 472 de 2009 detinha a seguinte ementa:

> Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste - REPENEC; cria o Programa Um Computador por Aluno - PROUCA e institui o Regime Especial de Aquisição de Computadores para uso Educacional - RECOMPE; prorroga benefícios fiscais; constitui fonte de recursos adicional aos agentes financeiros do Fundo da Marinha Mercante - FMM para financiamentos de projetos aprovados pelo Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM; dispõe sobre a Letra Financeira e o Certificado de Operações Estruturadas; altera a redação da Lei no 11.948, de 16 de junho de 2009; ajusta o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV; e dá outras providências. (BRASIL, 2009).

Porém, quando em tramitação na Comissão Mista, foram incluídas diversas matérias estranhas à pertinência temática da Medida Provisória em questão, sendo instigador para ajuizamento da ADI 5127 o disposto no artigo 76 do projeto de lei de conversão, o qual extingue a categoria de técnico de contabilidade. Nota-se que não há pertinência temática alguma entre a matéria originalmente tratada na Medida



Provisória e as matérias referentes à regulação da carreira de profissionais de contabilidade nela incluída posteriormente pelo legislativo federal, sendo tal entendimento o fulcro do ajuizamento da ADI 5127.

Com fulcro no exposto, a ADI em questão requeria a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76 da Lei nº 12.249 de 2010, a qual se trava de projeto de lei de conversão da medida provisório 472 de 2009.

3.2 Julgamento

A Ministra Rosa Weber, relatora do caso, proferiu voto no sentido de que o poder de emenda legislativa deve guardar estrita relação de afinidade temática com o objeto original da Medida Provisória, conforme se demonstra em trecho de seu relatório:

> Assim qualificado o poder de emenda, anoto que a alteração da proposta legislativa sujeita a cláusula de reserva de iniciativa somente se legitima quando a modificação proposta – seja para ampliar, restringir, adequar ou adaptar o alcance do texto original –, guarda com ele estrita relação de afinidade temática.
>
> Nessa linha, esta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado a inconstitucionalidade de alterações normativas incluídas por emenda parlamentar quando desprovidas de vínculo de pertinência material com o objeto original da iniciativa normativa submetida a cláusula de reserva. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, a Ministra relatora afirma que, quando ausente o vínculo de afinidade material com a matéria de origem, tal ato de emendar é incompatível com o delineamento constitucional, conforme se observa:

> Como a jurisprudência desta Suprema Corte entende incompatível com o delineamento constitucional a incorporação de emenda parlamentar a projeto de lei apresentado pelo Chefe do Poder Executivo nos limites do seu poder de iniciativa quando ausente o vínculo de afinidade

> material, a mesma *ratio* conduz a que tampouco se admita emenda absolutamente inovatória em rito legislativo sujeito a garantias mais brandas do que as que norteiam o processo legislativo ordinário. (BRASIL, 2015).

Ademais, afirma a Ministra que a prática do contrabando legislativo confere ao parlamentar a possibilidade de se esquivar do processo legislativo constitucionalmente previsto, eximindo-se de todos os seus regramentos garantidores da segurança jurídica, dando-lhe, assim, a possibilidade de se utilizar do rito célere das medidas provisórias para aprovar matérias de seu interesse estranhas ao contexto, conforme se observa:

> A incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Carta Política para a conversão de medida provisória em lei quanto a matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, caput, da Constituição da República. Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento para aprovação das leis ordinárias, submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria. (BRASIL, 2015).

Ante todo o exposto, a Ministra relatora se posicionou pela procedência da ADI 5127, diante da falta de vínculo temático com a matéria em questão tratada na Medida Provisória 427 de 2009.

O Ministro Edson Fachin, próximo a votar, convergiu com a Ministra relatora no tocante à inconstitucionalidade de emendas parlamentares sem vinculação temática com a matéria objeto da Medida Provisória. Segundo o Ministro, só cabe instituir Medida Provisória para matéria relevante e urgente, critérios de juízo político do chefe do Executivo, sendo que, uma vez instituída a



temática relevante e urgente pelo crivo do Presidente da República, somente se poderia propor emenda com pertinência a esta matéria, conforme se demonstra:

> Se a Medida Provisória é espécie normativa de competência exclusiva do Presidente da República e excepcional, pois sujeita às exigências de relevância e urgência – critérios esses de juízo político prévio do Presidente da República –, não é possível tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes. Uma vez estabelecido o tema relevante e urgente, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de Medida Provisória em lei se limita e circunscreve ao tema definido como urgente e relevante. Vale dizer, é evidente que é possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que se observe a devida pertinência lógico-temática. (BRASIL, 2015).

Ademais, assim como a Ministra Relatora, cita o Ministro Edson Fachin que a prática do chamado contrabando legislativo dispõe de complexidades democráticas, assim como poderia estar sendo usado pelo Legislativo como resposta ao trancamento da pauta legislativa causada pelas inúmeras medidas provisórias propostas pelo Executivo, correspondendo, assim, a uma problemática entre a separação dos poderes, conforme se dispõe:

> Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdos temáticos distintos dos nela versados apresenta fortes complexidades democráticas. Pode, até mesmo, ser vista e explicada como uma possível resposta à atuação do Executivo diante do trancamento das demais deliberações da pauta do Legislativo (art. 62, §6º) em razão das diversas Medidas Provisórias editadas. (BRASIL, 2015).

Apesar do disposto, como se tratava de um *leading case*, visando a manutenção da segurança jurídica e temendo as inúmeras distorções e lesões a bens jurídicos que uma aplicação *ex-tunc* poderia causar, o Ministro Edson Fachin se posicionou pela improcedência da ação, porém reconhecendo a

inconstitucionalidade formal de emenda parlamentar em medidas provisórias em matéria estranha ao seu objeto a partir da data deste julgamento, assim preservando a legalidade dos casos ocorridos até então, incluindo esta ADI, conforme se observa:

> Diante do exposto, voto pela improcedência dos pedidos formulados na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127, tendo como pressuposto que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal decorrente da impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida Provisória, deve, em obediência ao princípio da segurança jurídica, preservar, até a data deste julgamento, as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta. (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido do Ministro Fachin, diversos Ministros se posicionaram pela inconstitucionalidade do contrabando legislativo, porém, visando a manutenção da segurança jurídica, se posicionaram pela aplicação de tal posicionamento somente a partir deste julgado. Neste sentido, votaram, por exemplo, a Ministra Carmén Lúcia e o Ministro Celso de Mello, respectivamente:

> Por isso, Presidente, concluo no sentido de julgar improcedente a ação, assinalando também, como já foi feito pela maioria, ressalva feita ao Ministro Dias Toffoli, a não continuidade dessa prática, quer dizer, valemo-nos dos precedentes que temos, e que foram lembrados pelo Ministro Gilmar Mendes, para considerar ainda constitucional essa norma e fazer com que, com essa sinalização, o Congresso Nacional não possa daqui para frente adotar a mesma prática.
>
> [...]
>
> Ocorre, no entanto, que reputo prudentes as considerações feitas pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, que, embora reconhecendo a inconstitucionalidade formal do denominado "contrabando legislativo", entendeu, em respeito ao postulado da segurança jurídica, que se devem preservar, até a data deste julgamento, "as leis fruto de emendas [que não observaram o

> requisito da pertinência temática] em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta". (BRASIL, 2015).

Seguindo o posicionamento do Ministro Fachin, que veio a ser escolhido pelo então Presidente do STF – Ministro Ricardo Lewandowsi – como redator do acórdão, o tribunal constitucional decidiu pela sua maioria por firmar o entendimento de que não é compatível com o mandamento constitucional o uso do poder de emenda para instituir matéria em Medida Provisória que não seja pertinente ao tema original da medida. Porém, tal entendimento somente seria aplicado da data do julgamento em diante, razão pela qual o tribunal se posicionou em sua maioria pelo indeferimento da ADI 5127, conforme se observa em seu acórdão:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, com a cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, ex nunc, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional, ressalvado o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do costume, bem como da constitucionalidade da Resolução do Congresso Nacional que regulamenta a matéria. Restaram vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli, que o julgava improcedente. (BRASIL, 2015).

4 ADI 5012

4.1 Autoria e Fundamentação

De autoria do Procurador Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5012 teve como finalidade requerer o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 113 a 126 da Lei nº 12.249/10, resultante da conversão da Medida Provisória nº 472 de 2009.

Tal Medida Provisória originalmente tratava de regimes especiais de incentivo, prorrogação de benefícios fiscais, destinação de recursos ao Fundo da Marinha Mercante e instituía regras para o sistema financeiro e para o Programa Minha Casa Minha Vida. Porém, durante sua tramitação no Congresso Nacional, foram propostas emendas parlamentares para incluir no corpo do projeto de lei de conversão várias questões ambientais, tais como a redução da área da Floresta Nacional do Bom Futuro (Rondônia) e a alteração dos limites do Parque Nacional Mapinguari e da Estação Ecológica de Cuniã (ambos entre Amazonas e Rondônia).

Partindo de tais fatos, a Procuradoria Geral da República argumenta ser flagrante a ocorrência de inclusão de matéria estranha à tratada originalmente na Medida Provisória, o que acarretaria afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos poderes, pois, segundo o autor, seria exclusivamente do chefe do Executivo o crivo necessário dos critérios de relevância e urgência que a carta magna exige para decidir quais matérias deveriam ser veiculadas por esse meio. Assim descreve o *parquet*:

> Referida cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devem ser encaminhados por essa via. (BRASIL, 2013).

Deste modo, se argumenta no sentido de que a atribuição exclusiva do Presidente da República de decidir os casos de urgência e relevância que devem compor uma Medida Provisória são violados pelo Poder Legislativo ao se incluir matéria estranha no corpo do texto, utilizando-se indevidamente do seu poder de emenda.

Tal violação ao devido processo legislativo já teria sido, inclusive, internalizada pelo Congresso Nacional por meio da Resolução nº 1 de 1989 – CN, conforme se transcreve:

> Não é por outra razão que a Resolução nº 1, de 1989-CN, que "dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal", estabelece expressamente, em seu art. 4º, § 1º, ser "vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória". (BRASIL, 1989).

Deste modo se observa que, além de violação a princípios constitucionais, também se demonstra violação à norma primária do próprio legislativo quando se exerce abuso do direito de emenda para realizar emendas indevidas em projeto de Medida Provisória.

Diante do exposto, assim concluiu a Procuradoria Geral da República:

> Portanto, como a Lei nº 12.249/10, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pelo Presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida. (BRASIL, 2013).

Portanto, nos termos acima, requereu o Procurador Geral da República pela procedência do pedido de inconstitucionalidade dos artigos 113 a 126 da Lei nº

12.249 de 11 de junho de 2010, porquanto sua inclusão no texto de Medida Provisória se deu de forma irregular.

4.2 Julgamento

O julgado ficou a cargo da relatoria da Ministra Rosa Weber, a qual, por coincidência, também havia relatado o julgamento da ADI 5127. Neste interim, a Ministra já inicia seu voto relembrando o julgado, ressaltando que, quando de seu julgamento, já se posicionou a Corte Constitucional no sentido de contrariedade à prática de conteúdo normativo de emenda sem vínculo de pertinência temática, conforme de descreve:

> Na ocasião, a maioria do Plenário acompanhou a tese que sustentei da inconstitucionalidade formal, i.e., de que a inclusão, na redação final da Lei nº 12.249/2010, mediante emenda parlamentar, de conteúdos normativos sem vínculo de pertinência temática com os temas objeto da medida provisória submetida à conversão em lei (MP nº 472/2009) afrontou o princípio democrático, a separação entre os Poderes e o devido processo legislativo constitucional. (BRASIL, 2017).

Assim, manifestou-se o STF pela violação aos princípios democráticos, à separação dos Poderes e ao devido processo legislativo quando da ocorrência de emendas parlamentares estranhas ao objeto original da Medida Provisória, conforme o extenso julgado da ADI 5127, ao qual a Ministra relatora fez questão de ler praticamente em sua totalidade quando da proclamação de seu voto.

Deste modo, descreve a relatora que os ministros a acompanharam no entendimento da ilegalidade de tais atos, porém o voto da Ministra restou vencido

no tocante a sua proposta de modulação dos efeitos da decisão, conforme se transcreve:

> Fiquei, todavia, vencida, quando do exame de eventuais efeitos prospectivos a conferir à decisão, tendo prevalecido a proposta formulada pelo eminente Ministro Edson Fachin. Assim, a despeito de afirmada naquele feito a tese, forte nos arts. 1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, de que inquinada do vício da inconstitucionalidade formal emenda em projeto de conversão de medida provisória em lei com conteúdo divorciado do objeto originário, decidiu-se, à invocação do postulado da segurança jurídica, "preservar, até a data deste julgamento, as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta", do que redundou juízo de improcedência do pedido. (BRASIL, 2017).

Nos termos apresentados, se modularam os efeitos para manter a validade dos casos de contrabandos legislativos ocorridos até a data do julgamento em questão, e, por conseguinte, declarar a ilegalidade e a inconstitucionalidade dos casos que ocorrerem a partir da data do julgamento em questão (ADI 5127).

Diante do exposto, apresenta a relatora o seguinte voto:

> Não obstante, acatando o entendimento do Plenário, forte no princípio da segurança jurídica, de que permanecem válidos os preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão – ainda que sem relação com o objeto da medida provisória -, aprovados antes da data daquele julgamento, 15.10.2015 – caso dos autos, em que a Lei 12.249 data, como visto, de 11.6.2010 –, julgo improcedente a presente ação direta. (BRASIL, 2017).

Deste modo, declara a relatora que vota pela improcedência da ADI 5012 com fulcro na segurança jurídica e com a finalidade de a manter a jurisprudência firmada.

Com expressa motivação na manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, votaram no mesmo sentido da relatora os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Mas crê-se que seja um ponto de suma importância ressaltar o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento desta ADI 5012. O eminente Ministro se demonstra inteiramente contrário à modulação de efeitos decidida pela maioria no julgado da ADI 5127 e aderida pelos Ministros no julgamento em questão. Rege o Ministro que a flexibilização da Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal serviria de estímulo para a produção, pelo Legislativo, de leis inconstitucionais. Discorre o Ministro:

> Presidente, receio que a flexibilização da Constituição Federal pelo Supremo seja um estímulo às muitas Casas Legislativas a editarem, a continuarem editando, leis inconstitucionais.
>
> A glosa tem eficácia pedagógica, como tive oportunidade de ressaltar no precedente. Inibe certas práticas à margem da ordem jurídica e por ocupantes de cargos políticos que deveriam observá-la, dando o exemplo. De duas a uma: ou a Carta da República continua rígida, submetendo indistintamente, inclusive o Supremo, ao que nela se contém, ou passa a ser um documento flexível, caminhando-se para, como disse, a mitigação. (BRASIL, 2017).

Assim, salienta o Ministro Marco Aurélio o seu entendimento de que a flexibilização da norma constitucional do modo operado inibe a eficácia pedagógica a que o Ministro se refere, a qual teria como resultado inibir práticas legislativas à margem da ordem jurídica, tais como o próprio contrabando legislativo que se discute na ADI em questão

Em razão disso, requer o Ministro que tal entendimento seja revisto e rediscutido pelos seus pares, salientando estarem os Ministros na instância correta para tanto, ou seja, o Plenário, ressaltando que a decisão denegatória da ADI 5127 também se deu pelo Plenário, sendo esse, portanto, o órgão adequado para rever a decisão. Assim requer o Ministro:

> Quanto ao princípio do colegiado, ressalto que estamos na seara própria a rediscutir a matéria, o Pleno. E temos revisto ópticas anteriores.
>
> Não posso fechar os olhos ao fato ressaltado pelo Procurador-Geral da República, a consubstanciar, como disse a ministra Rosa Weber, um verdadeiro contrabando, considerada a lei de conversão, o que proposto pelo Executivo – e a conversão é de algo existente –, uma verdadeira tomada de carona no que encaminhado. Espero que, pelo menos, a lei de conversão tenha ido à sanção do Presidente da República, como previsto no parágrafo 12 do artigo 62 da Carta Federal. (BRASIL, 2017).

Ressaltando que a decisão proferida em sede da ADI 5127 se deu por respeito ao princípio da Segurança Jurídica, o Ministro ainda profere uma proposta de atuação do Tribunal para rever o posicionado anterior e mesmo assim manter o respeito ao princípio, como se segue:

> Quanto à segurança jurídica – lastimavelmente o Judiciário é moroso e, às vezes, é provocado após a passagem de certo período –, não se caminharia para fulminar a lei como um todo, mas para afastar a eficácia, porque inconstitucionais sob o ângulo formal, dos artigos mencionados – creio serem os artigos 113 a 126. (BRASIL, 2017).

Conforme descrito, propôs o Ministro afastamento da eficácia somente dos artigos 113 a 126 da Lei nº 12.249/2010, os quais foram os objetos de contrabando legislativo propriamente ditos.

Assim, votou o Ministro pela procedência da ADI 5012.

Deste modo, o Tribunal, por sua maioria, julgou improcedente a ação, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Ressalta-se estarem ausentes no julgado os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES CONTRA O RDC

Atualmente, estão em tramitação no Supremo Tribunal Federal 02 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra o Regime Diferenciado de Contratações, as ADI 4645 e 4655, que serão tratadas nos tópicos abaixo.

ADI 4645

Autoria e Fundamentação

Proposta pelo Partido Social Democrata Brasileiro - PSDB, Democratas – DEM e Partido Popular Socialista, esta ação direta de inconstitucionalidade visa que seja declarada a inconstitucionalidade formal e material da Medida Provisória 527 de 2011 e da Lei nº 12.462 de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações.

No tocante à inconstitucionalidade formal, afirmam os autores que há inconstitucionalidade na Medida Provisória 527 de 2011 pelo fato de claramente não estarem presentes os requisitos constitucionais de relevância e urgência na Medida Provisória em questão, ao passo que aquela somente tinha como objetivo reorganizar



a Presidência da República e o Sistema Aeroviário Brasileiro, matérias consideradas comuns e ordinários pelos autores da demanda.

Ainda no que tange à inconstitucionalidade formal, também regem os autores da ADI haver inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações, pelo fato de esta ter se originado de emenda parlamentar à Medida Provisória 527 de 2011, com a qual não guardou pertinência temática alguma, o que acarretaria a inconstitucionalidade desta lei. Segundo os autores:

> As emendas não devem conter conteúdo estranho à proposição normativa a que se referem. Devem observar pertinência temática com o texto originário da medida provisória, uma vez que o Parlamento não pode se desviar dos temas que foram normatizados originalmente pelo Presidente da República, sob pena de produzir alteração inconstitucional na proposição. (BRASIL, 2011).

Desse modo, requerem os autores da ADI que seja declarada inconstitucional a Lei nº 12.462 de 2011 por vício de inconstitucionalidade formal na sua concepção, causada pelo fato de sua inclusão ter se dado de forma indiscriminada dentro do corpo de Medida Provisória sem que houvesse pertinência temática para tanto, o que, segundo os autores, culmina em alteração inconstitucional na proposição do Presidente da República, da qual não pode o Parlamento se desviar quando da realização de emendas parlamentares.

Também afirmam os autores ser a Lei nº 12.462 de 2011 eivada de inconstitucionalidade material, por vários motivos. Primeiramente citam os autores que há violação quanto à obrigatoriedade constitucional de licitar, ao passo que o



procedimento do RDC não poderia ser considerado um processo licitatório. Os autores também citam violação no tocante ao regime de contratação integrada e remuneração variável previsto na Lei de Licitações, ao afirmar que tais dispositivos violam os princípios constitucionais da moralidade e isonomia, pois permitiriam o julgamento das propostas dos licitantes por critérios subjetivos, violando, assim, a igualdade licitatória. Também se afirma haver violação ao princípio da publicidade no artigo 15, §2º, da lei em questão, o qual dispensa a publicação em diários oficiais de licitações de até R$ 80.000,00 para bens e serviços comuns e de até R$ 150.000,00 para obras, bastando a publicação em sítio eletrônico oficial, assim como também se afirma violar o mesmo princípio a possibilidade de orçamento sigiloso previsto no artigo 6º, § 3º, da lei em questão, que no caso somente se revelariam os valores orçados no final do procedimento licitatório.

No tocante às hipóteses de inconstitucionalidade material do MPV 527 de 2011 e da Lei nº 12.462 de 2011 levantadas pela ADI 4645, estas não serão aprofundadas por não ser objeto deste estudo.

Até o presente momento a ADI 4645 não foi pautada para julgamento no Supremo Tribunal Federal.

ADI 4655

Autoria e Fundamentação

Proposta pelo então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade visa evidenciar a inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 12.462 de 2011, pelos fatos e motivos a seguir descritos.

No que se relaciona ao vício formal da Lei, relata o então Procurar Geral a ilegalidade da inclusão da matéria referente ao Regime Diferenciado de Contratações

em uma Medida Provisória que não tinha relação alguma com este tema, tratando única e exclusivamente da reorganização da Presidência da República e do Sistema de Aviação Civil.

Segundo o autor, tal inclusão de matéria estranha contrariaria o processo legislativo e até mesmo o Princípio da Separação dos Poderes, por se tratar de iniciativa exclusiva do Presidente da República decidir sobre qual matéria é revestida dos requisitos de relevância e urgência necessários para estar no corpo da Medida Provisória. Segundo o Procurador Geral:

> A inclusão de matéria estranha à trada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (artigos 59 a 62 da CR) e o princípio da separação dos Poderes (art, 2º, da CR). Isso porque tal espécie normativa é da iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir, também com exclusividade, quais, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio. (BRASIL, 2011).

Com vistas no princípio da separação dos poderes, se descreve a impossibilidade de incluir matéria estranha na Medida Provisória pois trata-se de competência exclusiva do Presidente decidir as matérias que cumpram os requisitos constitucionais necessários para ingressar em uma Medida Provisória, conforme se prevê:

> Tal cautela é um imperativo lógico decorrente do princípio da separação dos Poderes. Fosse permitido ao Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaria se transferindo para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República – o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via. [...]. (BRASIL, 2011).

Reforçando o entendimento jurisprudencial do STF, se posiciona o PGR pela impossibilidade de convalidação do vício inconstitucional formal pela sanção do



Chefe do Executivo, razão pela qual, mesmo com a aquiescência da então Presidente da República, não ficaria afastada a inconstitucionalidade formal do ato, citando-se os o seguinte julgado:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República).2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica.3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal.4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República.5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (Grifou-se) (BRASIL, 2014).

Por este fato, requer o PGR que seja declarada a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462 de 2011 por vício nas emendas parlamentares que criaram o bojo da lei em questão.

No que tange à materialidade, regeu o então PRG ser materialmente inconstitucional o artigo 9º da Lei nº 12.462 de 2011 e seus parágrafos, por instituírem a chamada Contratação Integrada, modalidade de licitação na qual se licita sem a realização de um projeto básico, sendo este, inclusive, um dos objetos licitados. Rege o autor ferir o princípio da isonomia, pois não haveria como garantir a igualdade entre os concorrentes sem a definição prévia e clara do objeto do contrato, o qual é detalhado justamente por meio do projeto básico.

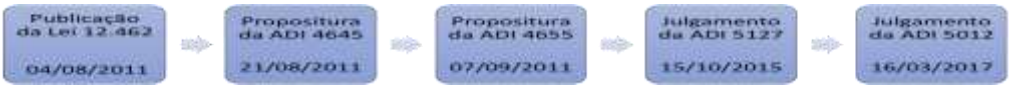
Também iria de encontro com a inconstitucionalidade o previsto no artigo 30 da lei em questão, o qual prevê a pré-qualificação, que seria um procedimento anterior à licitação que visaria analisar condições de habilitação e exigências técnicas e de qualidade dos licitantes, podendo, assim, violar o princípio licitatória da ampla concorrência, ao se dispor, no §2º do artigo em questão, da possibilidade de limitação do procedimento licitatório somente aos candidatos aprovado na pré-qualificação, limitando, assim, o universo de possíveis concorrentes ao pleito licitatório, impedindo a aplicação da efetiva ampla concorrência.

No tocante às hipóteses de inconstitucionalidade material do Lei nº 12.462 de 2011 levantadas pela ADI 4655, estas não serão aprofundadas por não ser objeto deste estudo.

Até o presente momento a ADI 4655 não foi pautada para julgamento no Supremo Tribunal Federal.

POSSÍVEIS POSICIONAMENTOS DA CORTE

Com base em todas as informações apresentadas se torna possível mentalizar os seguintes marcos temporais:



Diante de todo o exposto, é possível vislumbrar dois cenários possíveis para a decisão do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ADI's em face do Regime Diferenciado de Contratações (4645 e 4655).

Um primeiro cenário seria a decisão do colegiado pela improcedência de tais demandas, embasando-se os ministros pelo princípio da Segurança Jurídica e visando a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, tal como se procedeu no julgado da ADI 5012.

Um segundo cenário seria vislumbrar a possibilidade de revisão da jurisprudência firmada na ADI 5127 e a consequente procedência da declaração de inconstitucionalidade.

Em um primeiro momento, torna-se bem plausível crer que se aplicará integralmente o primeiro cenário apresentado.

Porém, devem-se ressaltar alguns pontos.

Iniciou-se um movimento em prol da revisão do entendimento firmado, incitado pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro trouxe novamente à discursão pontos considerados irregulares e ineficazes pelo Magistrado na jurisprudência firmada. Ressalta-se que o Ministro apresentou argumentos que inclusive foram utilizados anteriormente pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e inclusive ele próprio (Marco Aurélio) quando do julgamento da ADI 5127, no qual esses Ministros votaram pela inconstitucionalidade da prática e, por conseguinte, pela procedência da ação, mas acabaram tendo o voto vencido.

Ressalta-se que não participaram do julgamento da ADI 5012 os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, devendo ser observado que o Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento da ADI 5127, apresentou voto distinto dos seus pares. O Ministro votou pela improcedência da demanda, mas com a justificativa de que se tratava de ofensa à norma de processo legislativo que não consta do texto constitucional e nem decorre dele, portanto não cabendo a este Tribunal Constitucional deliberar sobre tal tema. Assim discorreu o Ministro:

> Em meu entender, não decorre do texto constitucional a exigência de pertinência temática entre o objeto da medida provisória e a emenda parlamentar apresentada no processo de conversão daquela espécie normativa em lei.
>
> [...]
>
> Portanto, de meu ponto de vista, não cabe a este Supremo Tribunal avaliar se determinado ato normativo, resultante de emenda a projeto de conversão de medida provisória, veicula matéria correlata ou não ao tema do ato normativo originário. Essa questão diz respeito a assunto interno do Poder Legislativo, não devendo ser sindicada pelo Poder Judiciário. (BRASIL, 2017).

Observa-se que o Ministro não se adentrou ao mérito da matéria em questão, apesar de brevemente em seu voto antecipado se demonstrar preocupado com as possíveis repercussões do acolhimento da tese. E, como o Ministro não esteve presente no julgamento da ADI 5012, não se sabe ao certo qual o seu posicionamento no tocante ao contrabando parlamentar em si, podendo este se posicionar tanto pela manutenção da jurisprudência firmada como pela inconstitucionalidade dos atos.

Ademais, também deve ser observado que a ADI 5012 foi julgada no dia 16 de março de 2017, exatamente seis dias antes da posse do Ministro Alexandre de Moraes no Supremo Tribunal Federal. Deste modo, com o falecimento do Ministro

Teori Zavaski e a consequente entrada do Ministro Alexandre de Moraes, houve a saída de um Ministro que havia votado pela improcedência do pedido quando do julgamento da ADI 5127, assim como houve a entrada de um Ministro do qual não se sabe ao certo o seu posicionamento acerca do tema, já que desde a sua posse não se discutiu nem se votou algum caso semelhante, havendo, assim, a possibilidade de se posicionar tanto pela manutenção da jurisprudência firmada como pela inconstitucionalidade dos atos.

Com base no exposto, verifica-se a existência de dois cenários possíveis de atuação por parte do STF: um pela improcedência das ADI's e arquivamento dos autos e outro pela procedência das ADI's e consequente declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011. Porém, crê-se ser de extrema importância a análise de quais seriam os efeitos jurídicos de cada decisão possível por parte da Corte Máxima, visando a análise da real eficácia da decisão jurisdicional proferida no caso em questão.

Consequências jurídicas de cada posicionamento possível da Corte

Diante da existência de dois caminhos possíveis a serem traçados pelo STF quando do julgamento da demanda, se faz de imensa importância analisar quais os efeitos que cada decisão possível irá acarretar no ordenamento jurídico.

Caso opte pela a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal quando do julgado da ADI 5127, optando, assim, pela improcedência da demanda, tal decisão não traria consigo grande impacto no mundo jurídico, somente ratificando a constitucionalidade do modelo licitatório inovador, mantendo ser plenamente legal e cabível a sua aplicação em compras públicas.

Tal posicionamento teria como embasamento a segurança jurídica em relação aos diversos contratos prestados por meio do RDC, assim como a manutenção da jurisprudência firmada pelo Tribunal nos julgamentos anteriores.

Porém, caso a Corte Máxima opte por rever seu posicionamento e, por conseguinte, declarar a inconstitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações, tal ato poderia causar consequências desastrosas para a Administração Pública.

Explico. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade proferida por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade opera efeitos retroativos à data de sua criação (*ex-tunc*), ou seja, a declaração de inconstitucionalidade retroagiria para declarar tais atos nulos desde a sua criação. Nesse sentido o Ministro Barroso ensina (2012, p.139):

> A constitucionalidade das leis situa-se no plano de validade dos atos jurídicos, de modo que uma lei declarada inconstitucional será considerada lei nula, decorrendo disto duas observações a serem feitas. Uma diz respeito ao fato de a declaração de inconstitucionalidade apenas reconhecer uma situação preexistente, dando-lhe certeza jurídica, enquanto a outra reside na ideia de que uma decisão de inconstitucionalidade, por ter natureza declaratória, terá efeitos ex tunc, ou seja, retroativos à data da sua criação

Dito isso, devemos verificar que, desde o início da vigência da Lei nº 12.462, em 2011, até o presente momento, foram realizadas 2.401 licitações públicas por meio do Regime Diferenciado de Contratações, segundo dados do Portal de Compras do Governo Federal - Comprasnet, as quais fizeram circular no mercado bilhões de reais em investimentos, em especial as relacionadas à Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016.

Antes o exposto, já está claro o desastre evidente que poderia causar uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos no caso em questão, em virtude de se tratar de contratações de grande vulto e com imenso clamor social envolvidos, como por exemplo as obras de expansão do Sistema Único de Saúde (SUS).

Diante disso, caso o STF venha a se posicionar de forma a acolher as ADI's 4645 e 4655 e, assim, declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011, é de grande probabilidade que os Ministros optem por realizar uma modulação de efeitos à decisão. Tal prerrogativa é comentada por Reis (2015):

> Embora, o efeito da declaração de inconstitucionalidade seja ex tunc (retroativo), há de se aventar a possibilidade modulação de tais efeitos. Por modulação dos efeitos deve-se entender a possibilidade, conferida pelo art. 27 da Lei nº 9868/99, de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que esta só venha a ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de momento que venha a ser fixado, em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social

Assim, pode-se afirmar ser cabível aplicar uma modulação de efeitos da decisão de modo que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade somente se operasse a partir do trânsito em julgado da decisão, com fulcro no artigo 27 da Lei nº 9.869 de 1999, o que resultaria na não afetação de inúmeros contratos realizados por meio do Regime Diferenciado de Contratações, garantindo, assim, o respeito à segurança jurídica tão buscada nas decisões da Corte Suprema.

Porém, assim como se crê ser de grande importância a análise dos efeitos da decisão da Corte Máxima nos contratos já realizados por meio do RDC, também assim o é em relação aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam ampliar o rol de casos possíveis de aplicar o RDC.



Novos projetos de lei

Atualmente são diversos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a fim de expandir o rol de casos possíveis de aplicação do RDC. Primeiramente cita-se o projeto de lei nº 3.332 de 2015, o qual assim dispõe:

> Art. 2º O art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescido do inciso VIII seguinte:"VIII - das obras e serviços de engenharia contratados pela Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás para realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição Federal." (BRASIL, 2015)

Também será citado o projeto de Lei nº 6.301 de 2016, o qual dispõe nos seguintes termos:

> Art. 2º O inciso V e o § 3º do art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art.1º ..... V - das obras, serviços de engenharia e aquisição de equipamentos hospitalares no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.
>
> § 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras, serviços de engenharia e aquisição de equipamentos de suporte à atividade educacional no âmbito dos sistemas públicos de ensino.". (BRASIL, 2016)

Por fim, cita-se também o projeto de Lei nº nº 11.157 de 2018, o qual propõe:

> Art. 3º O art. 1º da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI: "Art. 1º .....
>
> XI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de bibliotecas públicas. (BRASIL, 2018).

Conforme se pode observar, atualmente há a presença de interesse do legislador não somente na manutenção do RDC, mas também em sua expansão, visando possibilitar a sua aplicação para contratações com finalidades diversas das autorizadas atualmente na lei em questão.

Assim, verifica-se que o legislador detém certo apreço pelo RDC, o que se pode verificar pelas alterações já realizadas na lei aumentando o seu rol de aplicações possíveis, assim como nos projetos de lei tramitando no Poder Legislativo que detém como objeto acrescentar ainda mais objetos no rol supracitado, possibilitando alargamento do poder de contratação de bens e serviços pela Administração Pública por meio da possibilidade de utilização para tanto do RDC.

Com base no discorrido, será possível delinear o possível caminho de atuação por parte da Corte Máxima, levando em consideração os efeitos jurídicos de cada decisão e considerando as variáveis apresentadas pela vontade do legislador ordinário atualmente.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, é possível crer ser mais plausível acreditar no primeiro cenário, ou seja, pela manutenção da constitucionalidade da Lei nº 12.462 de 2011. Tal posicionamento tem como premissas consideráveis a manutenção da jurisprudência firmada, o respeito ao princípio da Segurança Jurídica e o fato de que o Regime Diferenciado de Contratações foi o meio utilizado para a realização de diversas contratações públicas, as quais resultaram na adjudicação de diversos contratos administrativos e na execução de inúmeras obras e serviços públicos relevantes, sendo no mínimo temerária a proporção que uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos poderia tomar nesses casos.

Porém, diante de todas as razões alegadas no capítulo anterior, acrescida da possibilidade de se declarar uma possível inconstitucionalidade com modulação de efeitos, de forma a ser atribuída à decisão efeitos não retroativos, não se pode descartar uma reviravolta de posições quando do julgamento das ADI's 4655 e 4645.

Pode-se questionar se não seria juridicamente mais correto a Corte seguir a Jurisprudência firmada anteriormente. Porém, em relação a esse ponto, o STF guarda certa peculiaridade. O dito popular de que "o todo é maior que a soma das partes" pode não ser sempre o mais aplicável nas decisões da Corte. No tema, assim descreve o Professor Conrado Hübner Mendes (2018):

> Um bom observador do Supremo Tribunal Federal também aprende que o Supremo Tribunal Federal não existe. Pelo menos na maior parte do tempo.
>
> Tornou-se um tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis. A crônica constitucional brasileira vem captando essa lição à medida que a cacofonia do STF fica mais escancarada, e seus custos sociais, mais palpáveis.

Com o uso de tais palavras o Professor visa expressar a enorme diversidade de posicionamentos dentro do mesmo colegiado, onde cada Ministro exterioriza seu voto de acordo com o seu livre e ilimitado convencimento, não se atendo a eventual jurisprudência já firmada anteriormente pela Corte. Também afirma o Professor Conrado (2016):

> [..] as "onze ilhas" continuam fortes como nunca. Mas é preciso dar maiores contornos a essa metáfora. O STF se manifesta como "onze ilhas" pelo menos de duas maneiras. Em primeiro lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. [..]

Assim, essa certa arbitrariedade de atuação dos Ministros quando do proferimento de seus votos é o que leva o Supremo Tribunal Federal a ser definido como "onze ilhas", nas quais os onze Ministros apresentam votos desarmonizados uns com os outros, nos quais não se mantém determinado sequenciamento lógico

entre os votos proferidos, inclusive em relação a jurisprudências anteriormente firmadas.

m caso emblemático para enfatizar o acima exposto é o recente julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752, no qual o paciente era o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Por diversos anos a Corte Máxima detinha o entendimento que a pena do condenado somente deveria iniciar seu cumprimento após o trânsito em julgado da sentença. Porém, em 2016, por meio do HC 126292, a Corte alterou tal posicionamento por voto da maioria mínima: seis ministros aceitaram a execução antecipada da pena, dentre eles o Ministro Gilmar Mendes; e cinco ministros votaram contra, dentre os quais a Ministra Rosa Weber.

Ocorre que, dois anos depois, quando do julgado do HC impetrado pela defesa do ex-presidente, ocorreu inusitada inversão de votos, apesar de o HC ter sido negado pelos iguais seis votos a cinco. Ocorre que a Ministra Rosa Weber inverteu seu voto, invocando o princípio da colegialidade, em respeito à decisão do colegiado proferida anteriormente, porém, ao passo contrário, o Ministro Gilmar Mendes também inverteu seu voto, votando a favor do *Habeas Corpus* e contra a execução imediata da pena, invocando certa alteração em seu livre convencimento.

Tal emblemático caso é um exemplo de típica atuação do STF, no qual o posicionamento anterior dado em nada vincula nova manifestação, podendo haver inversões de polos de forma livre entre os Ministros da Corte. Isso se justifica pelo fato de serem necessárias onze decisões individuais para comporem o acórdão a ser proferido.

Porém, mesmo diante de todos as incongruências na Corte Máxima causadas por desavenças de posicionamentos e convicções entre os Magistrados, conclui-se no

sentido de que o STF se manifestará pela manutenção da jurisprudência firmada na Corte, assim, mantendo a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações nos moldes da Lei nº 12.462 de 2011 e julgando improcedentes as ADI's 4645 e 4655, apesar de se crer que tal posicionamento causa uma flexibilização indevida da Carta Magna, o que vai de encontro ao esperado de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Rita de Cássia Brito. A inconstitucionalidade do regime diferenciado de contratações. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 set. 2018. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591244&seo=1. Acesso em: 17 mar. 2019.

BALERA, Felipe Penteado. Medida Provisória: O Controle Dos Requisitos Constitucionais de Relevância e Urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 14, jul. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 31 de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-31-MP-MD-MF-MJ-CCIVIL-PR-Mpv527.htm. Acesso em: 17 março. 2019.

BRASIL. Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011. Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 mai. 2018.

BRASIL. Medida Provisória 527, de 18 de março de 2011. Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Portal de Compras do Governo Federal. Consultar Licitações. Realizadas. Disponível em: http://comprasnet.gov.br/acesso.asp?url=/Livre/RDC/rdcEletronico.asp?aba=tabRealizadas. Acesso em: 17 março. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.645. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4.655. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5.012**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4435144. Acesso em: 16 abr 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5.127. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4580410. Acesso em: 16 abr 2019.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CELESTINO, Fernanda. 2012. Regime diferenciado de contratações: Breves comentários à exceção que virou tendência. Revista Controle Doutrina e Artigos, Ceará, v. 10, n. 2, p. 170-201, 2012.

CRUZ, Vital Macário da. Elementos diferenciais do regime diferenciado de contratações em face do regime vigente. 2017. 68 f. Dissertação de Mestrado em programa de pós-graduação em Economia da Universidade de Brasília. Brasília. 2017.

INACIO, Alberto; **"O que é Contrabando Legislativo?".** Disponível em: https://aij.jusbrasil.com.br/artigos/606848486/o-que-e-contrabando-legislativo. Acesso em 14 de março de 2019.

MELLO, G.R.; LOLI, D.A.; ROJO, C.A.; Regime diferenciado de contratações e concorrência pública: Um estudo sob a ótica da economicidade. In: III Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas, 2014, Francisco Beltrão, Paraná, 2014. Disponível em: http://cac-php.unioeste.br/eventos/conape/anais/iii_conape/Arquivos/Artigos/Artigoscompletos/ADMINISTRACAO/34.pdf. Acesso em 20 abril 2018.

MENDES, Conrado Hubner; **"O STF é refém do capricho dos seus ministros".** Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

REIS, João Márcio Rego; Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato de constitucionalidade e a importante delimitação do efeito vinculante. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/35946/efeitos-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-no-controle-abstrato-de-constitucionalidade-e-a-importante-delimitacao-do-efeito-vinculante#_ftn1. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

SANTANA, Rodrigo Dalvi. 2014. O regime diferenciado de contratações públicas e aspectos relacionados ao sigilo do orçamento. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do UNICEUB. Brasília. 2014.

SILVA, Eudes; ROCHA, Renan. Compras governamentais: Uma análise das causas da morosidade dos processos de compras no âmbito da UNB. 2006. Monografia para obtenção do grau de Especialista em Desenvolvimento Gerencial. Universidade de Brasília. Brasília. 2006.

VASCO, Elício Pedro. **Estudo comparativo entre a aplicação do novo regime diferenciado de contratações (RDC) e a lei de licitações no âmbito da universidade federal de São Carlos – USFCAR**. 2016. Dissertação de Pós Graduação em Gestão de Organizações e Sistemas Públicos da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. São Paulo. 2016.

A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À LUZ DA LEI Nº 13.796/2019

Isabela Silva Borges

RESUMO

A presente pesquisa científica tem como objetivo defender o reconhecimento da liberdade religiosa como direito humano fundamental, inerente a todo e qualquer ser humano, diante da sua íntima e essencial relação com a dignidade da pessoa humana, realizando uma breve análise do atual cenário jurídico Brasileiro quanto à proteção e efetivação de tal direito e trazendo como objeto de estudo a recente elaboração e aprovação da Lei nº 13.796/2019. Ao longo do tempo, a doutrina e a jurisprudência buscaram um conceito acerca do que se considera ser a dignidade da pessoa humana. A conclusão que se chegou foi de que, em razão de sua característica de mutabilidade, a dignidade da pessoa humana não pode ser definida de maneira fixista, pois esta se molda aos valores e diversidades que se manifestam nas sociedades democráticas de acordo com o passar do tempo. Embora sua definição possa abranger mais ou menos direitos, a depender da sociedade em que é inserida, não há que se discordar sobre sua relação direta aos direitos humanos, já que na própria definição destes, a dignidade configura como indispensável à vida social do ser humano. Por isso, a aplicação dos princípios da igualdade e da não discriminação são norteadores do respeito das liberdades inerentes à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos elenca os principais direitos a serem preservados, sem desconsiderar outros tantos que possam surgir no decorrer da evolução humana. Entre eles, temos o direito humano fundamental de crença religiosa, onde o Estado atua como protetor e limitador de seu exercício. A Constituição Federal de 1988, embora tenha trazido em seu bojo à proteção a tal liberdade, carecia de uma norma mais especifica que visasse garantir aos professantes de determinadas crenças religiosas o direito de escusa, sem punições ou prejuízos, em função de sua religião, à certas práticas da vida cotidiana. No início do ano corrente este normativo foi criado, nascendo assim a Lei nº 13.796 de 3 de janeiro de 2019.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade de Crença Religiosa. Lei nº 13.796/2019.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata do reconhecimento da liberdade religiosa como direito humano fundamental, inerente a todo e qualquer ser humano, diante da sua íntima e essencial relação com a dignidade da pessoa humana, realizando uma breve análise do atual cenário jurídico brasileiro quanto à proteção e efetivação de tal direito e trazendo como objeto de estudo a recente elaboração e aprovação da Lei nº 13.796/2019.

Este tema foi escolhido diante da necessidade de se ressaltar a importância da defesa da liberdade religiosa para o desenvolvimento do ser humano em sua totalidade e dignidade, bem como para a evolução social do próprio Estado, tendo em vista que, ainda na sociedade contemporânea, esta liberdade continua sendo afrontada e deturpada de forma preocupante no cenário mundial.

O exercício do direito em questão tem sido alvo de recorrentes debates, pois a convivência de diferentes religiões – e, também, da não religião em si – com outros direitos individuais ou coletivos, muitas vezes tem gerado conflitos que resultam da intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções do indivíduo. Outrossim, a afronta à efetivação desse direito tem como principal embaraço a falta de compreensão da conexão inegável entre a dignidade humana e a liberdade religiosa, além da carência de normativas específicas que consolidem a aplicação desta, nos ordenamentos jurídicos internos.

O objetivo específico deste trabalho é analisar a concepção da liberdade de crença religiosa como direito humano fundamental, tema ainda em estado de justificação teórica, dando a devida importância e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e à relação umbilical deste com aquela, assim como observar de

que forma tal direito tem sido salvaguardado no âmbito jurídico internacional e nacional no decorrer dos anos. Para tanto, o estudo realizado traz à luz assuntos sensíveis como: a dificuldade de conceituação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana; a importância da relação existente entre a liberdade religiosa e a dignidade humana; a influência do cristianismo no Direito frente à laicidade do Estado brasileiro; os limites impostos à liberdade religiosa; e a necessidade de criação de tutela específica para o exercício da liberdade religiosa no âmbito interno dos Estados.

Assim, a elaboração desta pesquisa busca contribuir com o estímulo da defesa de direito ainda carente de consolidação e sustentar o necessário reconhecimento de tal proteção como tutela a direito humano fundamental, não pretendendo, contudo, esgotar as discussões sobre o tema.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a somática, com a junção dos métodos compilatório e de estudo de caso. Por se tratar de tema ainda em estado de justificação teórica, no decorrer do trabalho foi produzida uma exposição minuciosa acerca da liberdade religiosa, defendendo o reconhecimento desta como direito humano fundamental e, por fim, foi analisado como a criação da Lei nº 13.796/2019 trouxe tutela específica ao direito em questão no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando dirimir as problemáticas suscitadas, realizaram-se pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, consultas à Constituição Federal e demais legislações, análises de Tratados e Convenções Internacionais, estudos de Artigos e Monografias e exame de sítios da internet que versem sobre o tema.

A pesquisa se desenvolveu em quatro capítulos, para que fosse organizado a priori um estudo conceitual e doutrinário a respeito do direito em pauta e, em seguida, a efetivação deste nos ordenamentos jurídicos internacional e nacional.

No primeiro capítulo, foi elaborado um estudo doutrinário dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, relacionando-os entre si e analisando a importância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação para a concepção de tais direitos.

O segundo capítulo versa sobre o reconhecimento da liberdade religiosa como direito humano fundamental e o seu alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, examinou-se o posicionamento da liberdade religiosa no Direito Internacional, construído ao longo dos anos, e a proteção conferida a este direito de extrema relevância no campo jurídico.

No terceiro capítulo é feita uma exposição acerca da positivação do direito à liberdade religiosa no Brasil, observando a influência que os tratados e convenções internacionais tiveram sobre sua disposição na Constituição Federal de 1988. Analisou-se assim, a relação entre o Estado laico e a proteção conferida à liberdade de religião.

O quarto e último capítulo foi elaborado para expor como a criação da Lei nº 13.796/2019 trouxe tutela específica para efetivação do direito à liberdade religiosa no Brasil.

1 DA CONQUISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos, tema de extrema importância para a campo do Direito, estão diretamente relacionados a uma série de ideias ou acontecimentos ao

longo da historia, como, por exemplo: a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU (1948), a política sul-africana do *apartheid* (1948-1992), os desaparecimentos políticos da América Latina, a repressão dos regimes totalitários, a prática da tortura, o massacre contra as nações indígenas, aos conflitos étnicos e/ou religiosos, a atuação dos esquadrões da morte e/ou grupos de extermínio, dentre outros.[1]

Diante da repercussão que estes direitos tem adquirido e dos inúmeros acontecimentos a eles relacionados nas últimas décadas, importa estudar melhor o seu conceito, para, em seguida, analisar as suas características, sua afirmação histórica e seus meios de proteção.

Segundo André de Carvalho Ramos, "os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade."[2]

Nesse sentido, os direitos humanos são pertencentes a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade, raça, etnia, gênero, idioma, religião ou qualquer outro aspecto. É o reconhecimento mundial de que ninguém pode declarar-se superior aos demais.[3]

Todavia, não existe uma lista predefinida desse elenco mínimo de direitos indispensáveis a uma vida digna. As necessidades do ser humano se modificam e,

[1] D'ANGELIS, Wagner Rocha. <<As Raízes dos Direitos Humanos: do Princípio da Liberdade à Cidadania>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 107-108.

[2] RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

[3] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

conforme o cenário histórico de uma época, diferentes discussões sociais são criadas juridicamente e incluídas no rol dos direitos humanos.[4]

Além disso, Wagner Rocha D'Angelis demonstra que a interpretação dos direitos humanos pode se dar, quanto à sua fundamentação, sob diferentes aspectos, sendo eles: "a) decorrentes da vontade divina; b) nascidos com as pessoas humanas; c) frutos da experiência histórica e das aspirações do povo de uma dada época; d) emanados do poder do Estado; e) produtos da luta de classes. Ou seja, o conceito de direitos humanos pode ser variável de acordo com a concepção política-filosófica que se tenha a respeito."[5]

Portanto, percebe-se a dificuldade na conceituação dos direitos humanos, uma vez que o campo destes não pode ser determinado à luz de apenas uma ótica política-filosófica. É cediço, assim, que o seu conceito é alvo de constante mudança consequente do modo de organização da vida social, devendo sempre sofrer melhorias e expansões.

Esta obscura realidade conceitual nos traz ao ensinamento de Sonia Picado:

> [...] os direitos humanos não podem responder a critérios absolutos ou sem precedentes propiciados por muitos filósofos e que, pelo contrário, sobretudo em uma região como a América Latina convulsionada pela violação real, concreta e diária dos direitos humanos, estes devem ser analisados dia a dia e de acordo com o contexto social que enfrentam.[6]

---

[4] COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

[5] D'ANGELIS, Wagner Rocha. Op. cit., p. 109.

[6] LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción jurisprudencial de lós sistemas europeo e interamericano de protección de lós derechos humanos em matéria de derechos econômicos, sociales y culturales. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 34 (tradução nossa) apud PICADO, Sonia. La fundamentación histórica, filosófica y jurídica de los Derechos Humanos. Costa Rica: IIDH. [en

Destarte, com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), partindo da harmonização do valor da liberdade com o da igualdade, foi delineada a concepção contemporânea de direitos humanos, "pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível"[7].

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS

Sobretudo, devemos ter em mente que embora elencados no rol de direitos fundamentais, os direitos humanos não se confundem com estes. Segundo a maioria da doutrina brasileira, os direitos fundamentais têm sua origem na dignidade da pessoa humana. Isto é, existiria uma fonte comum da qual emanassem todos os direitos fundamentais.

Em síntese, José Afonso da Silva conceitua os direitos fundamentais como "(...) situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive (...)".[8]

Já para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são um "(...) conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado (...)."[9]

Nesse ínterim, pode-se definir os direitos fundamentais como os direitos básicos do ser humano, independentemente de qualquer condição pessoal singular.

Internet] [citado el 14 de agosto de 2007] http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/17.pdf.

[7] PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

[8] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 17. ed. – São Paulo: Malheiros, 1999. p. 182.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989. p. 32.

Outrossim, são direitos que configuram um conjunto intocável de direitos dos seres humanos subordinados a uma específica ordem jurídica.

Entretanto, existe uma grande discussão a respeito da sua terminologia. A maior controvérsia está entre as nomenclaturas "direitos fundamentais" e "direitos humanos". Nesse diapasão, leciona Willis Santiago Guerra Filho:

> De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.[10]

Conclui-se que direitos humanos são aqueles conferidos à humanidade em geral, por intermédio de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU (1948). Por outro lado, os direitos fundamentais são os positivados na ordem jurídica nacional, como na Constituição Brasileira (1988).

É notório que a matéria de ambos é bastante similar. Assim, a diferença reside na fonte normativa e não no conteúdo. Essa tese é corroborada pela Constituição Brasileira de 1988, tendo em vista que, quando trata de assuntos internos, costuma se referir a "direitos e garantias fundamentais" e, de outro lado, quando trata de tratados internacionais, faz uso do termo "direitos humanos".

[10] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 12.

1.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Segundo David Araújo e Serrano Nunes Júnior, os direitos fundamentais tem as seguintes características:

> Historicidade: nasceram com o Cristianismo, passando por diversas revoluções, até os dias atuais;
>
> Universalidade: destinam-se a todos os seres humanos, de forma indiscriminada;
>
> Limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos, havendo, no caso concreto, confronto ou conflito de interesses;
>
> Concorrência: podem ser exercidos cumulativamente; Irrenunciabilidade: são irrenunciáveis, embora possa haver seu não-exercício. [11]

José Afonso da Silva acrescenta ainda:

> Inalienabilidade: não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial, sendo assim, indisponíveis; Imprescritibilidade: "... prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se não sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não-exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição".[12]

Segundo Konrad Hesse, "Os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana". A Constituição de 1988 positivou a expressão "direitos e garantias fundamentais" referidos àqueles essenciais à nossa concepção de mundo e à convivência digna, livre e igual.

---

[11] ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[12] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9 ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1992.

Essa visão dos direitos fundamentais permite que estes sejam classificados em 5 tipos: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos à nacionalidade; d) direitos políticos (aqui incluídos os direitos relativos à liberdade de associação política); e, e) outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou Tratados Internacionais dos quais a República Federativa do Brasil fizer parte[13].

Neste último tópico, no tocante aos tratados internacionais, cabe mencionar que, de acordo com a nossa Constituição Federal, estes tem hierarquia jurídica de emenda constitucional, desde que versem sobre direitos humanos e sejam aprovados por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, ou possuem status de lei ordinária, se foram aprovados por maioria simples, através de decreto legislativo.

Os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos que vierem a obter o status equivalente ao de emenda constitucional, serão considerados cláusulas pétreas para fins de limitação às reformas constitucionais, de modo que não poderão ser deliberadas propostas de emendas constitucionais que forem tendentes a abolir tais direitos.[14]

1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

[13] FERRAZ, Sérgio Valladão. Curso de Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões. Série Provas e Concursos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
[14] Ibidem, *loc cit*.

Os direitos humanos são caracterizados por sua indivisibilidade, interdependência e universalidade, além de possuírem outras características básicas com relação à sua titularidade, à sua natureza e aos seus princípios.[15]

Acerca dessas características, melhor leciona Renato Zerbini Ribeiro Leão:

> Os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e universais. Isso significa que os direitos humanos são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos e devem ser protegidos pelos Estados em todas e quaisquer circunstâncias.[16]

Cumpre destacar, ainda nos ensinamentos do ilustre professor, que a universalidade é inerente ao ser humano a partir de sua concepção e com este permanece até o seu fim. Indica, dessa forma, que "o Estado tem o dever e a obrigação de garantir a integridade física e espiritual do indivíduo em qualquer lugar, durante todo o tempo."[17]

Importa salientar que esse entendimento não propõe uma priorização de determinados interesses, ainda que altamente nobres ou internacionais, mas

[15] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 86.

[16] LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La construcción...*, p. 33 (tradução nossa) *apud* ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso: <<O Princípio da Universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 56.

[17] LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. <<A Universalidade dos Direitos Humanos e o Direito à Vida: comentários à luz dos ensinamentos do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 123.

estabelece como prioridade a abrangência global de valores éticos arraigados nas percepções de justiça e igualdade.[18]

Para Maria Victoria de Mesquita Benevides, essa compreensão dos direitos humanos como tema global é também uma aceitação destes como "elementos indisponíveis à governabilidade do sistema mundial, já que a associação positiva entre direitos humanos e democracia é condição para o desenvolvimento e para a paz."[19].

Diante disso, percebe-se que a universalidade se configura como princípio supremo dos direitos humanos. Assim se confirma ao observar que, o processo de propagação da proteção do ser humano como pessoa humana, no âmbito internacional, o qual foi suscitado desde a Declaração Universal de 1948, "tem sempre insistido na *universalidade* dos direitos humanos, inerentes a todo ser humano, em meio à diversidade cultural"[20].

Imperioso, desta forma, explanar o conceito de universalidade trazido pelo eminente internacionalista Antônio Augusto Cançado Trindade, qual seja:

> A universalidade dos direitos humanos é uma decorrência de sua própria concepção, ou de sua captação pelo espírito humano, como direitos inerentes a todo ser humano, e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias. Mas para lograr a eficiência dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o substratum cultural das normas jurídicas. Isto não se identifica com o relativismo cultural, muito ao contrário.
>
> Os chamados "relativistas" se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais. Não

[18] D'ANGELIS, Wagner Rocha. Op. cit., p. 109.
[19] Ibidem, p. 110.
20 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume 1, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 19.

> explicam como determinados tratados, como as Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tenham já logrado aceitação universal. Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados de pessoas e das execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias. Ao contrário do que apregoam os "relativistas", a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano.[21]

Ainda em relação ao conceito trazido pelo jurista, a universalidade refere-se, logo de início, a "padrões mínimos universais" de comportamento e respeito ao próximo, à dignidade da pessoa humana na luta contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão.[22]

Destarte, a solidificação desse princípio universal dos direitos humanos representa "a afirmação do ser humano no direito internacional e nas relações internacionais. É a iluminação do salto civilizatório e a pavimentação da construção do caminho da eternidade humana efetuada pelo próprio ser humano"[23].

Tal posicionamento do ser humano no direito internacional e nas relações internacionais revela-se, portanto, como ponto crucial para a análise da universalidade dos direitos humanos.

---

21 ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso: <<O Princípio da Universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 56.

22 Ibidem, p. 68.

23 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro: <<A Universalidade dos Direitos Humanos e o Direito à Vida: comentários à luz dos ensinamentos do professor Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 111.

Nesse diapasão, argui Cançado Trindade: "em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o acesso do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado."[24]

Outrossim, o exímio professor mostra que o estudo do posicionamento do ser humano no direito internacional remete ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, apontando dogmas históricos que são superados a partir da apreciação deste último. Merece destaque, dentre eles, a errônea idealização das "gerações de direitos", que foi erigida ao longo dos anos sem qualquer base jurídica.

Isso porque, o que deveras se constata é "o fenômeno não de uma sucessão, mas antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos."[25]

Em decorrência, o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma a indivisibilidade dos direitos humanos de forma inquestionável. Assim elucida Renato Zerbini Ribeiro Leão ao explicar que "a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, de modo que, quando um destes for violado, os demais também o serão."[26]

Portanto, ainda nos ensinamentos do professor, constata-se que "a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos são características do direito

24 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 3, Vol. 3, número 3, 2002, p. 33.

25 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 25.

26 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción..., p. 40 (tradução nossa) apud PIOVESAN, Flávia: <<A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas>>, em BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. São Paulo: Renovar, 2004, p. 49.

internacional dos direitos humanos que encontram seu fundamento na dignidade intrínseca e inalienável do ser humano."[27]

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, deste modo, tem como propósito "defender a pessoa humana contra todas as formas de dominação e arbitrariedade"[28], configurando-se como um mecanismo de proteção indivisível e harmônico em sua totalidade.

Ademais, Valerio de Oliveira Mazzuoli traz, ainda, outras características básicas dos direitos humanos: i) são de titularidade de todos; ii) são, por natureza, fundamentais; iii) são direitos de natureza moral; iv) derivam dos princípios basilares da inviolabilidade, da autonomia e da dignidade da pessoa humana; v) são irrenunciáveis; vi) são inalienáveis e, consequentemente, imprescritíveis; e vii) são inexauríveis.[29]

1.3.1 Princípio da igualdade e não discriminação

Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu o termo inaugural de uma nova etapa histórica, tendo por base a liberdade sem discriminação de posição social. [30]

27 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro: <<A Universalidade dos Direitos Humanos e o Direito à Vida: comentários à luz dos ensinamentos do professor Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 119.

28 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 25/26.

29 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 86/88.

30 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

Apesar das diferenças biológicas e culturais entre os seres humanos, ainda em seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH conceitua a dignidade da pessoa como direito intrínseco do indivíduo, inalienável e inviolável. [31]

Segundo Ricardo Castilho, diante dessas diferenças biológicas e culturais, o princípio da não discriminação considera que deve ser dado um tratamento igual a pessoas e situações iguais e envolve a existência de uma norma que estabelece a igualdade de tratamento, direito à justiça, direito de objeção de consciência e liberdade. [32]

Desta forma, Pitra Bondo descreve como discriminação:

> [...] toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, genealogia na origem nacional ou étnica que tenha como finalidade ou como efeito de destruir ou comprometer o reconhecimento, o exercício, em condições de igualdade, das liberdades fundamentais dos domínios políticos, económico, social e cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública". [33]

Preleciona ainda o referido autor que o ser humano é uma unidade composta de valores como sua cor, raça, cultura, nacionalidade, riqueza e/ou evolução histórica, sendo que o orgulho e sua autossuficiência obstruem o princípio da humanização, o princípio da socialização, da proporcionalidade, da imparcialidade, da razoabilidade e do respeito pelas diferenças. Conceituando-se o Princípio da

31 Declaração Universal dos Direitos Humanos, preâmbulo. ONU, Princípios de Igualdade (1948). Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>, acesso em: 23 mai. 2019.

32 CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

33 BONDO, Pitra António dos Santos. Princípio da não discriminação. Universidade Católica Portuguesa, Porto; junho 2015.

Igualdade como sendo o direito, aplicado a todas as pessoas, à mesma dignidade, sendo, portanto, iguais nos termos da lei.[34]

Coadunando com tal posicionamento, temos o princípio da não discriminação que supõe deve ser dado um cuidado igual a indivíduos em situações iguais e implica a existência de uma norma que determine essa igualdade de tratamento. Em geral, a convenção adota uma posição universal e esforça-se por levar em conta todas as formas de discriminação, proibindo a discriminação em razão da raça, sexo, língua, da religião, das opiniões, do nascimento, da origem nacional, de pertencer a uma minoria nacional, da fortuna ou ainda de qualquer outra situação.

Garantir o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião constitui um dos objetivos das Nações Unidas, bem como o direito à não discriminação e à proibição da discriminação, ambos princípios essenciais consagrados na DUDH.[35]

Pitra Bondo assevera ainda que "existe um elo de ligação (*sic)* entre as diversas raças humanas, as diferenças raciais e sociais não se caracterizam na superioridade racial, mas sim, na evolução histórica e no desenvolvimento global, até porque as diversidades raciais são parte que compõe a universalidade, ou seja, «somos diversidades na unidade»".

Somos diferentes na evolução social, continental, estatal e regional por diversos fatores e pela condição socioeconômica de cada família, país, continente e do mundo em geral. O ser humano é o único ser pensante e é daí que se pode afirmar

[34] *Ibidem, loc. cit.*
[35] *Op. Cit.*

o princípio da humanização e que vem a descrever as mesmas características comuns a todos os seres humanos. Subentende-se assim que o ser humano é um ser "Biopsicossocial": biológico porque provém do seio materno e composto de corpo, alma e espírito; psíquico porque é o único ser pensante e reflexivo, ou seja, é o único "ente da razão"; e um ser social porque o ser humano é um ser que vive em sociedade.

2 DA LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

Dentre os princípios jurídicos que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se o da dignidade da pessoa humana. Francisco de Moraes e Henrique Carnio lecionam que referido princípio se encontra "disposto no inciso III, artigo 1º da Constituição Federal."[36]

Tal princípio possui extensa aplicação, tendo em vista a sua conexão direta com as escolhas individuais. Ele tutela, nas palavras dos autores, "o direito do indivíduo de optar, autonomamente, à luz de suas crenças morais, éticas, religiosas, políticas, econômicas, por determinada solução para os seus problemas", respeitando, no que couber, os direitos de terceiros e da coletividade.[37]

Cabe ao ordenamento jurídico definir os limites da atuação do Estado na vida privada. Esses limites se consubstanciam em "normas, regras e princípios, que regem as funções ou poderes estatais, a vida dos cidadãos ou súditos, suas relações com o Estado e os particulares."[38]

---

[36] CARNIO, Henrique Garbellini; MORAES, Francisco De Assis Basilio De. A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo, vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017, p. 222.

[37] *Ibidem, loc. cit.*

[38] *Ibidem, loc. cit.*

Caso as opções individuais tenham o condão de influenciar diretamente nas escolhas de terceiros, de forma individual ou coletiva, o Estado pode, através das suas regras e princípios, reprimir o comportamento individual, sem que essa manifestação configure violação ao princípio da dignidade humana.[39]

No entanto, o mesmo princípio impede que o Estado interfira em escolhas que não ultrapassem a esfera da pessoa. É o que afirmam ao mencionar que, "se a escolha em nada afeta as demais escolhas individuais, de uma determinada comunidade, não pode o Estado intervir, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana."[40]

Mais do que um dever negativo, de não interferir nas vontades individuais, o princípio da dignidade humana atua de forma positiva, obrigando o Estado a não apenas respeitar as escolhas das pessoas que compõe o corpo social, como também defender o gozo desse direito. Assim, a atuação do Estado, seja de acordo com as suas "obrigações negativas (não fazer), seja submetido às obrigações positivas (fazer), dependerá da constatação de se os valores prezados pelo indivíduo não ofendem a dignidade de outras pessoas."[41]

2.1 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA DIGNIDADE HUMANA COMO ALICERCE DA LIBERDADE RELIGIOSA

Pode-se dizer, assim, que o princípio da dignidade humana comporta duas dimensões, uma individual e outra social. Na primeira, encontram-se as escolhas individuais, pautadas em ideologias, crenças, valores, etc. Na segunda dimensão, a

[39] *Ibidem, p.* 223.

[40] CARNIO, Henrique Garbellini; MORAES, Francisco De Assis Basilio De. A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo, vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017, p. 223-224.

[41] *Ibidem,* p. 231.

social, encontram-se as instituições de proteção à dignidade, observando-se a conformidade com os direitos de terceiros.[42]

Cabe ressaltar que o princípio da dignidade possui força jurídica, existindo em diversos diplomas legais, nacionais e internacionais, por exemplo, no texto da Constituição Federal de 1988, legislação maior do Brasil, no art. 1º, inciso III. Depreende-se daí a sua força e aplicabilidade.[43]

De acordo com Fábio de Souza:

> [o] Estado Democrático de Direito tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), cabendo destacar que a liberdade religiosa, repita-se, espécie do gênero liberdade, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. É o que deflui da Constituição Federal pátria (art. 3º, inc. IV), prescrevendo "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."[44]

Para que o indivíduo possa manifestar as suas vontades em sociedade, indispensável que exista proteção à dignidade humana, sendo a liberdade, um de seus pilares. Segundo Fabrício Costa e Laís Rosa "a liberdade surge como um direito garantidor da dignidade humana e deve ser visto como um direito que emana do indivíduo."[45]

---

[42] *Ibidem, loc. cit.*

[43] *Ibidem, p.* 232.

[44] SOUZA, Fábio Camargo de. Direito fundamental à liberdade religiosa. Revista Diorito, v. 1. n. 1. jul./dez.2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/319870636_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_RELIGIOSA_FUNDAMENTAL_RIGHT_TO_RELIGIOUS_FREEDOM>. Acesso em 29 jan. 2019.

[45] ROSA, Laís Orlandi; COSTA, Fabrício Veiga. Liberdade religiosa versus intolerância religiosa: o ódio e desrespeito escondido atrás de uma liberdade. In: Cadernos de direitos humanos, liberdade religiosa e tolerância. Vol. 2. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2017, p. 85-86.

A liberdade religiosa é apenas mais uma das espécies de liberdade existentes, todas amparadas pela dignidade humana. Cita-se, a título exemplificativo "a liberdade de locomoção, a liberdade religiosa, a liberdade de pensamento, a livre manifestação e reunião."[46]

O princípio jurídico da dignidade humana está inserido no bojo dos direitos fundamentais e é nesse sentido que Giovanna Okino e Juliana Nakayama defendem que "a liberdade religiosa, ao proteger o direito a religião, tem uma relação igualmente intimista com a dignidade da pessoa humana." Existe, nesse sentido, uma relação fundamental entre liberdade religiosa e dignidade.[47]

Para as autoras:

> A dignidade da pessoa humana dá-se quando há condições mínimas para uma vida saudável e é propicio ao homem a participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Assim, a religião encontra-se ligada a este princípio em duas esferas, a primeira no sentido de possibilitar ao homem sua escolha de fé, fé esta que possui uma relação intrínseca com suas escolhas e possibilita uma vida saudável e conforme a definição do dicionário também influência no modo de pensar ou agir, e tem relação intima com os princípios. E em uma segunda esfera também possibilita a vida em sociedade, devido as normas sociais, contribuindo também para que o indivíduo possa conviver em comunidade.[48]

[46] Ibidem, loc. cit., p. 86.

[47] OKINO, Giovanna Aiko Kobayashi; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Liberdade Religiosa: princípios, proteção constitucional e intolerância. IV simpósio gênero e políticas públicas GT9 gêneros e religiosidade, jun. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT9_Giovanna%20Aiko%20Kobayashi%20Oki%20no.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[48] OKINO, Giovanna Aiko Kobayashi; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Liberdade Religiosa: princípios, proteção constitucional e intolerância. IV simpósio gênero e políticas públicas GT9 gêneros e religiosidade, jun. 2016. Disponível em:

Resta evidente a relação existente entre liberdade religiosa e dignidade. O princípio da liberdade religiosa é necessário para que as pessoas possam manifestar os seus desejos e pensamentos, preenchendo assim, o caráter individual e social do princípio da dignidade humana.[49]

Importante ressaltar, no entanto, que o princípio jurídico da dignidade da pessoa não autoriza toda e qualquer manifestação de caráter religioso, tendo em vista o fato de que a liberdade religiosa não é absoluta. De acordo com Giovanna Okino e Juliana Nakayama, "quaisquer discursos religiosos que firam o homem em sua dignidade, são arbítrio e violência, não devendo ser considerado liberdade religiosa."[50]

Grosso modo, a liberdade religiosa comporta três aspectos fundamentais, podendo se manifestar sob a formas: crença, culto e organização religiosa. Todas essas expressões da religiosidade são amparadas pela legislação brasileira, conforme se depreende da análise do art. 5º, VI, do texto constitucional.[51]

Vejam-se o que compreende cada uma dessas dimensões:

> A liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião ou não, ou seja, ela abrange a liberdade de ter uma crença e também de não a ter, a liberdade de ser ateu ou agnóstico, protegida na primeira parte do artigo 5º, VI.
>
> A liberdade de culto trata-se das exteriorizações da liberdade de crença, seja em casa ou em público, incluindo o recebimento de contribuições para isso, como dispõe a segunda parte do art. 5º VI.

<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT9_Giovanna%20Aiko%20Kobayashi%20Oki%20no.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[49] *Ibidem.*

[50] Ibidem.

[51] Ibidem.

> E por fim, a liberdade de organização religiosa, protegida na parte final do art. 5º IV, como proteção aos locais de culto.[52]

Resta evidente o peso do princípio jurídico da dignidade humana sobre a liberdade religiosa. Os dois conceitos estão umbilicalmente conectados, tendo em vista que a religiosidade é um fato social incontestável.

2.2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

A relação existente entre Estado e religião não encontra respaldo apenas na Constituição brasileira. Em praticamente todos os ordenamentos jurídicos é possível encontrar a tutela da liberdade religiosa. Conforme lecionam Edith Ramos e Jefferson Rocha, "por ser uma realidade social que repercute na vida política, o fenômeno religioso é retratado em todas as constituições e ainda no direito internacional."[53]

Não se pode entender a proteção à liberdade religiosa, no entanto, de forma linear ao longo da história. A relevância dada ao tema sempre variou de acordo com uma série de fatores, como a religião predominante e as finalidades do Estado, por exemplo.[54]

Edith Ramos e Jefferson Rocha consideram que:

> [...] a liberdade religiosa é um elemento fundamental que orienta a separação do Estado das religiões. Por certo, o respeito à liberdade de religião está assegurado nas declarações de direitos, como na Declaração Universal dos Direitos

[52] Ibidem.
[53] RAMOS, Edith Maria Barbosa Ramos; ROCHA, Jefferson Fernando Lima. Liberdade religiosa como direito fundamental: uma análise inicial. Revista do curso de Direito. UFMA, São Luís, Ano III, n. 6, jul/dez 2013.
[54] Ibidem.

> Humanos de 1948 e, especificamente, na Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância ou de Discriminação por Causa da Religião ou de Convicção de 1981.[55]

A proteção internacional à liberdade de crença religiosa tem seus contornos mais significativos na Convenção Americana de Diretos Humanos, através do Pacto de San José da Costa Rica. De acordo com Melina Tostes, "Esse tratado prevê os dois órgãos responsáveis pela implementação do sistema: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos."[56]

Ainda para a autora:

> A Corte Interamericana de Direitos Humanos nasceu inspirada na Corte Europeia de Direitos Humanos, porém, foram surgindo diferenças entre ambas pela estrutura do sistema, condições financeiras e orçamentárias, e contexto político em que cada uma se insere. A Corte Interamericana não tem caráter permanente, conta com poucos juízes, não possui efetivos mecanismos de cumprimento de suas decisões e não aceita petições individuais. Com isso, sua jurisprudência acaba sendo bem mais escassa, em comparação com o modelo europeu, não obstante em franca expansão. Como exemplo, apenas um caso já examinado e julgado pela Corte (A última tentação de Cristo v. Chile) tem como objeto o art. 12 da Convenção, que trata da liberdade religiosa.[57]

É no art. 12 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que a liberdade de consciência e de religião encontra sua base internacional. O texto estabelece que a liberdade de consciência e religião é inerente a todas as pessoas. O alcance normativo é amplo, abrangendo a liberdade de manter uma religião ou

[55] Ibidem.

[56] TOSTES, Melina Alves. Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. Revista de direito brasileira, 2012. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/08/Chiara-p%C3%A1ginas-texto-complementar-selecionadas.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

[57] *Ibidem.*

crença, bem como mudar de religião ou crença, além de compreender a divulgação e expressão da religiosidade, de forma privada e pública.[58]

A disposição vai além, ao indicar:

> [...] que ninguém pode ser objeto de medidas restritivas, que possam limitar sua liberdade de conservar ou de mudar de religião ou crença, sendo que a eventual limitação possível ao direito em questão deve estar prevista em lei, além de fundamentar-se na proteção a segurança, ordem, saúde, moral pública, ou direitos e liberdades de outras pessoas. Inova ainda ao assegurar que os pais ou tutores tenham garantido o direito a que seus filhos e pupilos recebam educação religiosa e moral de acordo com suas próprias convicções.[59]

Existem outros documentos internacionais que conferem proteção à liberdade religiosa, como é o caso da Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções. De acordo com Raquel Moura, a declaração "foi proclamada com principal intuito de garantir a liberdade de pensamento, convicções e religião."[60]

São oito artigos tratando diretamente da liberdade religiosa, demonstrando o foco da comunidade internacional em romper com a intolerância religiosa que marca o mundo moderno. O texto cita expressamente a intolerância e discriminação religiosa como uma afronta à dignidade humana.[61]

O sistema europeu de proteção aos direitos humanos parece estar mais avançado do que os demais nesse contexto. É o que considera Melina Tostes, ao lecionar que um dos requisitos para que um país faça parte da União Europeia é o

[58] *Ibidem.*
[59] *Ibidem.*
[60] MOURA, Raquel Cristina Santos. A contribuição do direito internacional na proteção do direito à liberdade religiosa. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/raquel_moura.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.
[61] Ibidem.

aceite prévio da "Convenção Europeia de Direitos Humanos e a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos."[62]

A Convenção Europeia de Direitos Humanos trata da liberdade religiosa em seu art. 9º. De acordo com a autora, o dispositivo "declara que qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião." Assim como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a abrangência da liberdade conferida é ampla.[63]

O texto não estabelece, contudo, uma liberdade absoluta, ao determinar que as restrições à liberdade de manifestação religiosa só podem decorrer de lei. Mesmo essas restrições devem atender ao requisito da necessidade, tendo por base a segurança e proteção da ordem, saúde e moral, bem como proteção aos direitos e liberdades de terceiros.[64]

Melina Tostes salienta:

> Na jurisprudência internacional é destacada a relação entre a liberdade religiosa e regime democrático. A Corte Americana de Proteção aos Direitos Humanos afirma que a proteção à liberdade religiosa é a base do pluralismo necessário para a coexistência em uma sociedade democrática. Já o Tribunal europeu afirma que essa liberdade constitui um dos fundamentos da sociedade democrática, a própria Convenção Europeia dispõe que a restrição à liberdade religiosa somente se justifica quando necessária em uma sociedade democrática.

[62] TOSTES, Melina Alves. Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. Revista de direito brasileira, 2012. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/08/Chiara-p%C3%A1ginas-texto-complementar-selecionadas.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.
[63] Ibidem.
[64] Ibidem.

> Contudo, a relação entre liberdade religiosa e democracia não é tratada pela jurisprudência interna brasileira.[65]

Percebe-se, pois, que a liberdade de crença religiosa encontra respaldo em uma série de diplomas normativos internacionais, o que reforça a necessidade de proteção a esse direito fundamental.

Conforme menciona o Relatório sobre intolerância e violência religiosa no Brasil de 2016, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) são os exemplos mais fortes da tutela internacional à liberdade religiosa.[66]

2.3 A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO NO DIREITO, SOBRETUDO NA CONCEPÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com Pedro Braga:

> O cristianismo representou uma grande revolução no sentido exato e extenso dessa palavra. Sua mensagem irradiou-se para a humanidade toda, seus princípios éticos tornaram as pessoas melhores, mais solidárias, mais pacíficas. O cristianismo contribuiu para tornar as pessoas mais felizes, introduzindo o princípio da esperança, na cultura de milhões e milhões de seres humanos. Em nome dele têm sido feitas obras sociais e humanitárias que mitigam dores e sofrimentos, levam a educação às crianças e adultos, ensinam o reto caminho. Os

[65] TOSTES, Melina Alves. Liberdade religiosa: um estudo comparativo da jurisprudência interna e dos sistemas regionais europeu e americano de proteção dos direitos humanos. Revista de direito brasileira, 2012. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/08/Chiara-p%C3%A1ginas-texto-complementar-selecionadas.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019

[66] BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Relatório sobre intolerância e violência religiosa no Brasil (2011- 2015): resultados preliminares. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, SDH/PR, 2016.

> ensinamentos cristãos irradiaram-se não só no campo da moral, mas igualmente no campo do direito.[67]

A influência exercida pela religião, de modo geral, e pelo cristianismo, em particular, sobre o direito, é notável desde a antiguidade. Para entender de que forma essa influência se deu é preciso realizar uma investigação histórica.

Conforme leciona Sílvio Venosa, "O direito hebraico era eminentemente religioso". O cristianismo teve sua origem justamente na civilização hebraica, tendo se difundido por todo o mundo ocidental, onde exerceu influência. A expansão do cristianismo marca, também, a expansão da influência religiosa sobre o direito.[68]

Pode-se afirmar que o direito romano, importante para a concepção do direito moderno, se confunde com o próprio cristianismo. Ele representa a base para a formação da civilização moderna e dos ordenamentos jurídicos existentes. Nesse sentido, Sílvio Venosa argumenta que "todo pensamento jurídico, método e forma de intuição, toda a educação jurídica que ora se inicia é de fundamento romano."[69]

Os romanos adotaram o cristianismo em sua base, não de forma a excluir as instituições romanas, mas sim de forma paralela. Esse fato corrobora a tese de influência do cristianismo, sob a forma da Igreja, nos períodos subsequentes ao declínio romano. Eis o motivo pelo qual a sociedade do século XX foi marcada por

[67] BRAGA, Pedro. O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156 (out./dez. 2002). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/820/R156-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 jan. 2019.

[68] VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 580.

[69] *Ibidem*, p. 593.

um modelo jurídico dualista, convivendo tanto com a religião quanto com o laicismo.[70]

Acerca da influência cristã no direito romano, Rodrigo Palma faz uma ressalva, evidenciando o caráter tardio e contextual da influência sofrida. Nas palavras do autor, admitida essa influência, "principalmente no Direito de Família romano, deve-se ter sempre em mente que isso ocorreu tardiamente, entre os séculos IV e VI, quando o Império já declinava a olhos vistos."[71]

De acordo com Pedro Braga:

> Quando o Império Romano foi cristianizado, sob Constantino, a vulgata, versão da Bíblia para o latim feita por Jerônimo, influenciou o direito romano. A influência cristã fez-se sentir igualmente na Alemanha, onde algumas reformas na área do direito de família foram introduzidas no século XI, como a proibição da poligamia, e o divórcio condicionado à aquiescência da mulher, por exemplo.[72]

Após a derrocada do direito romano, o Cristianismo insiste em atribuir àquele o caráter de pagão, o que é contestado por Santo Tomás de Aquino. Nas palavras de Sílvio Venosa, "provara Santo Tomás que os princípios do justo e do equitativo do Direito Romano amoldavam-se perfeitamente à religião cristã."[73]

Durante a Idade Média a influência do cristianismo foi notável, tendo em vista a sua força sobre todo o corpo social e diretamente sobre a vida das pessoas. A

[70] *Ibidem,* p. 641.

[71] PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

[72] BRAGA, Pedro. O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156 (out./dez. 2002). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/820/R156-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 jan. 2019.

[73] VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 646.

crença que no passado sofreu grandes perseguições, agora ganhava outros contornos, com a oficialização e institucionalização.[74]

Coube a pensadores como Santo Agostino e Tomás de Aquino definir as bases e dogmas a serem observados, com fundamento em estudos realizados sobre a filosofia antiga. O crescimento da Igreja marcou também o crescimento do cristianismo no mundo, com o surgimento de guerras religiosas, conhecidas como cruzadas.[75]

Vale destacar que o Cristianismo estabeleceu um direito próprio, conhecido como direito canônico. Para Rodrigo Palma, a sua finalidade "seria regulamentar a conduta dos clérigos a seu serviço enquanto instituição, bem como orientar o cotidiano do imenso rebanho de crentes." Não há dúvidas quanto ao caráter religioso desse direito.[76]

No entanto, conforme adverte Pedro Braga, a influência do cristianismo sobre o direito romano e, por consequência, nos ordenamentos jurídicos subsequentes, em nada se confunde com o direito canônico, "embora sendo este fundado em princípios cristãos e em institutos do Direito Romano clássico."[77]

Aberlado Lobo destaca:

> [...] o Cristianismo nunca pretendeu abolir o Direito existente e se conseguiu harmonizá-lo com as novas ideias, corrigi-lo, melhorá-lo, não foi porque pretendesse dar combate ao seu império, mas, porque tornou a sociedade, que ele devia reger,

[74] PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141.
[75] *Ibidem*, p. 141.
[76] *Ibidem*, p. 149.
[77] BRAGA, Pedro. O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156 (out./dez. 2002). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/820/R156-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 jan. 2019.

> forte demais para suportá-lo no que contrariava ao espírito cristão.
>
> A escravidão, a família, a propriedade, a condição das mulheres, as prisões, as sucessões hereditárias, o pauperismo, enfim, todas as instituições jurídicas e todos os males sociais que interessavam ao espírito cristão, tinham de cristianizar-se, uns, de desaparecer, outros.[78]

Na verdade, o cristianismo tratou de adaptar e aperfeiçoar instituições já existentes. Cite-se, como exemplo, o casamento, que nas palavras de Pedro Braga, "possuía um caráter de utilidade, com vistas à reprodução e a constituição de mão-de-obra, formada pela descendência, e à criação de um patrimônio." A força do cristianismo serviu para aperfeiçoar o casamento, atribuindo a ele uma série de princípios, como o da monogamia e o consentimento.[79]

3 A PROTEÇÃO AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE CRENÇA RELIGIOSA NO BRASIL

Para bem apreender o que vem a ser o termo *laicidade,* relativo a laico, busca-se na Declaração Universal da Laicidade no Século XXI o seu significado:

> Artigo 4º: Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.[80]

---

[78] LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 265.

[79] BRAGA, Pedro. O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156 (out./dez. 2002). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/820/R156-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 jan. 2019.

[80] BAUBÉROT, Jean; MILOT, Micheline; BLANCARTE, Roberto Blancarte. Declaração Universal da Laicidade no Século XXI. França, 9 dez. 2005. Disponível em:

Saliente-se que a laicidade se relaciona à liberdade de pensamento e de crença destituídos de qualquer tipo de discriminação. Um Estado laico, ou laicizado, portanto, oferece aos seus cidadãos a possibilidade de viverem concepções morais ou religiosas diversas, formando um todo harmônico, haja vista que a expressão individual é respeitada por todos, primeiramente pelo próprio Estado. A laicidade induz à efetivação de uma soberania democrática, ao reconhecer os direitos fundamentais do homem e a aceitação do pluralismo social e político (arts. 5º e 6º).

Desta forma, um Estado laico é aquele que não institui religião oficial, mantendo-se neutro nas questões religiosas de seus cidadãos. O laicismo estatal confere a cada indivíduo liberdade de crença, sendo-lhe possível adotar a religião que melhor atenda às suas convicções, dentre os inúmeros credos religiosos existentes.

Em contraponto ao Estado laico, está o religioso ou confessional. O Vaticano e grande parte dos países orientais são exemplos de Estados assim, pois adotam uma religião entre os seus fundamentos; no caso, o Catolicismo, no Vaticano, e o Islamismo, em certos países do oriente. Tem-se, ainda, o Budismo, na Tailândia, o Hinduísmo, no Nepal, o Protestantismo em países da América e da Europa, dentre outros.[81]

Segundo os dados da *World Christian Encyclopedia AD 30 to 2200, Oxford University Press*, coordenação de David Barrett, os cristãos representam 33% da humanidade (2015 milhões), seguindo-se o Islão, com 20% (1215), os hindus, com 13% (786) e os budistas, com 6 % (362). Discriminados os cristãos, há cerca de 17,3%

<http://www.bulevoador.com.br/2009/09/declaracao-universal-da-laicidade-no-seculo-xxi/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

[81] SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Ebook), p. 952.

de católicos (1027), e 3,6% de Ortodoxos (213,7 milhões), enquanto os protestantes, abrangendo os anglicanos, representam cerca de 6,4% da humanidade. [82]

3.1 DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA

A discriminação religiosa é um crime previsto no artigo 208, do Código Penal Brasileiro e se traduz em "escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso".[83]

Sua definição como crime também é encontrada no art. 240.º, do Código Penal Português (Lei nº 59/2007), que se traduz morfologicamente na constituição da organização ou no aumento das capacidades de atividades que incitem à discriminação, ao ódio ou violência racial ou religiosa, ou participação nessas organizações ou nessas atividades.[84]

Segundo Ban Ki-Moon "os ataques sistemáticos contra civis por causa de sua afiliação religiosa constituem um crime contra a humanidade, do qual os autores deverão prestar contas". [85] Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicados à discriminação religiosa, como previsto no artigo 8º da lei nº 32/2004, de 22 de Junho. [86]

---

[82] BONDO, Pitra António dos Santos. Princípio da não discriminação. Universidade Católica Portuguesa, Porto; junho 2015.

[83] Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em: 29 mai. 2019.

[84] BONDO, Pitra António dos Santos. Princípio da não discriminação. Universidade Católica Portuguesa, Porto; junho 2015.

[85] BONDO, Pitra *apud* Ki-Moon – *Informação disponível no sítio das Nações Unidas – http://www.un.org.*

[86] BONDO, Pitra *apud* PRATA, Ana, VIEGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel – **"Dicionário jurídico"**, 2ª edição, volume II, *Direito penal Direito processual penal*, p. 183.

A liberdade de pensamento, de consciência e de religião está declarada pelos textos internacionais de modo idêntico (artigo 18º DUDH e artigo 18.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP) e presume o respeito pelas autoridades públicas da variedade de convicções, com vista a garantir ao indivíduo a independência espiritual - liberdade de pensamento, de consciência e de religião – que compreende o direito à convicção, portanto, trata-se de um direito que protege o juízo intrínseco, isto é, o domínio das convicções pessoais e das crenças religiosas.[87]

3.2 A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO E O TRATAMENTO DISPENSADO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Estado brasileiro é laico; porém, não foi sempre assim. A primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824, adotava a igreja católica como religião oficial do país. Nesse período, outras religiões podiam ser abraçadas pelos cidadãos, contudo os cultos ou explanações a respeito deveriam se dar em ambiente particular, jamais em locais públicos (art. 5º).[88]

Ainda que o Brasil não tome partido por uma religião, o mesmo não se pode dizer sobre sua crença na existência de um Deus, sendo, portanto, um Estado *teísta*. Prova disso encontra-se no preâmbulo do texto constitucional, onde o legislador promulgou a Constituição Federal de um Estado Democrático fraterno, pluralista e livre de quaisquer preconceitos, *sob a proteção de Deus:*

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos

[87] BONDO, Pitra *apud* PINTO, Maria do Céu (coord.) – **"As Nações Unidas e os Desafios da Governação Global"** – Letras Itinerantes, outubro de 2014, p. 21.
[88] SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Ebook), p. 951.

> sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifei).[89]

A confirmação da laicidade brasileira é dada pelo art. 5º, incisos VI a VIII, da Constituição Federal de 1988, o qual instituiu a liberdade de consciência e de religião como garantia fundamental do homem, *in verbis:*

> Art. 5º, VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Veja-se que cada cidadão brasileiro tem em suas mãos o poder de decidir aquilo em que acredita (ou não acredita), sendo vedada qualquer interferência na livre formação ou manifestação de sua crença, protegendo a Carta Magna os seus locais de cultos e de suas liturgias.

De modo semelhante, não poderá ser tolhido do exercício de seus direitos, em razão de seu credo ou convicção filosófica ou política. Ressalte-se, entretanto, que tal liberdade não é plena ao ponto de eximir o cidadão do cumprimento de seus deveres legais ou prestações alternativas, quando do necessário descumprimento.

[89] BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

Na Carta Constitucional encontra-se também delineada a proibição dos entes federativos de estabelecer religiões ou cultos religiosos, a fim de influírem, ainda que indiretamente, na livre escolha de seus cidadãos. A neutralidade religiosa do Estado é medida que se impõe, sendo vedada ao Poder Público criar embaraços à profissão de fé dos indivíduos ou manter com os seus dirigentes religiosos relações de dependência, salvo em casos de interesse público (art. 19, I).

3.3 LIMITES À LIBERDADE DE CRENÇA E DE RELIGIÃO

Todos os direitos tidos como fundamentais, como é o caso da liberdade de crença e religião, podem sofrer limitações. Não há que se falar, assim, em direito de natureza absoluta, como já fora mencionado, sem qualquer restrição ou possibilidade de intervenção. Conforme expõem Jéssica Renosto e Rafael Oliveira, "A liberdade religiosa [...] encontra seu limite na ordem pública imprescindível à vida em sociedade e desenvolvimento social do país."[90]

Porém, pode-se dizer que a discussão acerca de tal limitação à liberdade de crença e religião é um ponto ainda sensível. Ao mesmo tempo em que o Estado é laico, por força expressa da Constituição Federal, uma parcela significativa da população se diz religiosa. Este cenário acaba propiciando, por vezes, uma busca dessa parcela da sociedade pela aproximação entre o Estado e a Igreja, o que não e é aceitável, sob a ótica constitucional.[91]

[90] OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; RENOSTO, Jéssica. Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 71-92, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/69bb8b01b7baadfd25ce10481f2b2a58.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[91] *Ibidem.*

É justamente em razão das características contextuais do Estado brasileiro que as limitações à liberdade de crença e de religião se fazem necessárias. Como afirmam Jéssica Renosto e Rafael Oliveira, "não é incomum que preceitos religiosos se choquem com direitos de liberdade individual, na medida em que se pretenda impor à população um código moral determinado por certa religião."[92]

Aline do Nascimento e Marcio Hemel fazem um questionamento pertinente, ao lecionar que:

> A liberdade de crença é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias". Ocorre que, no Brasil, em virtude da diversidade cultural existente, há inúmeras crenças, religiões, bem como descrenças. Diante disso, como é possível pensar no exercício da liberdade religiosa no Brasil sem que isso afete a liberdade dos demais brasileiros?[93].

A grande questão envolvendo o direito à liberdade de crença e religião, nesse sentido, diz respeito a compatibilização desse direito com os demais direitos individuais. Ao mesmo tempo em que, de acordo com o Instituto de Pesquisas Datafolha, além dos 50% da população que se diz católica, "há 14% sem religião, 2%

[92] *Ibidem.*

[93] HAMEL, Marcio Renan; NASCIMENTO, Aline Trindade do. Os Limites da Liberdade de Crença no Brasil: Uma Análise Mediante a Concepção de Justiça como Equidade e de Liberdade Igual de John Rawls. Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5449/5254>. Acesso em: 18 fev. 2019.

de espíritas, kardecistas e espiritualistas, 1% de umbandistas, 1% de praticantes do candomblé, 1% de ateus e 2% de outras religiões."[94]

Em verdade, a complexidade cultural do Brasil é um dos principais obstáculos à consolidação da liberdade de crença e religião no país. Contudo, Aline do Nascimento e Marcio Hemel entendem que, diante do caráter laico do Estado, "ele não pode interferir na liberdade religiosa de seus cidadãos tampouco apresentar posicionamentos religiosos em suas deliberações públicas.". Resta evidente que a aceitação do caráter laico do Estado é condição para a efetivação da liberdade de crença e religião.[95]

Existem dois pontos importantes a serem mencionados: a imposição dos valores religiosos pela sociedade e pelo Estado; e o fato de que a liberdade de crença e religião não pode implicar em violação de normas já existentes no ordenamento jurídico, salvo expressa determinação legal. Assim, na medida em que se aproxima de crenças específicas o que se pretende com as restrições e limitações à liberdade de crença e religião é impedir que grupos da sociedade sejam prejudicados em seus direitos e liberdades, decorrendo desse raciocínio que as limitações à liberdade de crença e religião derivam apenas da lei e servem à preservação de outras liberdades. É

[94] DATAFOLHA. 44% dos evangélicos são ex-católicos. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/12/1845231-44-dos-evangelicos-sao-ex-catolicos.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[95] HAMEL, Marcio Renan; NASCIMENTO, Aline Trindade do. Os Limites da Liberdade de Crença no Brasil: Uma Análise Mediante a Concepção de Justiça como Equidade e de Liberdade Igual de John Rawls. Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5449/5254>. Acesso em: 18 fev. 2019.

por isso que esse direito, conforme pontuam Jéssica Renosto e Rafael Oliveira, "deverá observar os limites impostos ao abarcar a prática de atos lesivos e ilegais.[96]

Tratando das disposições da Constituição Federal de 1988, Karinny Vieira e Manoel de Lima Neto comentam que:[97]

> Preceitua a Carta Magna que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (art. 5º, VI, CF/88). Tal dispositivo assegura a liberdade dos cultos religiosos, além de garantir, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e liturgias. "O princípio é o mesmo da Constituição de 1934, mas dessa vez a proteção não é restrita aos cultos que observem a ordem pública e os bons costumes.

Antes da Constituição de 1988, as Constituições, ao tratarem da liberdade religiosa, faziam menção expressa a um perigoso limitador: a ordem pública e os bons costumes. Tratava-se de um condicionante aberto, possibilitando ingerências das mais diversas no direito individual à crença e religião. Tal expressão foi suprimida na redação da Constituição vigente. Subsiste, no entanto, a possibilidade de limitação à liberdade em comento, muito embora não exista consenso doutrinário a respeito.[98]

Entende-se que a superação dos bons costumes e da ordem pública como limitantes à liberdade religiosa consistiu em um grande avanço. Esses limitantes, nos

[96] OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; RENOSTO, Jéssica. Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 71-92, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/69bb8b01b7baadfd25ce10481f2b2a58.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[97] LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; VIEIRA, Karinny Guedes de Melo. Liberdade religiosa no Brasil: uma abordagem histórico constitucional. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 225-254, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/905/1903>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[98] *Ibidem.*

dizeres de Karinny Vieira e Manoel de Lima Neto, "funcionaram como motivos autorizadores da intervenção policial nos cultos das religiões minoritárias no Brasil, como, por exemplo, as afro-brasileiras."[99]

A superação, no entanto, não aconteceu sem resistência, como era de se esperar. É o que se depreende do contexto em que a Constituição de 1988 foi concebida. De acordo com Karinny Vieira e Manoel de Lima Neto:[100]

> Ao analisar os Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mais especificamente as atas das reuniões da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, bem como da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, foi possível constatar que a questão referente à supressão ou não do termo "ordem pública e bons costumes", diferentemente do que se poderia pensar, gerou inúmeras discussões, inclusive tendo sido objeto de audiência pública.

Seja como for, a supressão da expressão "ordem pública e bons costumes" teve como fundamento a necessidade de garantia da liberdade de crença e religião a todos, sem arbitrariedades cometidas por parte do Estado. A limitação até então existente, segundo Karinny Vieira e Manoel de Lima Neto, "mais serviu como pretexto autorizador de intervenções arbitrárias do que para proteger a sociedade de religiões que fossem contra a moral pública e a ordem."[101]

De acordo com parte da doutrina, o direito à liberdade de crença e religião é de ordem fundamental, só podendo ser limitado quando estiver em conflito com outros direitos, de mesma natureza. Resta evidente, pois, que limitações podem

---

[99] *Ibidem.*

[100] LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; VIEIRA, Karinny Guedes de Melo. Liberdade religiosa no Brasil: uma abordagem histórico constitucional. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 225-254, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/905/1903>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[101] Ibidem.

existir, na medida em que possibilitem o equilíbrio entre as liberdades individuais. Tais limitações não podem, no entanto, consistir em ingerência arbitrária e desnecessária, com vistas a privilegiar uma ou outra posição.[102]

4 A LEI Nº 13.796/2019 COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

Recentemente, no início do ano de 2019, uma nova lei foi publicada no Brasil com o fim de preservar um direito relacionado à dignidade da pessoa humana. Trata-se da Lei nº 13.796/2019, de 3 de janeiro de 2019, que veio alterar o artigo 7º-A, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com o objetivo de permitir aos alunos que professem crença religiosa impeditiva do exercício de atividades curriculares, ou extracurriculares, em determinados dias e horários, possam ausentar-se dessas atividades mediante justificativa e prestação alternativa.

É cediço que os conflitos religiosos acompanham o ser humano desde sua concepção como um ser social, resultando em guerras de caráter religioso, bem como em atrocidades e em desrespeitos havidos em função da escolha ou oposição à esta ou aquela fé. Tal normativo, não vem para dar fim à uma guerra, mas salvaguardar o direito de ir e vir, de pessoas cuja religião impõe, por si só, uma condição especial.

Tal direito, antes da promulgação da supracitada lei, só era possível com o auxílio do judiciário, mediante a impetração do remédio constitucional do Mandado de Segurança, esse muitas vezes denegado em função da dificuldade em se

[102] Ibidem.

comprovar os requisitos necessários para a sua concessão (direito líquido e certo e perigo/ameaça iminente).

4.1 PROJETO DE LEI 217/2003

De autoria do Deputado Rubens Otoni[103], filiado ao Partido dos Trabalhadores de Goianésia – PT/GO, o Projeto de Lei nº 2171/2003 foi apresentado à Câmara dos Deputados em 08 de outubro de 2003 com o fito de regular a aplicação de provas e atribuição de frequência a alunos impossibilitados de comparecer à escola, por motivos de liberdade de consciência e de crença religiosa.

No decorrer de seu processo deliberatório sofreu três emendas, sendo duas no ano de 2008, da autoria do Relator João Paulo Cunha e a última, a mais importante delas em 2018, no Plenário.

De acordo com o Ofício nº 312 (SF) de 03 de abril de 2018[104] a ementa do Projeto de Lei deveria ser alterada de forma a se coadunar com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional posto se tratar de aplicação de provas e frequências de alunos, sejam eles de quaisquer níveis educacionais, públicos ou privados.

Assim, decretou o Congresso Nacional:

> Art. 1º A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-A:
>
> "Art. 7º-A Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no exercício da liberdade de consciência e de crença, o direito

[103] OTONI, Rubens. Biografia disponível em https://www.camara.leg.br/deputados/74371/biografia, acesso em 03 mai. 2019.

[104] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1648552&filename=EMS+2171/2003+%3D%3E+PL+2171/2003>, acesso em: 24 mai. 2019.



de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes prestações alternativas, nos termos do inciso VIII do caput do art. 5º da Constituição Federal:

I - Prova ou aula de reposição, conforme o caso, a ser realizada em data alternativa, no turno de estudo do aluno ou em outro horário agendado com sua anuência expressa;

II - Trabalho escrito ou outra modalidade de atividade de pesquisa, com tema, objetivo e data de entrega definidos pela instituição de ensino.

§ 1º A prestação alternativa deverá observar os parâmetros curriculares e o plano de aula do dia da ausência do aluno.

§ 2º O cumprimento das formas de prestação alternativa de que trata este artigo substituirá a obrigação original para todos os efeitos, inclusive regularização do registro de frequência.

§ 3º As instituições de ensino implementarão progressivamente, no prazo de 2 (dois) anos, as providências e adaptações necessárias à adequação de seu funcionamento às medidas previstas neste artigo. (Vide Lei nº 13.796, de 2019)

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao ensino militar a que se refere o art. 83 desta Lei."

Nascia assim a Lei nº 13.796/2019 cuja justificativa basilar de sua criação buscava estender aos estudantes, uma escusa já existente em nossa Constituição Federal, sob a égide do artigo 5º, inciso VIII, que preceitua que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se da obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei". E determina ainda o mesmo Artigo 5° da Constituição Federal, no inciso VI, a inviolabilidade da "liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos

religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".

Segundo o criador do projeto, o que se buscou com tais determinações foi assegurar ao cidadão o direito de prestar serviço alternativo frente à obrigação que colida com suas convicções – sejam elas religiosas, filosóficas ou políticas. Prevendo a possibilidade de ocorrência de muitas outras hipóteses, a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 sabiamente assegurou, no parágrafo 2º do Artigo 5º, a isonomia de tratamentos a essas situações. O referido dispositivo estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" [105].

A proposição tem como meta regulamentar situações outras que, a exemplo do serviço militar, possam ensejar alegação de imperativo de consciência por motivo de crença religiosa, filosófica ou política. Especificamente, tratamos da situação dos Protestantes, dos Adventistas do Sétimo Dia, dos Batistas do Sétimo Dia, dos Judeus e de todos os seguidores de outras religiões que guardam o período compreendido entre o pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do sábado em adoração divina. Estes, por seguirem à risca as determinações das religiões que professam, frequentemente são vítimas de um dilema: cumprirem as suas obrigações escolares e desrespeitarem suas crenças religiosas ou, de forma inversa, manterem suas convicções religiosas em detrimento à sua formação intelectual e profissional. Tanto

[105] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42ACB44675021DF60311C8F8607CAD6A.proposicoesWebExterno2?codteor=169697&filename=Tramitacao-PL+2171/2003>, acesso em: 24 mai. 2019.

da parte do legislador, quanto dos governantes, a formação religiosa sempre foi objeto de atenção e respeito.

A Lei das Diretrizes e Bases da Educação (LDB), por exemplo, sancionada em 20 de dezembro de 1996, estabelece no artigo 33 que "o ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis...". E a própria Constituição Federal, ao prever a prestação alternativa de obrigações, permite a coexistência dos preceitos religiosos e do aperfeiçoamento intelectual e/ou profissional[106].

O que a lei determina é a prestação alternativa, no caso da escusa de consciência relacionada ao direito de liberdade de crença e religião. Para a deputada federal Maria do Rosário, em termos práticos, "alunos da rede pública ou privada ganham um instrumento de respeito em função da sua consciência e crença." [107]

Importante destacar que, apesar de entrar em vigor após decorridos 60 dias de sua publicação, as instituições de ensino, de acordo com expressa determinação da lei em comento, podem implementar as medidas necessárias à fiel observância da lei em um prazo de 2 anos e que a Lei determina a necessidade de requerimento, por parte do interessado, com a devida motivação.

[106] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42ACB44675021DF60311C8F8607CAD6A.proposicoesWebExterno2?codteor=169697&filename=Tramitacao-PL+2171/2003>, acesso em: 24 mai. 2019.

[107] MARIA DO ROSÁRIO. Direito de aluno se ausentar de prova por crença religiosa agora é lei. Notícias, 4 jan. 2019. Disponível em: <http://mariadorosario.com.br/direito-de-aluno-se-ausentar-de-prova-por-crenca-religiosa-agora-e-lei/>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Ademais, a prestação alternativa deve ser garantida ao aluno de forma gratuita, além da possibilidade de reposição da atividade. O diploma legal estabelece ainda, como prestação alternativa, a aplicação de trabalho escrito. Apesar da grande abrangência da norma, válida tanto para o setor público quanto privado, escolas militares não estão obrigadas, de acordo com a Lei, a seguirem as determinações prescritas[108]. Isso porque, segundo o que determina o parágrafo 1° do Artigo 43 da Carta Magna, é assegurada competência às Forças Armadas para "atribuir serviço alternativo aos que, em tempos de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar".

4.2 JURISPRUDÊNCIAS RELACIONADAS AO TEMA

Conforme exposto anteriormente, a escusa religiosa só era assegurada mediante a invocação do remédio constitucional do Mandado de Segurança. Desta feita, o aluno, candidato à concurso público ou qualquer indivíduo que se sentisse ameaçado em seu direito, em função de sua crença religiosa, deveria recorrer ao judiciário para não ser prejudicado.

Ocorre que, nem todas as decisões judiciais eram unânimes quanto à proteção desses direitos. Assim, os alunos ficavam prejudicados e à mercê de diferentes entendimentos acerca da garantia desse direito ou não. Resta claro a importância da criação de lei específica para tutelar direito que anteriormente não era tutelado de forma pacífica. Colacionam-se abaixo, algumas jurisprudências de julgados anteriores à promulgação da Lei nº 13.796/2019:

[108] Ibidem.

DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, com a finalidade de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0, deferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, com a consequente determinação de que fosse oportunizada aos autores da Ação Ordinária nº 2009.61.00.021415-6, em curso perante o Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, "a participação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, em dia compatível com exercício da fé por eles professada, a ser fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas, observando-se o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes".

Segundo o relato da petição inicial, o Centro de Educação Religiosa Judaica e vinte e dois alunos secundaristas ajuizaram ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face da União e do Instituto Nacional de Estudos Anísio Teixeira (INEP), objetivando a designação de data alternativa para a realização das provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que não coincidisse com o Shabat (do pôr-do-sol de sexta-feira até o pôr-do-sol de sábado) ou qualquer outro feriado religioso judaico (fls. 38-65).

Os autores afirmam, em síntese, que a designação de data alternativa para a realização das provas do ENEM constitui meio de efetivação do princípio da igualdade e do direito fundamental à liberdade religiosa.

O Juízo da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo indeferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 196-199), sob o fundamento de que a designação de dias e horários alternativos para a realização de provas representaria o estabelecimento de regras especiais para um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais, com a consequente violação ao princípio da isonomia. Sustentou, ademais, que o acolhimento da pretensão dos autores acarretaria dificuldades de ordem prática, haja vista que a fixação de datas distintas para a realização das provas implicaria quebra do dever de sigilo acerca de seu conteúdo.

Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal (fls. 20-33).

O Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu a tutela antecipada, por entender que a designação da data alternativa para a realização das provas do ENEM constituiria meio de efetivação do direito fundamental à liberdade de crença, prevista no art. 5º, VI, da Constituição.

O presente pedido de suspensão de tutela antecipada baseia-se em argumentos de lesão à ordem jurídica, em sua acepção jurídico-administrativa.

Afirma o requerente que a decisão impugnada traria graves consequências para a Administração Pública, tendo em vista que o concurso público se subordina aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

Sustenta, ademais, que a realização das provas na data marcada (dias 5 e 6 de dezembro de 2009) não violaria o disposto no art. 5º, VI e VIII, da Constituição, pois a Administração não poderia criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição entre os candidatos, haja vista, inclusive, o dever de neutralidade estatal.

Alega, também, que a decisão impugnada comprometeria a normal condução dos procedimentos administrativos relativos ao ENEM, colocando-se em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Segundo o requerente, se mantidos os efeitos da decisão, haveria um exame aplicado para mais de quatro milhões de candidatos e outro para vinte e dois alunos, o que comprometeria a credibilidade do ENEM.

Ressalta, ainda, que a questão de fundo da ação principal não diria respeito à garantia do direito fundamental à liberdade de consciência e crença, mas à preservação do "dia de guarda", que, a depender da religião, poderia ser em qualquer dia da semana.

A decisão impugnada possuiria, portanto, potencial "efeito multiplicador", haja vista a possibilidade de ser invocada por praticantes de outras religiões para se eximirem do

cumprimento de obrigações a todos impostas, com evidentes riscos à ordem pública.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nº 12.016/09, nº 8.437/92, nº 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl-AgR nº 497,

Rel. Carlos Velloso, DJ 6.4.2001; SS-AgR nº 2.187, Rel. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS nº 2.465, Rel. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Na ação de origem, discute-se a interpretação e a aplicação dos arts. 5º, caput e VI, da Constituição. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR 846, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS-AgR 1.272, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

O mencionado juízo de delibação dos elementos da causa não se revela apenas possível, mas necessário à aferição da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, pois, como bem salientou o Ministro Sepúlveda

Pertence, "(...) ainda que não se cuide de recurso, o deferimento do pedido de suspensão de segurança não prescinde de todo da delibação do mérito da controvérsia subjacente à decisão concessiva da liminar ou do mandado de segurança. Com efeito, não obstante suas peculiaridades, a suspensão de segurança é medida cautelar: visa, afinal de contas, a salvaguardar dos riscos da execução provisória do julgado os qualificados interesses públicos - os relativos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – que a justificam, com vistas à eventual reforma da decisão mediante o recurso cabível. Por isso, tenho acentuado: se, de plano, se evidencia a inviabilidade do recurso interposto ou anunciado, perde sentido a suspensão da segurança concedida (...)" (SS 1.001, DJ 21.03.1996).

Nesse sentido, não há dúvida de que o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição) impõe ao Estado o dever de respeitar as escolhas religiosas dos cidadãos e o de não se imiscuir na organização interna das entidades religiosas. Trata-se, portanto, do dever de neutralidade axiológica do Estado diante do fenômeno religioso (princípio da laicidade), revelando-se proscrita toda e qualquer atividade do ente público que favoreça determinada confissão religiosa em detrimento das demais, conforme estabelecido no art. 19, I, da Constituição.

É certo, porém, que a neutralidade axiológica por parte do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal. Em alguns casos, imperativos fundados na própria liberdade religiosa impõem ao ente público um comportamento positivo, que tem a finalidade de afastar barreiras ou sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé.

No caso, verifica-se, contudo, que a requerente logrou comprovar que a fixação de data alternativa para a realização das provas do ENEM coloca em risco a ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa.

Em primeiro lugar, não obstante a determinação judicial no sentido de que as provas aplicadas aos autores da ação principal possuam o mesmo grau de dificuldade das aplicadas aos demais candidatos, não há dúvida sobre a inexistência de critérios objetivos que possam indicar, de forma cabal, se duas

provas possuem grau de dificuldade equivalente ou diverso. Tal fato ensejaria as mais diversas indagações acerca de suposto favorecimento dos autores, comprometendo ainda mais a credibilidade do ENEM, já prejudicada em virtude do anterior vazamento das provas, conforme noticiado nos mais diversos meios de imprensa.

Ademais, cumpre ressaltar a existência de outras confissões religiosas, as quais possuem "dias de guarda" diversos do dos autores. Assim, a fixação de data alternativa apenas para um determinado grupo religioso configuraria, em mero juízo de delibação, violação ao princípio da isonomia e ao dever de neutralidade do Estado diante do fenômeno religioso.

Tal fato atesta, ainda, o "efeito multiplicador" da decisão impugnada, haja vista que, se os demais grupos religiosos existentes em nosso país também fizessem valer as suas pretensões, tornar-se-ia inviável a realização de qualquer concurso, prova ou avaliação de âmbito nacional, ante a variedade de pretensões, que conduziriam à formulação de um sem-número de tipos de prova.

Nesse ponto, cumpre transcrever a seguinte reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.806, DJ 23.4.2003: Pergunto: seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da Administração Pública aos "dias de guarda" religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do Governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso princípios substanciais, a partir do "due process" substancial e do caráter laico da República".

Verifica-se, pois, que a providência determinada pela decisão impugnada, além de se revelar, a priori, contrária ao dever do Estado de se portar de forma neutra perante o fenômeno religioso, coloca severos óbices à atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, cumpre registrar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão,

entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos a partir do julgamento da SS 4.405, Rel. Néri da Silveira. Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Por fim, saliente-se que a União juntou aos autos, às fls. 225-271, cópia de ofício expedido pelo Ministério da Educação, segundo o qual, na inscrição para o ENEM, foi ofertada a opção de "atendimento a necessidades especiais", com a finalidade de garantir a possibilidade de participação de pessoas com limitações em virtude de convicção religiosa ou que se encontram reclusas em hospitais e penitenciárias. Afirma-se, no referido ofício, que "todos que realizaram suas inscrições no ENEM e solicitaram atendimento especial por motivos religiosos terão suas solicitações atendidas. No caso dos Adventistas do Sétimo Dia, a prova do sábado, dia 03 (três) de outubro próximo será realizada após o pôr-do-sol" (fl. 227).

Tal providência (início da prova após o pôr-do-sol) revela-se aplicável não apenas aos adventistas do sétimo dia, mas também àqueles que professam a fé judaica e respeitam a tradição do Shabat. Em uma análise preliminar, parece-me medida razoável, apta a propiciar uma melhor "acomodação" dos interesses em conflito.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Federal Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0.

Comunique-se com urgência.

Publique-se. (STA 389 / SP - SÃO PAULO, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. PRESIDENTE Gilmar Mendes, Julgamento: 20/11/2009**,** DJe-225 DIVULG 30/11/2009 PUBLIC 01/12/2009. *(grifo nosso)*

ADMINISTRATIVO. LIBERDADE RELIGIOSA - DIREITO FUNDAMENTAL. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA -

HORÁRIO DE TRABALHO DIFERENCIADO - POSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O interesse de agir da parte autora é manifesto, ante a necessidade de resguardar a prática de suas convicções religiosas. A só interposição de recurso pelo requerido contra sentença que reconheceu e resguardou direitos inerentes à liberdade religiosa é apta a demonstrar a necessidade do amparo judicial. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. 2. Como apontado pelo recorrente, o Estado é laico. Todavia, a laicidade do Estado não o exime de respeitar e garantir a Liberdade Religiosa dos cidadãos, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal. E, para respeitar tal Direito deve o Estado prover a necessária discriminação positiva, se o indivíduo assim requerer, para assegurar o exercício de seus direitos fundamentais. 3. A medida pretendida pelo autor, e acolhida na sentença recorrida, está em linha com o disposto no art. 5, inciso VI, que assim dispõe: ? é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;? 4. Ao que consta, a autora não pretende se esquivar de se submeter ao regime funcional estatutário, mas sim adaptar seu descanso semanal à sua convicção religiosa, por ser participante da Igreja Adventista do Sétimo Dia e, por conta disso, não exerce quaisquer atividades durante o período compreendido entre o pôr do sol de sexta-feira ao pôr do sol de sábado, prática que deve ser respeitada, ante a possibilidade de elaboração de escala de horário de trabalho distinto. 5. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 6. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. 7. Sem custas, ante a isenção legal. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), conforme previsão do § 8º, do art. 85, do CPC/2015. (TJ-DF 07035476020188070016 DF 0703547-60.2018.8.07.0016, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 31/10/2018, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/11/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. MAGISTÉRIO. JORNADA NOTURNA. SEXTA-FEIRA. CUMPRIMENTO DE CARGA HORÁRIA. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à objeção de consciência, por motivos religiosos, como justificativa para gerar dever do administrador de disponibilizar obrigação alternativa para servidores públicos, em estágio probatório, cumprirem seus deveres funcionais. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. (STF ARE 1099099 RG / SP. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo. Relator(a): Min. Edson Fachin Julgamento: 13/12/2018. Publicação no DJE: 12/03/2019. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. PERÍCIA MÉDICA EM DIA DE SÁBADO. CANDIDATO Adventista do Sétimo Dia. LEI DISTRITAL Nº 4.949/2012. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Com base nas disposições do art. 2º da Lei Distrital nº 4.949/2012, não há falar em ilegitimidade do Secretário de Estado da Educação do DF, porquanto a entidade realizadora do concurso (CEBRASPE) somente atuou por delegação expressamente prevista em Lei, sem prejuízo da manutenção da responsabilidade do órgão delegante. 2. Dispõe o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, que o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. 3. O candidato tem direito a proteção de crença religiosa quanto a realização de etapas de concurso em dia de sábado, mormente ante às disposições do art. 51, § 3º da Lei nº 4.949/2012. 4. A perícia médica é uma etapa eliminatória do concurso e que, portanto, deve estar subordinada à norma referida, cabendo aos organizadores do concurso público assegurar ao candidato, que alegue objeção religiosa, aguardar a realização da avaliação em área reservada até o término do horário impeditivo, quando então poderá ser submetido ao

exame. 5. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Segurança parcialmente concedida.

(Acórdão n.1054377, 07075755620178070000, Relator: LEILA ARLANCH 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 09/11/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. ADVENTISTA. PRESERVAÇÃO DO DIA DE SÁBADO. 1. A Constituição Federal de 1988, distintamente da Carta de 1967/69 que só assegurava o direito à liberdade de consciência, protege tanto a liberdade de consciência quanto a de crença. O texto constitucional em vigor respalda todas as crenças, pois o Estado Democrático de Direito consagra a máxima liberdade religiosa. Em razão dessa proteção firmada em torno da liberdade de consciência e crença, a Constituição estabelece (artigo 5º, inciso VIII) que ninguém será privado de direitos por força de motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei (escusa de consciência).

2. O candidato adventista que participa do curso de formação para o cargo de Auxiliar de Trânsito da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Distrito Federal, promovido pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - CESPE, tem o direito de dispensa ou abono da falta nas atividades a serem realizadas no sábado em razão de respeito às suas convicções religiosas, devendo ser nomeado e empossado no cargo pretendido, caso seja aprovado dentro do número de vagas.

(Acórdão n.411395, 20090110529213RMO, Relator: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/03/2010, Publicado no DJE: 06/04/2010. Pág.: 71)

MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. ENSINO FUNDAMENTAL. LEI DISTRITAL Nº 1.784/97. ADIN PROPOSTA. AULAS AOS SÁBADOS. ALUNO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. 1 - A competência reservada às Varas da Fazenda Pública é tão-somente aquela definida por disposição expressa da Lei de Organização

> Judiciária local. Ante a ausência de previsão, a competência residual das Varas Cíveis se impõe. 2 - Porquanto a Constituição Federal, art. 211, § 3º, atribui aos Estados e ao Distrito Federal, prioritariamente, o gerenciamento do ensino fundamental, subsiste a competência para editar leis locais a respeito do funcionamento dos estabelecimentos de ensino da rede pública e privada. Sem que o Tribunal de Justiça, em ADIn proposta pelo Ministério Público, tenha pronunciado a inconstitucionalidade da Lei nº 1.784/97, esta conserva-se eficaz. Por outro lado, o reconhecimento da inconstitucionalidade concentrada exige prova do defeito formal alegado.
>
> 3 - A Lei Distrital nº 1.784/97, art. 2º, assegura ao aluno Adventista do Sétimo Dia o abono de faltas no período reservado ao descanso de sua fé religiosa, sem prejuízo de o estabelecimento de ensino cominar-lhe atividades alternativas que supram as faltas abonadas.
>
> 4 - Reexame necessário conhecido. Sentença mantida (Acórdão n.302044, 20070110264040RMO, Relator: CARLOS RODRIGUES 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/04/2008, Publicado no DJE: 22/04/2008. Pág.: 107)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar afundo a concepção da liberdade religiosa e o reconhecimento desta como direito humano fundamental, tomando como alicerce a relação intrínseca que possui com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com esta análise, buscou-se examinar a proteção à liberdade religiosa no âmbito do Direito Internacional e a busca pela solidificação desta como direito humano fundamental no Brasil.

Viu-se, no discorrer deste trabalho, que embora a definição de dignidade da pessoa humana não seja uma constante, ou seja, é mutável de acordo com os valores e diversidades que se manifestam nas sociedades democráticas de determinada

época, a defesa dos direitos advindos dessa dignidade merece guarida em todos os tempos.

Assim, é dever do Estado não apenas respeitar os direitos humanos, como tornar viável sua efetividade e gozo. Para tanto, a criação de normativos que regulem e até limitem esses direitos se faz mais do que necessária, resguardando-se, assim, que a dignidade dos seres humanos que convivem naquela sociedade seja sempre preservada.

Não obstante saiba-se que há vários direitos ligados à dignidade da pessoa humana, é notório que o direito relacionado à crença religiosa foi e ainda é o mais desrespeitado e oprimido, seguido pelos direitos de raça, cor e gênero. Desta forma, fica evidente a necessidade de normativos e ações judiciais que visem tutelar tais direitos.

Conforme exposto, a promulgação da Lei nº 13.796/2019 veio consolidar o exercício de um direito humano de crença religiosa, que antes de sua criação, apenas era respeitado quando o judiciário encontrava nas ações de Mandado de Segurança presentes os requisitos de direito líquido e certo e ameaça ao exercício desse direito.

A liberdade de crença religiosa é uma escolha individual e que deve ser respeitada, principalmente, em países laicos como o Brasil. É quase retrogrado conceber que, mesmo trazendo a Constituição Brasileira a proteção à este direito e a declaração da laicidade do Estado, faz-se necessária a criação de uma lei específica que oportunize aos indivíduos de se absterem, mediante prestação alternativa, de atividades cotidianas que vão de encontro às determinações de sua religião.

Contudo, conforme exposto no decorrer do trabalho, tais normativos internos específicos para tutela da liberdade religiosa, são de extrema importância

para a garantia de defesa deste direito, que ainda carece de consolidação, tendo em vista os atritos eventualmente gerados com outros direitos ou entre o próprio indivíduo e o Estado.

Por fim, evidenciou-se nesta pesquisa que a criação da Lei nº 13.796/2019 trouxe enorme avanço para a tutela da liberdade religiosa no Brasil, garantindo às pessoas antes afetadas uma maior segurança jurídica e pessoal para a prática de sua fé. Entretanto, estando ainda este direito em estado de consolidação e justificação teórica, novas normativas específicas podem se fazer necessárias ao longo do tempo, o que se sugere como tema de eventual e posterior pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso: <<O Princípio da Universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Ed., 2005, p. 56.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAUBÉROT, Jean; MILOT, Micheline; BLANCARTE, Roberto Blancarte. Declaração Universal da Laicidade no Século XXI. França, 9 dez. 2005. Disponível em: <http://www.bulevoador.com.br/2009/09/declaracao-universal-da-laicidade-no-seculo-xxi/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BONDO, Pitra António dos Santos. Princípio da não discriminação. Universidade Católica Portuguesa, Porto; junho 2015.

BONDO, Pitra apud Ki-Moon – Informação disponível no sítio das Nações Unidas – http://www.un.org

BONDO, Pitra apud PINTO, Maria do Céu (coord.) – "As Nações Unidas e os Desafios da Governação Global" – Letras Itinerantes, outubro de 2014, p. 21.

BONDO, Pitra apud PRATA, Ana, VIEGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel – "Dicionário jurídico", 2ª edição, volume II, Direito penal Direito processual penal, p. 183.

BRAGA, Pedro. O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156 (out./dez. 2002). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/820/R156-10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

_____.Câmara Legislativa. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42ACB44675021DF60311C8F8607CAD6A.proposicoesWebExterno2?codteor=169697&filename=Tramitacao-PL+2171/2003>, acesso em: 24 mai. 2019.

_____.Câmara Legislativa. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1648552&filename=EMS+2171/2003+%3D%3E+PL+2171/2003>, acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em: 29 mai. 2019.

_____. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Relatório sobre intolerância e violência religiosa no Brasil (2011- 2015): resultados preliminares. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, SDH/PR, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 3, Vol. 3, número 3, 2002.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume 1, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CARNIO, Henrique Garbellini; MORAES, Francisco De Assis Basilio De. A religiosidade, fé e a dignidade da pessoa humana: limites à atuação do estado brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo, vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017, p. 222-232.

CASTILHO, Ricardo. Direitos Humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. <<As Raízes dos Direitos Humanos: do Princípio da Liberdade à Cidadania>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

DATAFOLHA. 44% dos evangélicos são ex-católicos. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/12/1845231-44-dos-evangelicos-sao-ex-catolicos.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, preâmbulo. ONU, Princípios de Igualdade (1948). Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>, acesso em: 23 mai. 2019.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Curso de Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões. Série Provas e Concursos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 12.

HAMEL, Marcio Renan; NASCIMENTO, Aline Trindade do. Os Limites da Liberdade de Crença no Brasil: Uma Análise Mediante a Concepção de Justiça como Equidade e de Liberdade Igual de John Rawls. Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5449/5254>. Acesso em: 18 fev. 2019.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. <<A Universalidade dos Direitos Humanos e o Direito à Vida: comentários à luz dos ensinamentos do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade>>, em Renato Zerbini Ribeiro Leão (Coord.): Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

_____. La construcción jurisprudencial de lós sistemas europeo e interamericano de protección de lós derechos humanos em matéria de derechos econômicos, sociales y culturales. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 34 (tradução nossa) apud PICADO, Sonia: La fundamentación histórica, filosófica y jurídica de los Derechos Humanos. Costa Rica: IIDH. [en Internet] [ado el 14 de agosto de 2007] http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/17.pdf.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; VIEIRA, Karinny Guedes de Melo. Liberdade religiosa no Brasil: uma abordagem histórico constitucional. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 17, n. 02. 225-254, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/905/1903>. Acesso em: 18 fev. 2019.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 265.

MARIA DO ROSÁRIO. Direito de aluno se ausentar de prova por crença religiosa agora é lei. Notícias, 4 jan. 2019. Disponível em: <http://mariadorosario.com.br/direito-de-aluno-se-ausentar-de-prova-por-crenca-religiosa-agora-e-lei/>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 86.

MOURA, Raquel Cristina Santos. A contribuição do direito internacional na proteção do direito à liberdade religiosa. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/raquel_moura.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

OKINO, Giovanna Aiko Kobayashi; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Liberdade Religiosa: princípios, proteção constitucional e intolerância. IV simpósio gênero e

políticas públicas GT9 gêneros e religiosidade, jun. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT9_Giovanna%20Aiko%20Kobayashi%20Oki%20no.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

A OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE REMÉDIOS DE ALTO CUSTO PELO ESTADO NÃO ABARCADOS PELA LISTA DO SUS EM FACE DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Julia Beatriz Marangon de Souza

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o papel que o Estado possui diante da questão do fornecimento de remédios de alto custo não abarcados pela lista do SUS. Para tal, será exposto pontos chaves para que se possa ter um amplo entendimento do assunto, a dizer, a judicialização da saúde no Brasil, a teoria da reserva do possível e os precedentes judiciais e a sua consolidação (ou não) no nosso ordenamento jurídico. Através desses pontos, diante da quantidade de casos que são levados ao crivo do judiciário buscando o fornecimento de medicamentos não listados pelos Regulamentos do Sistema Único de Saúde, mas dos quais depende o tratamento e quiçá, a própria vida da pessoa, será mostrado uma análise real das demandas que chegam ao STJ e ao STF, sobre a forma de Recurso Repetitivo e Recurso Extraordinário. Essa análise estará sempre baseada na garantia constitucional de que todos os cidadãos, mesmo os hipossuficientes, possuem: a de ter uma vida digna, algo impossível sem a existência do acesso amplo e eficaz à saúde. Ademais, este tema se torna bastante relevante na conjuntura atual, onde o STJ está julgando afeto ao sistema de recursos repetitivos os casos levados à sua apreciação que visam o fornecimento de medicamentos, com vistas a direcionar as decisões e assim garantir uma prestação equivalente do Estado para todos aqueles que fazem os mesmos pedidos e utilizam argumentos semelhantes, tendo-se em vista, por congruência, que o direito à saúde é um direito fundamental que está previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Fornecimento de medicamentos. Precedentes. STJ. Direito à saúde. SUS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um apanhado acerca da temática do direito à saúde, especialmente no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo não abarcados pela lista do Sistema Único de Saúde pelo Estado, num momento em que se destaca a quantidade de recursos especiais levados ao crivo do Superior Tribunal de Justiça - os quais estão atualmente sob o manto dos recursos repetitivos - , a fim de fomentar uma decisão modelo e assim dar mais celeridade e igualdade as decisões tomadas por tal órgão julgador.

Considera-se que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, não podendo o poder público, sob qualquer argumento, eximir-se de tal obrigação, devendo sim realizar políticas públicas e planejamentos que voltem para a promoção, proteção e recuperação da saúde, principalmente porque disso depende a própria efetividade da dignidade humana, fundamento de maior importância dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O objetivo reside em averiguar previamente o papel do Estado no tocante ao direito à saúde, sob o prisma da Constituição vigente, analisando qual a função do Estado, quem são os entes que englobam o poder público, para fins de prestação da saúde, sua proteção e recuperação.

Neste caminho também pontua-se sobre a judicialização do direito à saúde, sob o aspecto que o judiciário é constantemente provocado para garantir a prestação estatal necessária para recuperação do indivíduo, o que embora seja claramente apregoado pela Carta Política de 1988 e, por vezes negada pelo ente que tem tal incumbência.

Na sequência, analisa-se o surgimento e a consolidação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à tona sua importância perante a efetividade judicial, a segurança jurídica e a isonomia.

Por fim, o terceiro capítulo se ocupará da análise dos casos judiciais, sob o prisma dos recursos repetitivos, tendo em vista a quantidade de recursos especiais que contemplam o direito à saúde que chegam ao Tribunal Superior.

Deste modo, pretende-se responder aos seguintes questionamentos:

Mesmo diante do princípio da reserva do possível no tocante às obrigações do Estado perante os direitos sociais, deve-se compelir o Estado a fornecer todos os medicamentos de alto custo, incluídos aqueles não abarcados pela lista do SUS, que o cidadão comprovar ser indispensável para seu tratamento?

Qual a orientação a ser vinculada no julgamento em sede de recurso repetitivo que mais atende o direito vigente no que concerne ao fornecimento de medicamentos de alto custo não relacionados na lista do SUS para tratamento de saúde, especialmente considerando que o direito à saúde é indissociável da própria dignidade humana, pilar do direito brasileiro?

1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. UM BREVE RELATO A RESPEITO DO CENÁRIO BRASILEIRO

O presente capítulo irá tratar sobre o processo de judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Algo de suma importância para entender o atual funcionamento do sistema de saúde, assim como o papel do Poder Judiciário nas ações em que se busca o fornecimento de medicamentos gratuitos.

O fenômeno intitulado judicialização surge a partir do momento em que os poderes Executivo e Legislativo falham na assunção de seus compromissos e

obrigações. Não podendo o cidadão ser prejudicado, em questões de saúde, pela inércia do Estado de prover as condições de tratamento de saúde, ocorre o acionamento do judiciário para compelir o ente federativo a cumprir com sua obrigação.

O direito à saúde possui diretrizes e garantias previstas na nossa Constituição Federal, sendo-lhe constituída como um direito fundamental de natureza social, individual e coletiva. Instituiu-se como um direito social que abrange toda a sociedade, além de seu fornecimento ser um dever do Estado. Isso graças a um processo histórico de construção da teoria dos direitos fundamentais ao longo dos paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito[1], tendo como ápice, a Organização das Nações Unidas, como será mais na frente abordado.

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e as ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo "campanhista", caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos (que acabou por gerar a Revolta da Vacina em 1904, no governo de Rodrigues Alves), o modelo "campanhista" obteve importantes sucessos no controle

[1] COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias; ARAUJO, Dalvaney Aparecida. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. Vol. 7, n. 3, **Direito e Mundo Digital**, 2017. Disponível em https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640. Acesso em: 23 out. 2018. p. 14

de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro[2].

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930, houve a estruturação básica do sistemapúblico de saúde, que passou a realizar também ações curativas. Foi instituído o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs), que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Tais serviços, contudo, beneficiavam apenas os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência, não havendo, portanto, a universalização da saúde pública[3].

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. A partir daí, todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública[4].

---

[2] BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva:** Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. p. 13. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em: 23 out. 2018

[3] Ibidem, p. 13

[4] Ibidem, p. 14

Com o fim do regime militar e a ascensão da Constituição de 1988, que teve em um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a prestação do serviço público de saúde passou a constituir direito de todos. Em seu artigo 196, o texto constitucional reconhece que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". A promulgação do texto da Constituição Brasileira de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, elevou a saúde a um direito fundamental social, de natureza individual e coletiva, cabendo ao Estado promover a efetivação e o exercício de tal direito a todos os cidadãos indistintamente[5]. Sua base foi o reconhecimento de desigualdades entre as pessoas, o que declama do Estado prestações positivas no intuito de proporcionar uma igualdade social[6].

Ademais, a judicialização no ordenamento brasileiro decorre de dois fatores: do modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e do sistema de controle de constitucionalidade vigente (que remota à matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e à matriz europeia - que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional)[7].

Porém, cabe ressaltar que todo esse direito decorreu de um longo processo histórico. Após duas guerras mundiais, mais especificamente após a Segunda Guerra

[5] COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias; ARAUJO, Dalvaney Aparecida. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. Vol. 7, n. 3, Direito e Mundo Digital, 2017. p. 15. Disponível em https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640. Acesso em: 23 out. 2018

[6] NUNES PEREIRA, Fernanda Tercetti. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5, Número Especial, 2015. p. 292. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3096. Acesso em: 23 out. 2018

[7] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 443

Mundial, o mundo encontrava-se em uma situação de calamidade total, onde todos estavam dependendo de uma intervenção do Estado na saúde. Foi nesse momento que a Organização das Nações Unidas, promoveu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, instituindo organismos especiais destinados a garantir alguns dos direitos considerados essenciais aos homens. Consequentemente, a saúde passou a ser considerada como um dos "direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica". E passou a ser disciplinada pela Organização Mundial da Saúde (OMS)[8], que, em 1946, conceituou no preâmbulo de sua Constituição, que "saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença".

Portanto, verifica-se que o processo de judicialização da saúde no Brasil caminhou a passos lentos, onde os direitos iam se ampliando de forma tímida, tendo sua universalização somente instituída pela CF/88. Contudo, veremos que, apesar de constitucionalmente prevista, é ainda preciso por em prática tal garantia, tão importante e necessária na vida de cada cidadão.

1.1 A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos

À época da Constituinte, os movimentos sociais em saúde tiveram um grande destaque. Através da Conferência Nacional de Saúde, realizada na década de 1980,

[8] SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito fundamental à saúde: dos Direitos Humanos à Constituição de 1988. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2970. Acesso em: 23 out. 2018



foram decididos os princípios que deveriam orientar uma nova política de saúde9, que culminou no disposto do art. 196 da Carta Magna.

Sendo a saúde um direito subjetivo de todos os indivíduos, prestada pelo Estado e devida aos seus titulares através de políticas públicas sociais e econômicas, por uma rede regionalizada e hierarquizada, foi instituído o Sistema Único de Saúde – SUS10.

De acordo com Aristides Almeida Rocha, Chester Luiz Galvão e Helena Ribeiro,

> Graças à atuação de grupos designados como integrantes do Movimento pela Reforma Sanitária, foram colocadas e debatidas propostas para a criação de um sistema único de saúde, que passaria a ser conhecido como SUS. Na proposta final, consagraram-se o direito universal à saúde e as obrigações de financiamento para cada nível de governo, assim como o papel de cada nível; regulamentou-se a relação com o sistema privado de saúde e, finalmente, instituiu-se como princípio constitutivo do SUS a participação da comunidade. Para garantir essa participação foram definidos, constitucionalmente, vários dispositivos de controle social. Ao contrário da teoria sociológica, os constituintes entenderam como controle social as formas pelas quais a população poderia exercer um papel deliberativo e fiscalizador na elaboração e na implementação de políticas de saúde[11].

A ascensão dos direitos sociais contidos dentro dos direitos fundamentais, é voltada para a dimensão social do ser humano, onde se destina a garantia e a

[9] ROCHA, Aristides Almeida; CESAR, Chester Luiz Galvão; RIBEIRO, Helena. Saúde Pública: Bases conceituais. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 119

[10] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

[11] ROCHA, op. cit., p. 119

promoção, perante a sociedade, de prestações positivas, que dar-se-ão a partir da realização de políticas públicas necessárias11

A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são os Poderes Legislativo e Executivo12 Estes, têm a obrigação de desenvolver e executar essas políticas da forma mais abrangente e eficaz possível, com o fornecimento da maior prestação exequível13

Sobre tal premissa, para a proteção de determinados interesses, de caráter social, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 23, inciso II, prevê que o direito à saúde é um dever linear de todos os entes federativos14 Assim, a competência administrativa para cuidar da saúde pública se dá em uma concorrência entre todos os entes federativos, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É com a atuação conjunta deles que se estabelece o dever de atuação em uma das áreas mais sensíveis do Estado moderno, assegurando a efetividade e a plenitude da saúde pública, devendo este ser pautado no princípio da predominância do interesse15

---

[11] SANTOS, Lenir; TERRAZAZ, Fernanda. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014. p. 29

[12] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 440-442

[13] OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. Direito & Justiça, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun. 2010. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313. p. 31. Acesso em: 23 out. 2018. p. 31

[14] Ibidem, p. 35/36

[15] MORAIS, Alexandre. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2053.pdf#page=233. p. 240. Acesso em: 25 out. 2018



E é a partir da perspectiva dessa responsabilidade comum do art. 23 da CF/88, de caráter institucional, que se atribui aos três entes federativos a responsabilidade de organizar a saúde pública de modo a assegurar o acesso igualitário e universal16, tema sobre o qual serão dedicadas as próximas passagens do presente trabalho.

A Lei Maior não definiu especificamente o papel de cada ente federado no SUS. Portanto, as competências, as atribuições da direção do SUS em cada esfera – nacional, estadual e municipal – são feitas pela Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal n. 8.080/90), que estabeleceu, dos seus artigos 16 aos 19, repartições de competências para os vários entes[17], assim como

> a Lei nº 8.142/2000, o Decreto 7.508/2011, o Pacto pela Saúde (Portaria GM/MS nº 399/2006) e as Portarias GM/MS nº 1554/2013 e nº 1555/2013, que regulam, respectivamente, o financiamento e a execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS, dispondo especificadamente sobre a repartição de competências[18].

Destarte, de acordo com a Lei Orgânica da Saúde - LOS, em seu artigo 16, cabe à União promover a descentralização dos serviços de saúde (tanto estadual como municipal) para as Unidades Federadas e Municípios, além de adotar políticas de saúde19.

---

[16] SANTOS, Lenir; TERRAZAZ, Fernanda. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014. p. 28

[17] OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. Direito & Justiça, v. 36, n 1, p 31-35, jan./jun. 2010. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8857/6313. p. 31. Acesso em: 23 out. 2018

[18] SANTOS, Lenir; TERRAZAZ, Fernanda. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014. p. 30

[19] MACHADO, Priscila Silva Ximenes. O direito à saúde e a responsabilidade linear do entes federados. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude Responsabilidade_l inear.pdf. p. 1. Acesso em: 25 out. 2018



E estendendo a interpretação ao inciso I e IX do artigo 17, o Estado deve, além de gerir "sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional", promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, mas sem que isso prejudique as ações suplementares e a prestação de apoio técnico e financeiro20

De acordo com Luís Roberto Barroso, pelo princípio da descentralização administrativa, contida tanto na Constituição quanto na Lei n. 8.080/90, há subsidiariedade e municipalização, onde Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. É ainda, de acordo com o Ministro, disposto na lei que

> A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de "prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional" (art. 16, XIII), devendo "promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, espectivamente, de abrangência estadual e municipal" (art. 16,
>
> XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III)[21].

Contudo, a instituição desse federalismo solidário dentro da organização do SUS, atribuindo aos Municípios, de base financeira mais frágil, a condição de

[20] Ibidem, p. 2

[21] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. p. 16. Acesso em: 24 out. 2018

executores diretos das ações de saúde[22], está causando a eles um enorme encargo financeiro.

Pela Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal devem investir o mínimo de 12% da receita própria, enquanto os municípios devem aplicar, pelo menos, 15%.* Contudo, graças a expansão dos gastos públicos que ocorreu no Brasil nos últimos anos, houve um aumento nessas taxas. A exemplo, os gastos municipais foram para 22%, fazendo com que recursos de outras áreas de igual importância fossem retirados. O motivo se deu porque o governo federal, por meio do Ministério da Saúde, reduziu sua participação no financiamento do SUS[23], contrariando, assim, o disposto no art. 30, VII, da CF, que prevê aos municípios, para execução dos serviços de saúde, a cooperação técnica e financeira da União e dos estados[24]. À vista disso, o governo estadual se encontra em dificuldade para auxiliar os municípios, que foram "ampliando seus gastos com a saúde pública, compensando o que deveria ser financiado pelo governo federal, por meio do Ministério da Saúde".[25]

Consequência disso tudo: "municípios, principalmente os maiores, passaram a financiar os procedimentos hospitalares e ambulatoriais de média e alta complexidade, os quais sempre foram de responsabilidade federal". Ademais, com a crise econômica vivida recentemente pelo Brasil, muitos trabalhadores foram

[22] SANTOS, Lenir; TERRAZAZ, Fernanda. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014. p. 31 Contudo, mesmo com o dispositivo constitucional, a lei nem sempre é seguida. A título de exemplo, o Rio de Janeiro destinou apenas 10% do orçamento para a saúde em 2016. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/03/12/interna-brasil,665393/r-100-bilhoes-dos-investimentos-em-saude-em-2017-foram-desperdicados.shtml. Acesso em: 24 out. 2018).

[23] NEGRI, BARJAS. Os municípios estão sobrecarregados e com dificuldades para financiar o SUS. Disponível em: http://itv.org.br/pensando-o-brasil/gestao-eficiente/os-municipios-estao-sobrecarregados-e-com- dificuldades-para-financiar-o-sus-por-barjas-negri. Acesso em: 24 out. 2018

[24] SANTOS, op. cit., p. 35

[25] NEGRI, op. cit

demitidos e perderam seus planos privados de saúde, ocasionando numa maior demanda pelos serviços prestados pelo SUS[26]

Após um levantamento orçamentário realizado em 2017, duas situações ficaram demonstradas: I) R$ 100 bilhões dos investimentos foram incultos, haja vista o gasto com "procedimentos malfeitos, exames desnecessários, erros médicos e ambulatoriais, excesso de consumo de materiais e fraudes, como corrupção", ter feito com que 20% dos R$ 500 bilhões gastos nos setores públicos e privados fossem desperdiçados[27]; II) em pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ficou exposto que o Brasil destina à saúde menos que a média mundial. Em 2014, 6,8% do orçamento público do governo federal eram destinados para o setor, mas a taxa, desde 2010, só vem caindo cada vez, fazendo com que a taxa no Brasil destinada a saúde seja inferior à média internacional[28]

Ademais, fica determinado pelos arts. 23, II, e 196 da CF, que o direito à saúde é um dever linear de todos os entes, sendo incabível pensar em uma repartição de competência (como estabelecido nos arts. 16 a 19 da Lei n. 8.080/90), já que isso gera um pesado ônus ao cidadão que, "não obstante, tenha a proteção solidária dos entes

[26] NEGRI, BARJAS. Os municípios estão sobrecarregados e com dificuldades para financiar o SUS. Disponível em: http://itv.org.br/pensando-o-brasil/gestao-eficiente/os-municipios-estao-sobrecarregados-e-com- dificuldades-para-financiar-o-sus-por-barjas-negri. Acesso em: 24 out. 2018.

[27] SANTOS, Maiza. R$ 100 bilhões dos investimentos em saúde em 2017 foram desperdiçados. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/03/12/interna-brasil,665393/r-100-bilhoes- dos-investimentos-em-saude-em-2017-foram-desperdicados.shtml. Acesso em 24 out. 2018

[28] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE: Orçamento para saúde no Brasil fica abaixo da média mundial. Disponível em https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/saude/noticia/2017/05/17/oms-orcamento-para- saude-no-brasil-fica-abaixo-da-media-mundial-284081.php. Acesso em: 24 out. 2018.

* Vale ressaltar que de acordo com o Portal da transparência do Governo Federal, no ano de 2018, o orçamento para a área no âmbito da saúde, foi de R$ 121,70 bilhões, sendo que desse valor, 87.48% foram repassados para o SUS. Disponível em http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude. Acesso em: 24 out. 2018

federados estabelecida de forma clara no artigo 23, II, da Constituição, fica à mercê de repartições infraconstitucionais para ter garantida a saúde, um direito muitas vezes buscado em sede de urgência"[29]

1.2 Teoria da reserva do possível como escusa as obrigações do Estado

Sabe-se, a partir da eficácia de prestação positiva do Estado, que este é obrigado a garantir um mínimo existencial, que corresponde a uma vida condizente com a dignidade humana[30] Sob essa premissa, busca-se a efetividade dos direitos fundamentais, cujo maior obstáculo a ser enfrentado é a reserva do possível,[31] conceituada como "o conjunto de fatores (monetários, de pessoal, equipamentos, demanda, prioridades) que propicia ou guia a atividade estatal"[32], podendo até limitar a atuação deste no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria[33]

Nesses termos, de acordo com Ingo Sarlet, a reserva do possível é uma "espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais", que pode ser dividida

[29] MACHADO, Priscila Silva Ximenes. O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude__Responsabilidade_linear.pdf. p. 2. Acesso em: 25 out. 2018

[30] OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte & vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 383 e 384

[31] BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. Disponível em: http://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623. Acesso em: 29 out. 2018.
p. 4

[32] OLIVEIRA, op. cit., p. 385

[33] STIBORSKI, Bruno Prange. Reserva do Possível: Origem, Conceito e Ordens. Disponível em https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens. Acesso em: 29 out. 2018

em uma dimensão tríplice, a valer: a) a disponibilidade de fato dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, ligada a receita tributária, orçamentária e a competência administrativa e legislativa; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida, principalmente no tocante à sua exigibilidade[34]

Ao contrário do que possa parecer, essa dimensão tríplice da reserva do possível não deve representar uma barreira à efetivação dos direitos fundamentais, mas ser interpretada como uma garantia em consonância com o princípio da máxima efetividade constitucional, em prol da realização dos direitos sociais positivos[35]

Sua construção teórica teve origem na Alemanha, na década de 1970, em uma decisão inovadora do tribunal alemão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333[36]). O conflito se deu entre faculdades públicas de medicina que não possuíam vagas suficientes, e um grupo de candidatos que não conseguiram nelas entrarem, sob fundamentação pautada no artigo 12 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (RFA)[37], segundo a qual "todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação"[38] O

[34] SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível".
2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30

[35] BAHIA, op. cit., p. 5

[36] BECKER, Birgit. 1949: Assinada a Lei Fundamental, a Constituição da Alemanha. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/1949-assinada-a-lei-fundamental-a-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-alemanha/a- 4272523. Acesso em: 29 out. 2018.

[37] BECKER, Birgit. **1949: Assinada a Lei Fundamental, a Constituição da Alemanha**. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/1949-assinada-a-lei-fundamental-a-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-alemanha/a- 4272523. Acesso em: 29 out. 2018
Obs: a Lei Fundamental, promulgada em 1949, acabou se tornando a Constituição permanente da Alemanha," um modelo de transição do autoritarismo à democracia".

[38] FERNANDO, Borges Mânica. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Disponível em:

tribunal reconheceu o direito universal à educação, mas reconheceu também que não seria razoável exigir que a Alemanha destinasse vultosos recursos para atender àquele pequeno grupo de pessoas, o que causaria prejuízo a diversas outras políticas públicas igualmente importantes, que seriam desfalcadas. Foi exposto que existem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito, mesmo se houver recursos estatais disponíveis. Portanto,

> a implementação de direitos pelo Estado em face do cidadão está, segundo a Corte Alemã, adstrita ao orçamento; findos os recursos não se poderia exigir uma prestação, seja qual for, por uma impossibilidade material. Outro ponto é que o indivíduo não pode exigir uma prestação no caso de possuir recursos próprios para seu sustento ou caso não tenha legitimidade para tanto. Esses são os pressupostos da Reserva do Possível (Der Vorbehalt des Möglichen): o Estado só pode fornecer ao cidadão o que for razoável, seja do ponto de vista financeiro, pela legitimidade ou necessidade.[39]

Assim, a efetividade de os direitos sociais serem prestados pelo Estado, depende da disponibilidade de recursos financeiros e, mesmo assim, tem que se levar em conta o limite do razoável para haver essa obrigação40. Mas é importante ressaltar que um Estado Democrático de Direito não pode "relativizar a dignidade da pessoa humana, aqui personificada no mínimo existencial, que se propõe a atender apenas se for possível". Deve verificar, antes de negar o direito pleiteado pelo autor, se já foi feito o possível no respectivo caso ou se está pleiteando aquém do limite; ou se tal pedido é um direito que ainda não foi corretamente ou totalmente implantado. Porém, a justiça brasileira, em vez de levar em conta essas previsões ao negar tal

http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. p. 13. Acesso em: 29 out. 2018

[39] SILVA, Liliane Coelho da. Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reserva-do-poss%C3%ADvel-or%C3%A7amento-e-direitos-fundamentais. Acesso em: 25 abr. 2018

[40] SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29



prestação jurisdicional, apenas se baseia na possibilidade orçamentária41. Consequentemente, não raro, a teoria da reserva do possível tem sido utilizada como via de escape para que o Poder Público se escuse no cumprimento de prestações, gerando insegurança jurídica e negando aos cidadãos direitos fundamentais pelos quais se obrigou a garantir através do pacto constitucional42

Tendo isso em vista, tal teoria não deve vir sempre à tona, pois senão, do que adiantariam os princípios constitucionais, as políticas públicas e os direitos sociais? Como exposto por Thiago Antônio e Alessandra Bach,

> o simples argumento de ausência de recursos financeiros não pode ser, por si só, óbice à implementação das políticas púbicas que assegurem o gozo e exercício dos direitos sociais. A reserva do financeiramente possível ou a pretensa estabilidade financeira do Estado servirá apenas como um valor a mais a ser ponderado no caso concreto.[43]

Destarte, para haver uma garantia constitucional, é necessário haver, perante os direitos sociais, uma relação entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana, para que os direitos possam ser observados e efetivamente cumpridos.

E é a partir desse ponto que se começará a abordagem sobre osprecedentes judiciais, sem o qual não seria possível analisar com proeza, o fornecimento de medicamentos pelo Estado na visão do STJ, no âmbito dos Recursos Especiais Repetitivos.

---

[41] SILVA, Liliane Coelho da. Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reserva-do-poss%C3%ADvel-or%C3%A7amento-e-direitos-fundamentais. Acesso em: 25 abr. 2018

[42] BAHIA, Saulo José Casali; Silva, Diogo Barbosa. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. Disponível em: http://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623. p. 5. Acesso em: 29 out. 2018.

[43] BACH, Alessandra; DINIZ, Thiago Antônio Nascimento. Poder Judiciário e Direitos Fundamentais Sociais: O limite da reserva do Financeiramente Possível. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 1, n. 34. p. 265. 2014

2 PRECEDENTES JUDICIAIS

Os precedentes são resoluções em que questões jurídicas similares não mais precisam ser resolvidas, visto que já foi decidida uma vez por um tribunal noutro caso.[45][44] Ou seja, são decisões judiciais construídas por um órgão jurisdicional à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos semelhantes.[45]

Tal técnica busca assegurar a efetividade de garantias constitucionais como a isonomia, a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que através desta, há a uniformização do entendimento jurisprudencial sobre um tema, o fim da deficiência da prestação jurisdicional, e o fim de tratamentos diferentes em casos plúrimos. Algo que condiz com o disposto no art. 5º, da nossa Carta Magna, onde 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"[46].

Autores como Haroldo Lourenço e Didier Jr., consideram o precedente como uma decisão judicial que se deu a partir de um fato "tomado à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos"[47]. Ou seja, trata-se de um efeito anexo da decisão judicial. Em todo

[44] LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611
[45] DIDIER JUNIOR. Fredie. Curso de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2. p. 441
[46] REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37195410/Bruno_Garcia_Redondo_Artigo_Precedentes_Direito_Jurisprudencial_Vol_2_PUBLICADO.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires= 1550971895&Signature=ivDKLh3IkQ%2FPUwFyhIwzl6eIMSo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPrecedente_judicial_no_Direito_Processua.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.
[47] DIDIER JUNIOR. op. cit., p. 441

lugar do mundo, um fato ocorre, o que muda são os efeitos jurídicos que cada país trará para tal fato.[48]

Por ser também uma resposta institucional tanto de elementos de fato (abstratos e concretos), quanto de direito, que necessita de novas interpretações, o precedente comporá a tradição institucional do judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores. A partir dele, se evita subjetivismos, garante uma igualdade de tratamento entre casos semelhantes, economiza tempo e descarrega os tribunais que possuem um elevado número de processos[49]

Contudo, a referida teoria, que teve seu surgimento nos países da *Common Law,* possui vários conceitos e técnicas, como as de confronto e as de superação do precedente, cujo conhecimento é imprescindível para compreender o papel fundamental que este possui no ordenamento jurídico brasileiro.

Mediante isso, cabe ser aqui analisado conceitos como overruling, distinguishing, overriding e technique of signaling, pois somente assim, poder-se-á ter clareza suficiente sobre a atuação dos precedentes nas decisões judiciais.

Com essa pequena introdução explicativa, iremos agora afundar nos aspectos históricos e teóricos que envolvem o precedente e analisar sua atuação no NCPC/15.

2.1 Contexto histórico – formação da corte de precedentes

[48] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU nº 33. ano 11. jul./set. 2012. p. 258. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 256/7. Acesso em: 10 fev. 2019

[49] LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 281-282

Neste capítulo iremos abordar sobre os precedentes. Sua origem, sua consolidação, e a sua importância no sistema jurídico brasileiro, com ênfase na sua relação com os recursos repetitivos da Suprema Corte.

É sabido que o direito brasileiro advém do sistema da Civil Law, já que encontra na lei a sua principal fonte, em uma aplicação mecânica do direito positivista. Contudo, "com o desenvolvimento da sociedade brasileira o poder judicante passou a enfrentar inúmeras dificuldades no desenvolvimento de suas atividades, destacando-se o elevado número de demandas que em conjunto com o baixo efetivo de servidores e magistrados tornou o acesso ao judiciário caótico e moroso". Diante desta realidade caótica, onde o juiz podia até decidir conforme a sua vontade, o ordenamento jurídico se viu rodeado por análises diferentes em questões de idêntico teor, promovendo assim, sentimento de insegurança jurídica a todo o jurisdicionado. Com isso, viu-se ser necessário haver uma pacificação jurisprudencial, baseada em precedentes dotados de eficácia vinculante estabelecidos no âmbito de todos os tribunais superiores que seguem o modelo inglês da commow law. Foi a formação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, a busca pela unificação das decisões provenientes do jurisdicionado e pela segurança jurídica. Nesse momento, buscando inspirações no direito comparado, passou-se a internalizar noções oriundas do modelo jurídico da Commow Law, adaptando o sistema Civil Law brasileiro a um sistema misto50.

Diante dessa mistura de sistema no ordenamento brasileiro, cabe explanar um pouco sobre a origem histórica do sistema jurídico da Commow Law, haja vista

[50] OLIVEIRA NETO, José da Costa. Evolução histórica da utilização dos precedentes judiciais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-da-utilizacao-dos-precedentes-judiciais,590707.html. Acesso em: 4 mar. 2019

ter aí surgido a doutrina do stare decisis às manifestações dos Tribunais Superiores brasileiros.

Deu-se na Inglaterra o surgimento do sistema jurídico da Commow Law, que teve como característica quatro importantes períodos no desenvolvimento histórico do direito inglês: 1) Período anglo-saxão, que perdurou até a conquista da normanda da Inglaterra em 1066; 2) Ano de 1066 – ascensão de Guilherme I ao trono inglês -, até 1485 - início da Dinastia Tudor -, onde se deu o surgimento e o desenvolvimento do common law; 3) Ano de 1485 até 1832, quando se iniciou o sistema da equity, de cunho complementar à common law; 4) Ano de 1832 até os dias atuais, época do desenvolvimento sem precedentes da lei, pela intervenção da Administração Pública na sociedade[51].

No período anglo-saxão não havia ainda o Commow Law, o "direito comum a toda a Inglaterra". O direito comum se dava de acordo com o costume local, através dos Tribunais Reais de Justiça, que apesar de não possuírem uma competência universal, eram o que ditava a justiça na época.[52] Se alguém quisesse que uma causa fosse julgada, teria que ir ao Chanceler – alto oficial da Coroa - e, após o pagamento de uma taxa, requisitar a concessão de um writ (ordem judicial emanado de autoridade competente). Frisa-se que alguns desses writs se tornaram a consolidação das práticas judiciárias realizadas nos casos julgados[53]

A partir desse sistema, em substituição aos tribunais que aplicavam a lei de acordo com os costumes locais, surgiu os Tribunais de Westminster. Um processo de

[51] ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739- 3318-1-sm.pdf. p. 296. Acesso em: 14 fev. 2019

[52] Ibidem, p. 359

[53] DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes. p. 362

centralização da justiça, onde os juízes desenvolveram novos procedimentos, remédios e uma forma de aplicar ao povo inglês um direito mais consolidado. Com isso, surgiu o sistema legal conhecido como Commow Law, entendido como um "direito comum a todos", em oposição aos costumes locais e em consonância com um direito inglês unificado e arraigado por precedentes54.

A partir dessa breve introdução sobre o processo histórico da Commow Law, há contradições sobre a origem dos precedentes. O autor Luiz Guilherme Marinoni acredita que a origem dos precedentes teve seu marco inicial registrado com o surgimento do protestantismo de Martinho Lutero, no século XVI. Houve que, após o surgimento da Escola de Direito Natural, abandonou-se o direito divino e a discricionariedade de juízes que decidiam de acordo com seu próprio arbítrio, para dar início a uma racionalização da vida orientada de forma metódica e racional. Marinoni afirma ainda, em seus estudos sobre Lutero e sua ligação com o surgimento do capitalismo, que Max Weber, no livro "A ética protestante e o espírito do capitalismo", observou que o abandono da justiça do oráculo – em que a vontade humana não tinha relevância – e a prevalência de um direito formalmente racional trouxe consigo a necessidade de justificação da decisão, o que culminou na previsibilidade de leis abstratas (estáveis) e genéricas (imparciais), já que a norma não poderia pender para alguém em específico ou ser feita em uma determinada situação55

Contudo, a sistematização da doutrina dos precedentes e, por consequência, do instituto do stare decisis, que veremos mais a frente, somente ocorreu no século

[54] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41

[55] MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19/20-26/50

XIX, no âmbito da House of Lords. O primeiro precedente juridicamente reconhecido por possuir eficácia vinculante, ocorreu no caso Beamish vs. Beamish, de 1861, onde o tribunal analisou um caso relacionado à validade de um casamento56.

De acordo com o autor, a história dos precedentes se passa em 1831, quando o reverendo Samuel Swayne Beamish, querendo se casar com Isabella Frazer (ambos membros da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda) e disso sendo impedido pelo pai de Isabella, decidiu, por conta própria, celebrar o seu casamento de forma clandestina. Após a realização do matrimônio, o casal teve dois filhos: o primeiro chamou-se Henry Beamish, e o segundo, Benjamim Beamish. Após o falecimento de Samuel Beamish, em 1844, iniciou-se uma disputa pelos seus bens entre seus filhos, sendo que a validade ou não do casamento com Isabella interferiria diretamente na sucessão patrimonial. O início da confusão deu-se quando o tribunal irlandês considerou válido o casamento e a House of Lordes não o entendeu assim. Este, invocou o seu precedente formado no caso The Queen v. Millis, de 1844, no qual foi determinado que o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo. Porém, se o próprio noivo fosse um clérigo, o casamento não seria válido, de modo que, "quanto à forma da celebração, não há diferença entre o casamento de um noivo clérigo e de um noivo leigo –, e reformou a decisão do tribunal irlandês"57. Nesse caso,

> A House of Lordes aplicou, no caso Beamish, a *ratio decidendi* de seu precedente anterior, qual seja, "o casamento só é válido

[56] ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739- 3318-1-sm.pdf. p. 309. Acesso em: 14 fev. 2019

[57] NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, p. 132

> se celebrado por um clérigo" e estabeleceu que as suas decisões são vinculantes para ela própria e para os demais tribunais inferiores. Quase quarenta anos depois, no julgamento do emblemático caso London Tramways Co. v. London Counti Council (1898), a House of Lords reafirmou a necessidade de vincular-se aos seus próprios precedentes e patenteou sua eficácia externa em relação as demais cortes inferiores, porém fê-lo de forma mais radical, na medida em que estabeleceu a absoluta indiscutibilidade de sua decisão pretérita, a qual não poderia, em hipótese alguma, ser revista por ela própria, ainda que o tribunal ulteriormente considere-a equivocada ou mal decidida[58].

Por fim, seja qual for a sua origem, os precedentes judiciais surgiram a partir da necessidade de haver uma pacificação jurisprudencial, baseada em precedentes dotados de eficácia vinculante estabelecidos no âmbito de todos os tribunais superiores que seguem o modelo da commow law. O início da busca de um método em que fosse possível que uma única decisão proferida vinculasse os demais casos a ela semelhantes[59].

De acordo com o autor Luiz Guilherme Marinoni,

> busca-se demonstrar a fundamentalidade dos precedentes para a unidade e o desenvolvimento do direito, a clareza e a generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica, o respeito ao direito e o incremento da responsabilidade pessoal[60].

[58] ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739- 3318-1-sm.pdf. p. 310. Acesso em: 14 fev. 2019

[59] OLIVEIRA NETO, José da Costa. Evolução histórica da utilização dos precedentes judiciais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-da-utilizacao-dos-precedentes-judiciais,590707.html. Acesso em: 4 mar. 2019

[60] MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.15

Tal questão se faz notar no instituto do stare decisis et non quieta movere, que, na literalidade, significa "mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto". Na prática, tal verdade dispõe que os princípios jurídicos oriundos dos precedentes judiciais exarados pelos tribunais (ratio decidendi) vinculam o próprio tribunal e os demais órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, os juízes e os tribunais devem seguir os precedentes, aplicando-os a casos iguais ou substancialmente semelhantes[61].

Sobre isso, autores como Hugo Chacra Carvalho e Marinho explicam que grande parte dos juízes e desembargadores relutam em acompanhar os entendimentos dos Tribunais Superiores sob a justificativa de "interferência na independência funcional, já que esta surgiu para livrar o juiz de pressões corporativas e institucionais". Mas a vinculação ao precedente atinge a independência funcional de forma legal e constitucional, sob o argumento de que o paradigma é considerado fonte do direito, devendo, portanto, ser observado pelos juízes para promover segurança jurídica e igualdade, "melhor garantidas com a instauração de um sistema de vinculação aos precedentes, prevalecem sobre a independência funcional os juízes"[62].

Além disso, "não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de afirmar o significado de um direito fundamental e, não obstante isso, deixar-lhe desobrigado perante a palavra final da Corte Suprema". Como a todo e qualquer sistema judicial, cabe à Suprema Corte entender e definir os direitos, em particular os fundamentais, sendo até incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal

[61] CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885. p.6

[62] MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 91-95

ordinário dar a uma norma constitucional, um sentido diverso daquele atribuído anteriormente por aquela Corte63. Por isso, o stare decisis foi concebido como uma importante ferramenta de limitação da discricionariedade judicial, já que garante "a integridade, a unidade, a coerência, a cognoscibilidade e a previsibilidade do sistema jurídico", além de promover o princípio da igualdade, conferindo tratamento igual a casos iguais (treating like cases alike)64.

Essa modalidade de interpretação deu origem ao slogan do "sentido exato da lei" e serviu de fundamento à Corte Suprema cuja função é a correção da legalidade das decisões – que hoje ainda sobrevive nas ordens jurídicas de Civil Law.66

A evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito (ou definir a interpretação adequada do texto legal), evidenciando a necessidade de a decisão da Corte ser legitimada por uma argumentação racional. A opção interpretativa deve ser justificada mediante argumentos racionalmente aceitáveis. A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito então é interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha autonomia em relação àlei.[65]

2.2 A consolidação dos precedentes no CPC/2015

Neste tópico, entraremos com afinco nos precedentes judiciais e sua relação, seu efeito perante o Novo Código de Processo Civil que, segundo Arruda Alvim,

[63] MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.55

[64] ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739- 3318-1-sm.pdf. p. 307. Acesso em: 14 fev. 2019

[65] Ibidem, p. 65

buscou "conferir previsibilidade aos jurisdicionados, e remediar uma certa anarquia interpretativa que é resultado da falta de observância, pelo judiciário, de suas próprias decisões"[66]

O Novo Código de Processo Civil busca resolver o problema que se tinha quando cada juiz aplicava o direito da forma que lhe era mais adequada ao caso, já que esta forma de autonomia acaba por gerar vários processos com mesma discussão jurídica, o que causava a exagerada leva de processos aos tribunais, o demorado acesso à justiça e a insegurança jurídica pelos diferentes entendimentos em casos similares.

> O foco central da questão dos "precedentes" no Novo Código de Processo Civil reside entre os artigos 926 e 928, dispositivos normativos que prescrevem aos Tribunais pátrios a incumbência de uniformizar sua jurisprudência – mantendo-a estável, íntegra e coerente –, de editarem súmulas em consonância com os seus entendimentos dominantes[67]

Como já foi dito anteriormente, os precedentes judiciais surgiram da Commow Law. E o seu uso no plano jurídico brasileiro, que integra o sistema do Civil Law (romano- germânico), faz do nosso ordenamento jurídico um sistema intermediário ou misto, por se encontrar entre o Commow Law e o Civil Law. Contudo, fazer uso do precedente no Direito Brasileiro necessita de extrema cautela por parte do juiz, uma vez que ele estará dando uma decisão voltada para o caso concreto, mas, por meio da ratio decidendi, formando uma tese para toda a ordem jurídica e para toda a sociedade68

[66] ALVIM, Arruda. Novo Contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 522

[67] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 285 - 287

[68] REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37195410/Bruno_Garcia_Redondo_Artigo_Prece

Com isso, torna-se claro que

> Mais do que mera obrigação de os juízes e tribunais observarem o dispositivo dos julgados ali referidos, devem respeitar a própria *ratio decidendi* que pode ser extraída de cada um desses acórdãos, coadunando com o sistema pretendido pelo Novo Código de Processo Civil, deixando claro que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra a respeito do significado do direito no nosso país[69]

Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, creem que há três razões para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes: a segurança jurídica, a eficiência e a isonomia. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito e a segurança jurídica. A ciência dos precedentes faz de um critério algo objetivo e pré-determinado, antecipando a solução que os tribunais darão a determinados conflitos e reduzindo a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário, dando assim, uma isonomia aos casos[70]

Assim, o que no Código de 1973 era encarado pelos tribunais e juízes de primeiro grau apenas como um mero indicativo persuasivo por obrigar apenas as partes do processo, sem possuir poder de aplicação para casos futuros, no Código de 2015, renasceu como um eficiente instrumento dotados de eficácia capaz de dar à tutela jurisdicional um tratamento isonômico, estável, seguro, íntegro e previsível.

---

dentes_Direito_Jurisprudencial_Vol_2_PUBLICADO.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires= 1550971895&Signature=ivDKLh3IkQ%2FPUwFyhIwzl6eIMSo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPrecedente_judicial_no_Direito_Processua.pdf.p. 2 e 9. Acesso em 2 de mar. 2019.

[69] MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio e MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 867

[70] MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. p. 17. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo- trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 9 mar. 2019

Porém, mesmo com essa necessária evolução, ainda carece de vinculação perante as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau que, muitas vezes, deixam de aplicar o precedente vinculante[71].

No Brasil, de acordo com Haroldo Lourenço (2012, p. 256/7), pode-se extrair alguns efeitos do precedente:

> Efeito persuasivo: tradicional da raíz romano-germânico, é um efeito mínimo do precedente, o de convencer o julgador. Nesse sentido, por exemplo, quanto mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, maior será sua força persuasiva. É um indício de uma solução razoável e socialmente adequada, podendo ser observado no art. 285- A, do incidente previsto no art. 476 a 479, dos embargos de divergência (art. 546), bem como do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, III, "c" da CR/88)[72].
>
> "Por possuir efeitos restritos às partes, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados"[73]
>
> Efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões: existem precedentes que, se observados, impedem sua discussão através de recurso - como as súmulas do STJ ou do STF (art. 518 §1º do CPC) -, embaraçam o reexame necessário (art. 475 §3º do CPC), e obstam a revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC;

[71] MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I "A". Revista de Processo. v. 258. ano 41. p. 427. São Paulo: Ed. RT, ago. 2016 e MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. p. 14-16. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 9 mar. 2019

[72] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU nº 33. ano 11. jul./set. 2012. p. 256/7. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. Acesso em: 10 fev. 2019

[73] MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. p. 17-18. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo- trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 9 mar. 2019

> Efeito vinculante/normativo: alguns precedentes vinculam e, obrigatoriamente, devem ser observados (sob pena de ensejo de reclamação), pois ostentam uma eficácia normativa. No sistema da *Commow Law* essa é a regra. As súmulas vinculantes, produzidas pelo STF (art. 103- A da CR/88), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Observe- se que no Brasil, ainda há resistência em aceitar tal efeito vinculante deste precedente devido a carga de independência, por livre convencimento, que os magistrados possuem[74].

Note-se também que o precedente possui uma diferença em relação ao seu conteúdo, visto este poder ser declarativo ou criativo. No primeiro caso, somente é aplicado uma norma jurídica previamente existente em súmula vinculante ou quando é dado provimento a um recurso com base no art. 557 §1º-A do CPC. Na segunda hipótese, o precedente cria e aplica uma norma jurídica ao suprimir uma lacuna na lei, com a intenção de assim, poder solucionar o caso concreto, como ocorre na Súmula 299 do STJ ou, ainda, na decisão do STF que admitiu o reconhecimento de uniões homoafetivas no Brasil[75].

2.3 O Precedente diante de mudanças na lei e na sociedade

[74] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 257. Acesso em: 10 fev. 2019

[75] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 257. Acesso em: 10 fev. 2019

O Estado de Direito tem como um dos seus alicerces a proteção à segurança jurídica, que se traduz com a observância à estabilidade das fontes normativas e à previsibilidade das relações jurídicas76

Cabe assim dispor, que os precedentes não se situam acima da lei, mas são apenas interpretações dessa lei. Um exemplo disso é que os precedentes precisam passar por um processo de adequação, caso haja uma mudança na forma de pensar ou nos valores de uma sociedade. Para haver uma segurança jurídica, o Direito é estável. Porém, isso não significa dizer que o mesmo é imutável; pelo contrário, o direito pode ser mudado de acordo com as transformações de valores pelas quais passam as sociedades.

Portanto, em diferentes realidades que possam vir a surgir, o procedente terá que se adequar a uma nova realidade fática-normativa, podendo vir a ceder diante de uma incompatibilidade, cabendo ao próprio Tribunal que o elaborou fazer o referido teste. Isso demonstra que o stare decisis (isto é, a vinculação dos órgãos julgadores aos precedentes judiciais oriundos das Cortes Superiores) não cria um direito rígido, podendo, inclusive, fazer o "overruling da ratio decidendi do precedente, reinterpretando o texto constitucional". Ou seja, evoluindo em conjunto com a sociedade e estando respaldada pela soberania popular77

Sobre isso, concorda Fernando Âmancio Ferreira (2009, p. 301) ao explicar que a unificação da jurisprudência não significa imutabilidade da interpretação judicial, o que envolveria a paralização do direito. É uma "tendência à uniformidade

[76] LEITE, Rodrigo de Queiroz. A superação e a distinção dos precedentes judiciais no Direito Processual Brasileiro. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-superacao-e-a-distincao-dos- precedentes-judiciais-no-direito-processual-brasileiro,57880.html. Acesso em: 28 mar. 2019

[77] NOGEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 187-199

da interpretação judicial no espaço (de modo que em certo momento a mesma norma jurídica seja interpretada do mesmo modo em todo o território do Estado), mas não no tempo (de maneira que não se exclua a evolução jurisprudencial do direito", [...] desde que o seja de maneira uniforme para todo o Estado, por uma nova interpretação, socialmente mais adequada ao espírito da época do que a precedentemente acolhida e que se revela superada78

Como diz Luís Roberto Barroso, "as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos"79. Isto posto, como conciliar a modificação natural do Direito com o postulado da segurança jurídica? Tem-se aqui, o início das técnicas de confronto e de superação dos precedentes.

2.4 Técnicas dos precedentes

2.4.1 Técnicas de confronto do precedente: Distinguishing, Restrictive e Ampliative Distinguisihing

Como vimos anteriormente, um precedente tem como base um caso concreto e, a fim de ser utilizado na resolução de um outro caso, é necessário a demonstração da semelhança existente entre os dois casos. Somente depois que será debatida a norma jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*). Não há como, antes de se valer do precedente, não haver a utilização da técnica de comparação e distinção – o

[78] NOGEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 301

[79] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 159

chamado *distinguishing* -, pois os fatos fundamentais discutidos em um ou outrocaso que servirão de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante doprecedente[80].

Para uma melhor aplicação da *ratio decidendi* ao novo caso concreto, é necessário que se faça um cotejo entre os fatos que deram origem ao precedente e os fatos do caso em julgamento, utilizada para aferir se o precedente será ou não aplicado a determinado caso. Essa técnica de aplicação do precedente é chamada de *distinguishig*[813], que deve ser aplicada em relação aos fatos materialmente relevantes para o julgamento da causa, e só se fazendo necessária quando o caso em julgamento está inserido no âmbito de incidência da tese jurídica firmada no precedente. Mas se o caso traz um fato novo, diferente do âmbito normativo da regra imposta pelo precedente, não há que se falar em distinção, já que não há vinculação[82]

Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira registram que, em algumas situações, os fatos dos casos em cotejo não são absolutamente idênticos. Mas isso não afasta, de imediato, a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento.

Assim, há dois caminhos a serem seguidos: I) havendo distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode o juiz dar uma interpretação restritiva do precedente analisado, julgando sem amarras o caso concreto. É o chamado *restrictive distinguishing*. II) entendendo haver peculiaridades em relação

[80] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. Acesso em: 10 fev. 2019

[81] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Revista dos tribunais. 4. ed. 2015. p.326

[82] SILVA, Celso de Albuquerque. Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.247

aos casos anteriores, pode o juiz fazer uso do *sub judice*, ou seja, dar a mesma solução conferida aos casos anteriores. É o chamado *ampliative distinghishing*[835].

Em acordo com o exposto acima, autores como Luís Guilherme Marinoni e Haroldo Lourenço acreditam que a ideia de que "o juiz está submetido apenas à lei" é algo perigoso de se afirmar atualmente, pois é algo que remete a épocasautoritárias, em que predominava a irracionalidade, a imprevisibilidade e a manipulação das decisões, como no período da ditadura getulista[84] Que atualmente, o juiz possui outras opções além de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional, pois pode interpretar a lei para ver se os fatos concretos se interligam a hipótese normativa, verificando assim, a adequação da situação posta ao precedente[85].

2.4.2 Técnicas de superação do precedente

Mediante o exposto acima, torna relevante acrescentar aqui, as técnicas de superação do precedente, a saber, overruling, overridind, decisum per incuriam e technique of signaling.

O overruling ocorre quando há uma superação total do precedente (overruled). Este, ao contrário da coisa julgada, pode ser revisto a qualquer tempo, sempre que houver novas premissas, sempre que um entendimento for entendido como ultrapassado pela existência de mudanças jurídicas, sociais, econômicas ou culturais no seio da sociedade. Se assemelha a completa supressão de uma lei por

[83] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. Acesso em: 10 fev. 2019

[84] MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 92

[85] LOURENÇO, op. cit., p. 259

outra, quando uma nova tese argumentativa é aplicada no caso. Porém, para ocorrer este instituto sem a ocorrência de insegurança jurídica, é necessária uma ampla e complexa fundamentação da Corte Superior, mediante um rigoroso processo hermenêutico, com argumentos até então não sustentados, para demonstrar a necessidade de se superar o precedente. Há ainda no Brasil o express overruling (overruling expresso), que é quando o tribunal adota uma nova orientação, abandonando a anterior. Isso ocorre nos casos de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, previsto no art. 103-A §2º da CR/08, regulamentado pela Lei 11.417/0686

O overriding ocorre sempre que o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma norma, regra ou princípio legal. Há, a rigor, não uma superação total do precedente, mas sim uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei.87 A título de exemplo, tem-se a interpretação que o STF deu ao Enunciado 343, pois restringiu o seu alcance por entender que não seria aplicável quando a alegada violação fosse a dispositivo da Constituição88

[86] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 260. Acesso em: 10 fev. 2019

[87] REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37195410/Bruno_Garcia_Redondo_Artigo_Precedentes_Di reito_Jurisprudencial_Vol_2_PUBLICADO.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires= 1550971895&Signature=ivDKLh3lkQ%2FPUwFyhIwzl6eIMSo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPrecedente_judicial_no_Direito_Processua.pdf. p. 15. Acesso em: 10 fev. 2019

[88] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá,2012

A technique of signaling é um meio termo entre distinguishing e overruling, já que o tribunal não revoga o precedente e nem realiza uma adequada distinção. Ao identificar que o conteúdo do precedente se encontra equivocado, a Corte, por segurança jurídica, deixa de revogá-lo naquele momento, mas evidencia que sua supressão está próxima89.

A técnica decisum per incuriam ocorre quando o magistrado, sem aplicar o overruling ou o overriding, deixa de aplicar um precedente obrigatório, tendo que, por consequência, comprovar que ainda que tivesse utilizado o procedente, o resultado final não sofreria graves mudanças90

Ademais, o obter dictum se traduz como um "conjunto de argumentos expostos apenas no correr da pena",91 em fundamentações jurídicas apresentadas ao processo, porém, não relacionadas com o caso. São apenas impressões que não gozam de influência, relevância e nem são decisivas para a solução do caso concreto, pois são pronunciamentos que se afastam da tese relevante da decisão em pauta92

Aqui, o livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos. Porém, não é permitido distorções do princípio da legalidade

---

[89] REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37195410/Bruno_Garcia_Redondo_Artigo_Precedentes_Direito_Jurisprudencial_Vol_2_PUBLICADO.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550971895&Signature=ivDKLh3lkQ%2FPUwFyhIwzl6eIMSo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPrecedente_judicial_no_Direito_Processua.pdf. p. 15. Acesso em: 10 fev. 2019.

[90] Ibidem, p. 16

[91] Ibidem, p. 8

[92] SILVA, Celso de Albuquerque. Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: 2005. Ed: Lumen Juris. p. 185

e à própria ideia de Estado Democrático de Direito, já que a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário93

Em conformidade a essa ideia há, no título relativo ao "processo nos tribunais", no artigo 847 do CPC, a busca pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, transformando enunciados correspondentes a súmula da jurisprudência dominante, e olhando para que os órgãos fracionários sigam a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados. Somente assim haverá entre os tribunais uma jurisprudência pacificada, que guiará os juízes à teoria dos precedentes tanto dos tribunais superiores, quanto do STF[94].

2.5 Casos Repetitivos

Com a globalização e a intensa concentração demográfica que vivemos atualmente, as relações jurídicas podem vir a tornar-se padronizadas, com direito de pedir semelhantes e direitos ameaçados ou lesionados por condutas seriadas. Neste fenômeno, acaba ocorrendo nas demandas judiciais, a homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos. É a decorrência do chamado casos repetitivos (ou, de acordo com Fredie Didier Jr. o chamado microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos), surgido pela insuficiência e inadequação do

[93] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 266. Acesso em: 10 fev. 2019

[94] LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU n. 33. ano 11. jul./set. 2012. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. p. 266. Acesso em: 10 fev. 2019

processo civil brasileiro em tutelar os conflitos contemporâneos marcados pela repetitividade, já que este foi pensado para os processos únicos e individualizados95

A feição repetitiva dos conflitos judicializados faz necessária a adequação da técnica processual e a reinvenção do processo judicial, já que os processos que abrangem grandes massas, acarreta em um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema, lotando o judiciário e gerando insegurança jurídica em vista as diferentes decisões tomadas em casos semelhantes96

Com a intenção de ampliar o debate na formação das decisões, o Novo CPC determina a afetação obrigatória de dois ou mais recursos representativos de controvérsia sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, seja ela federal ou constitucional. A intenção dos arts. 1036 a 1041 do NCPC, é o de fazer com que essas demandas repetitivas não sejam mais julgadas separadamente e repetitivamente, mas sim, que haja o "pincelamento" destas, a partir de uma seleção - a chamada "decisão de afetação", do art. 1037, CPC.97

"O julgamento de casos repetitivos abrange: (i) o incidente de resolução de demandas repetitivas e (ii) os recursos especiais e extraordinários repetitivos, nos termos do art. 928 do NCPC. Na hipótese do incidente de demandas repetitivas, o relator selecionará dois ou mais casos representativos da controvérsia para a apreciação do órgão colegiado do tribunal. Já no que diz respeito aos recursos

[95] TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2018. p. 31/32. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fd20fc9c80ffa30146448654427157e6.pdf. p. 31-32. Acesso em: 8 mar. 2019

[96] CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista do Programa de Pós- graduação em Direito da UFBA. v. 179, p. 151-186, jan. 2010

[97] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 435/436

especial e extraordinário, o presidente do tribunal a quo selecionará dois ou mais recursos-paradigma e os encaminhará ao respectivo tribunal superior. A decisão proferida pelos tribunais nas demandas repetitivas vincula os demais órgãos judiciais, que deverão reexaminar as causas decididas de maneira diversa, de modo a conformá-las ao precedente da corte."98 Assim, a função deste sistema é o de gerenciar e promover o julgamento dos casos repetitivos, assim como formar precedentes obrigatórios99.

De acordo com isso, Fredie Didier Jr. anota que

> Tanto o IRDR como os recursos repetitivos destinam-se a formar precedentes obrigatórios. Por isso, devem contar com ampla participação de interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Todos devem participar, com a finalidade de ampliar a qualidade do debate, permitindo que a questão de direito seja mais bem compreendida, com a representação de diversos pontos de vista e variegados argumentos a serem objeto de reflexão pelos julgadores[100].

---

[98] MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. p. 45. Disponível em: https://www.google.com/search?q=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fica+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civi&oq=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fica+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo++C%C3%B3digo+de+Proce sso+Civi&aqs=chrome..69i57j69i60l2j69i64&sourceid=chrome&ie=UTF-8. p. 45. Acesso em: 10 mar. 2019

[99] MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I "A". Revista de Processo, ano 41. São Paulo, v. 258, p. 431, ago. 2016

[100] Ibidem, p. 431.

*[1] A lei 13.256/16, surgiu quando o CPC/2015 ainda passava pela *vacatio legis*. O texto original antes da reforma, expunha que após o recebimento da petição do recurso pela secretaria do tribunal, promover-se-ia a intimação do recorrido para apresentação das contrarrazões e após, os autos seriam remetidos para o Tribunal Superior, momento em que não haveria o juízo de admissibilidade. Com tal supressão, seria inúmeros os processos que ao tribunal chegariam, inviabilizando a própria operacionalidade das cortes.

Além de ser de entendimento comum que o procedimento de formação de precedentes devem conter ampla representatividade, para se garantir a observância das decisões judiciais proferidas em casos repetitivos, o artigo 988 do CPC/2015, em seu inciso IV, com a Lei 13.256/16*[1], trouxe consigo uma novidade: previu a necessidade de ser garantido o respeito, a observância a precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, através de propositura de reclamação da parte interessada ou do Ministério Público[101], podendo ser proposta perante qualquer tribunal*[2], sendo que seu julgamento caberá ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir[102].

Diante deste cenário caótico, que se projetou com a supressão do juízo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários e Especiais, foi interposta a alteração legislativa que culminou na Lei 13.256/16. (MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I "A". Revista de Processo, ano 41. São Paulo, v. 258, p. 431, ago. 2016).

[101] MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.google.com/search?q=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fica+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civi&oq=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fica+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo++C%C3%B3digo+de+Proce sso+Civi&aqs=chrome..69i57j69i60l2j69i64&sourceid=chrome&ie=UTF-8. p. 44. Acesso em: 10 mar. 2019

[102] DUARTE, Lucas de Araújo. Precedentes judiciais e o artigo 927 do novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17875. Acesso em: 15 mar. 2019.

*[2] O Enunciado 349 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que: "Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão".

[105] BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28886937/artigo-1036-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015. Acesso em: 2 abr. 2019

A título de uma melhor compreensão, cabe aqui expor o art. 927, do CPC, um dos dispositivos que mais traz discussão entre doutrinadores, por dispor em seus incisos, que:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> - os enunciados de súmula vinculante;
>
> - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.[105]

Os incisos IV e V talvez sejam os mais polêmicos por suas questões trazidas. Ao que diz respeito ao dever de obediência, pelos juízes e tribunais, aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Tal inovação fez surgir alguns questionamentos na doutrina processualista, especialmente se haveria agora alguma diferença entre uma súmula "comum" do STF ou do STJ e uma súmula vinculante. A despeito dessa indagação, Humberto Theodoro Júnior entende que o sistema processual só admitirá a reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (artigo 988, III, NCPC)[103].

Já Fredie Didier Jr. entende que o processo objetivo do controle difuso de constitucionalidade faz com que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, ainda

[103] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 290

que não submetidos ao procedimento de consolidação de súmula, teriam força vinculante em relação ao próprio Pleno e a todos os órgãos jurisdicionais do país[104].

Ademais, a ideia que traz o inciso V, é o de que existe um sistema unicelular, onde o qual julgados passados e entendimentos doutrinários devem ser observados para que, em uma nova decisão, haja uma concordância entre entendimentos do passado e do presente. Mas isso remete a dois tipos de vinculação: a interna e a externa.

Em se tratando da vinculação interna, os precedentes do plenário ou do órgão especial de uma corte não vincula mais ninguém além dos próprios membros daquele mesmo tribunal. O oposto da vinculação externa, na qual o precedente do plenário ou órgão especial do tribunal vinculará a todos os demais órgãos de instância inferior (juízos e tribunais) a que estiverem subordinados. Diante disso, há precedentesdo:

> plenário do STF, sobre matéria constitucional, que vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros;
>
> plenário e órgão especial do STJ, que em matéria de direito federal infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como TRFs, TJs e juízes federais e estaduais a ele vinculados.
>
> plenário e órgão especial do TRF que vinculam o próprio TRF, bem como juízes federais a ele vinculados;
>
> plenário e órgão especial do TJ que vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais a ele vinculados[105].

Assim, é correto afirmar que

[104] DIDIER JUNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 532

[105] DIDIER JUNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 531/532

> o Novo Código de Processo Civil veio para instituir a observância compulsória, pelos juízes e tribunais, de alguns julgados específicos tomados no curso de processos de litigiosidade repetitiva, bem como de súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, criando um caráter vinculante inédito no sistema processual brasileiro[106].

A partir disso, entende-se que o que se busca com o NCPC e com os precedentes produzidos pelos juízes e tribunais, tendo que corresponder aos casos repetitivos julgados pelos Tribunais Superiores, é o de unificar todo sistema judiciário. Uma procura pela diminuição na quantidade de processos, pela racionalização da justiça e pela segurança jurídica formada através da uniformização, estabilidade e coerência de todo o judiciário.

2.6 Diferença entre precedente, súmula e jurisprudência

Para compreender melhor o sistema de precedentes, necessário estabelecer uma diferenciação entre esses e a jurisprudência, aqui exemplificando o artigo 926 do CPC "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"107.

O precedente é objetivo, pois se reporta a uma decisão construída a partir de um caso concreto que vai servir de suporte para decisões futuras que apresentarem características fáticas semelhantes. Ou seja, o juiz deve fará uma análise comparativa

[106] DUARTE, Lucas de Araújo. Precedentes judiciais e o artigo 927 do novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17875. Acesso em 15 mar. 2019

[107] VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza; SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O Sistema de Precedentes e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-sistema-de- precedentes-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro. Acesso em: 16 mar. 2019

dos fatos do caso antecedente e do caso sucessivo, a fim de verificar a identidade ou a diferenciação entre eles108.

Conceitua-se jurisprudência como várias decisões judiciais de aspecto subjetivo, que envolve diferentes casos prolatadas pelos tribunais perante a atividade jurisdicional do Estado. Ela é constituída tanto por precedentes vinculantes como por simples decisões reiteradas[109].

> Nesse sentido, precedente trata-se de uma decisão judicial, que foi prolatada em um caso, servindo de diretriz para casos análogos futuros. A jurisprudência, de outro modo, trata-se de uma gama reiterada de decisões judiciais, com um entendimento linear e constante sobre determinado tipo de matéria, dando azo a demonstrar o pensamento do Tribunal sobre a interpretação da norma jurídica[110].

Em termos simples, a diferença entre jurisprudência e precedente é meramente quantitativa. Para um entendimento tornar-se jurisprudência, ele deverá ser repetido por diversas vezes. Já o precedente pode surgir em apenas uma decisão, estreitamente ligado ao caso que lhe deu origem[111].

---

[108] PEDREIRA, Maria Cardoso da Silva. Precedente judicial: conceitos básicos e técnicas de superação http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.precedente-judicial-conceitos-basicos-e-tecnicas-de-superacao.55339.html. Acesso em: 8 mar. 2019

[109] VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza; SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O Sistema de Precedentes e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-sistema-de- precedentes-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro. Acesso em: 16 mar. 2019

[110] Ibidem

[111] FOCAÇA, Mateus Vargas, FOCAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 67. p. 514. Nova Fase – 1962, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&oq=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&aqs=chrome..69i57.458j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 19 mar. 2019

A partir dessas reiteradas aplicações, que culmina em um comum entendimento, a jurisprudência predominante pode ser transformada em um enunciado de súmula, que é o resultado de um precedente que se constituiu em uma jurisprudência majoritária. Se presta para editar, sintetizar, a jurisprudência que predomina no Tribunal, vinculando em abstrato casos futuros. Adquire o nome de súmulas por advir de um órgão fracionário de determinada Corte. O Tribunal, ao verificar já ter constituído um entendimento majoritário, firme e constante acerca de uma certa matéria jurídica, formaliza essa construção mediante um verbete de súmula (art. 926, § 1º), materializando objetivamente a jurisprudência dominante naquele sentido[112]

Sua função é o de sintetizar uma *ratio decidendi* retirada dos precedentes escolhidos para sua edição. A título de curiosidade, autores como Gustavo Santana Nogueira, acreditam que o intenso número que há de súmulas, acaba por empobrecer *os leading cases*, uma vez que um assunto que poderia ser alvo de grandes e importantes debates, acaba sendo sintetizado de forma simples, em poucas linhas, em verbetes dos tribunais. Em consequência, o direito tornar-se-á mais "pobre", enfraquecido, cujo único objetivo de sumular entendimentos seria o de otimizar tempo de julgamento através de resumos de precedentes, sem levar em conta o real alcance dos *leading cases*, assim como seus reflexos perante o direito brasileiro e quiçá, perante convenções internacionais[113]

Tal separação entre os institutos é importante para a aplicação das técnicas de distinção e revogação do precedente, pois sem elas, correria o alto risco de haver o

[112] VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza; SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O Sistema de Precedentes e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-sistema-de- precedentes-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro. Acesso em: 16 mar. 2019

[113] NOGEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 238/9

engessamento do Direito, sem poder aplicar e adaptar as questões ao caso concreto, e nem às transformações sociais constantes no nosso país. "Assim, somente se poderá chamar de precedente judicial, a decisão capaz de servir como paradigma para a orientação dos demais julgadores e dos cidadãos em geral, face a sua autoridade e consistência"[114]

2.7 A vinculação dos precedentes a Constituição Federal de 1988

O sistema de vinculação aos precedentes, conquanto inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelas sucessivas reformas e pela prática dos Tribunais Superiores, apresenta vantagens que se coadunam com premissas dispostas na Constituição Federal de 1988. Premissas que buscam garantir no plano material a segurança jurídica, a igualdade, a previsibilidade e a eficiência das decisões judiciais.

A CF/88 traz, em seu artigo 5º, que a segurança jurídica é um direito fundamental de todos os cidadãos, sendo tal direito, garantido pelo guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Se não houvesse precedentes, essa tal segurança poderia não existir, haja vista que o entendimento de uma lei X, no Estado Y, poderia ser diferente no Estado W. Essa divergência seria caótica para o Ente Federativo Brasileiro, uma vez que as normas são de aplicações uniformes em todo o

[114] FOCAÇA, Mateus Vargas, FOCAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 67. p. 513. Nova Fase – 1962, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&oq=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&aqs=chrome..69i57.458j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 19 mar. 2019

território nacional, e uma divergência como essa, derrubaria todo o sistema federativo115. No mesmo artigo, é tratado ainda da igualdade, que prevê aos cidadãos um tratamento isonômico diante da lei, sem procedimentos diferenciados a pessoas que se encontram em uma situação idêntica. Sua finalidade é o de limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. Aqui, as normas jurídicas não devem conhecer distinções, discriminações e injustiças116. E isso é simplesmente a base do stare decisis, que prevê a justiça como igualdade, a partir do momento em que o tribunal julga um caso comparando-o com um anterior para que tenham a mesma solução117.

Já o instituto da previsibilidade tem ligação direta com o da segurança jurídica, já que este não existe em um sistema que possui soluções diversas a casos semelhantes, provocando instabilidades no aperfeiçoamento do Estado de Direito118. Os casos similares levados ao Judiciário que dão origem a um precedente, devem receber um resultado previsível, capaz de assegurar uma segurança perante quem busca a justiça[119]. Segundo Javier Adrián Coripuna (2007, p. 18),

> Um cidadão deve ter a plena convicção de que se se apresenta um determinado pressuposto de fato, este será merecedor de uma consequência jurídica estabelecida com anterioridade, a mesma que será igual para todos aqueles que se encontrem na

[115] NOGEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31/36

[116] ASSOCIAÇÃO Nacional dos Analistas Judiciários da União. Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível em: https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade. Acesso em: 20 abr. 2019

[117] Ibidem, p. 37/38

[118] ASSAF FILHO, Alexandre. Precedente, provisão judicial e segurança jurídica: a defesa da previsibilidade. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73282/precedente-provisao-judicial-e-seguranca-juridica-a-defesa-da- previsibilidade. Acesso em: 10 abr. 2019

[119] NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 50

> mesma situação e que não poderá variar arbitrariamente segundo a mera vontade do julgador[120].

Por fim, o princípio da eficiência pode ser encontrado, em conjunto, no inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/88 e no art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica). Ambos assim dispõem:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)[121]
>
> Artigo 8. Garantias judiciais. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza[122].

Apesar de um "prazo razoável" ser um conceito aberto, a vinculação dos precedentes pode ajudar a um tempo menor na tramitação dos processos judiciais porquê, quando um processo eivado de precedente chega nas mãos de um relator, o

[120] CORIPUNA, Javier Adrián. La jurisprudência vinculante de los altos tribunales como limite al princípio de independência judicial. Estudios al precedente constitucional. Coord. de Edgar Carpio Marcos e Pedro P. Grandéz Castro. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 118

[121] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2019

[122] CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 de abr. 2019

julgamento não precisará ser remetido, em sua maioria, pelo crivo do colegiado, já que decisões já pacificadas podem ser julgadas monocraticamente por aquele[123].

Sobre tal assunto, Benjamin Cardozo, apesar de defender a ideia de que precedentes ultrapassados devem ser relaxados, afirma que

> a adesão ao precedente deve ser a regra, não a exceção. [...] Posso acrescentar que o trabalho dos juízes aumentaria de maneira quase comprometedora se toda decisão passada pudesse ser reaberta em cada causa e não se pudesse assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes[124].

Com o até aqui exposto, se começará a abordagem sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado na visão do STJ - o tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência -, e do STF – guardião da Carta Magna -, no âmbito dos Recursos Especiais Repetitivos e Recursos Extraordinários.

3 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo tem o intuito de elucidar o posicionamento do judiciário brasileiro quanto a obrigação do Estado fornecer medicamentos de alto custo não incluídos na lista referenciada pelo SUS. A intenção é averiguar os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal quanto a responsabilização dos entes federados no fornecimento dos fármacos não contemplados pela lista do SUS.

[123] NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68

[124] CARDOZO, Benjamin Nathan. A natureza do processo judicial. Trad. de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 110

Cumpre antes salientar que o Recurso Especial ganha característica de Repetitivo quando observa-se um número significativo de recursos especiais fundamentados por questões de direitos análogas, buscando um julgamento que crie um precedente vinculante aplicável a todos os casos idênticos125.

Conforme estabelece o novel Código de Processo Civil:

> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça[126].

Neste interregno, Neves (2016) estabelece que o julgamento de um recurso repetitivo busca padronizar as decisões, de forma a decidir de forma equivalente sempre que se apresentado os mesmos pedidos e sob os mesmos argumentos, com a finalidade precípua de criar um precedente vinculante, numa espécie de julgamento por amostragem, de modo que escolhe-se alguns recursos para julgar e cuja decisão servirá de modelo, conforme bem estabelecido no §1º do art. 1036[127].

> Art. 1.036, § 1o O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

---

[125] SOBRE Recursos Repetitivos. Sítio do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos- Repetitivos. Acesso em: 24 abr. 2019

[126] BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28886937/artigo-1036-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015. Acesso em: 2 abr. 2019

[127] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016



Em face destas considerações, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou em abril do ano passado, o Recurso Especial 1.657.156 para o julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, determinando por consequência, a suspensão de mais de seiscentos processos já em trâmites afetos ao direito à saúde[128].

No julgamento iniciado em setembro, o relator votou afirmando a obrigação do Estado em fornecer os medicamentos indispensáveis ao tratamento de saúde, mesmo diante da falta de precisão por regulamentos do Sistema Único de Saúde, desde que o solicitante apresente laudo médico que ateste o caráter indispensável do medicamento, comprove não ter meios para custear o tratamento e o remédio possua cadastro na Anvisa[129].

Atualmente estão suspensos o andamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos importando não registrados na Anvisa, excetuando-se os casos de tutela provisória de urgência. Essa afetação a Recurso Repetitivo ocorre pela quantidade de ações que são levadas ao crivo do STJ, mesmo que anteriormente já tenha sido firmado o entendimento de que não há obrigatoriedade no fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa[130]

Sobre isso, a primeira seção do STJ os requisitos para fornecimento de tais medicamentos, são eles:

> - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente,

[128] OBRIGATORIEDADE de fornecimento de medicamentos não contemplados em lista do SUS é tema de repetitivo. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obriga toriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de- repetitivo. Acesso em: 27 mar. 2019

[129] Ibidem

[130] Ibidem

> da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
>
> - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e
>
> - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)[131]

Insta afirmar que na decisão proferida em abril do ano corrente, o STJ reconheceu claramente a obrigação do poder público quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, mesmo não abarcados pela lista do SUS, mas estabeleceu os três critérios acima como elementares cumulativas para que se compile o Estado ao fornecimento do remédio. Mantém também o registro na Anvisa como algo fundamental, seguindo a interpretação da maioria dos ministros do STF.

Ademais, cabe também destacar, antes das análises dos casos em concreto, a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora da lista e dos protocolos do Sistema Único de Saúde132.

As questões envolvendo o fornecimento de medicamento de alto custo, ou não registrados na ANVISA, são objeto dos Res 566.471 e 657.718, respectivamente, ambos relatados pelo Min. Marco Aurélio. Como disposto no sitio oficial do Supremo Tribunal Federal, "a Audiência Pública, convocada pelo Presidente do STF,

[131] PRIMEIRA Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em: 2 abr. 2019

[132] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 443

Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009"133

Como decisão, o RES 566.471 teve como decisão final, sob a égide da repercussão geral,

> o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as 19 Cópia RE 566471 / RN disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Passamos agora à análise dos casos perante o STJ e o STF.

3.1 Agravo de Instrumento n. 1374994, Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento 09/03/2011

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado pelo Município de Belo Horizonte com base no art.105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Observem a Ementa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.374.994 - MG (2010/0225870-7) RELATOR : MINISTRO ARNALDO

[133] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude. Acesso em: 11 abr. 2019



ESTEVES LIMA AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE PROCURADOR : DANIELA CARLA DA COSTA SALOMÃO E OUTRO (S) AGRAVADO : MARIA LÍGIA DE ANDRADE ASSIS FONSECA ADVOGADO : LEONARDO GARZON DE

PAOLI E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado pelo MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, com base no art.1055, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 166e): APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – BOMBA INFUSORA DE INSULINA – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – PRINCÍPIO DA CO-GESTÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – COMPROVAÇÃO DE PLANO

– SAÚDE – DIREITO CONSTITUCIONAL – PROVIMENTO. O Sistema Único

de Saúde está alicerçado no princípio da co-gestão, respondendo todos os entes da federação solidariamente, e não subsidiariamente, pela prestação dos serviços. O direito à saúde, em razão de sua natureza – direito fundamental – se sobrepõe a qualquer tipo de regulamentação ou burocracia a inviabilizar o seu pleno exercício. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 189/191e). Nas razões do especial, sustenta o agravante, violação dos arts. 17, I, III e IX, e 18, XII, da Lei 8.080/90, da Lei Estadual 14.533/02, bem como às Portarias 3.916/98, 176/99, 2.577/06 e 3.237/07, aduzindo, em suma, que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos de alto custo é do Estado. Argui, assim, a ilegitimidade passiva do Município de Belo Horizonte. Decido. A pretensão não prospera. Com efeito, o acórdão estadual decidiu a controvérsia, a respeito da legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais, sob enfoque eminentemente constitucional. Assim, "descabe a revisão do julgado em sede de recurso especial, porquanto é via destinada somente ao debate de temas infraconstitucionais" (AgRg no REsp 856.837/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 4/6/07). Por conseguinte, verifica-se, dos autos, que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca do dispositivos da legislação federal tidos por violados no acórdão

> estadual, restando ausente seu necessário prequestionamento, incidindo na espécie as Súmulas 282 e 356/STF. Cumpre ressaltar, ainda, que quanto à alegada violação das Portarias 3.916/98, 176/99, 2.577/06 e 3.237/07, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que essa espécie de ato normativo não se equipara a lei federal para fins de interposição do recurso especial (REsp 1.013.614/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 6/6/08). Da mesma forma, quanto à Lei Estadual 14.533/02, inviável o seu exame, a teor do disposto na Súmula 280/STF. Ante o exposto, com fundamento no art. 254, I, do RISTJ, nego provimento ao agravo de instrumento. Intimem-se. Brasília (DF), 09 de março de 2011. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA Relator. (STJ - Ag: 1374994, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Publicação: DJ 04/04/2011).

A decisão acima referenciada elucida claramente a responsabilidade solidária dos entes federados nas questões atinentes ao direito à saúde. Desta forma o relator nega provimento ao recurso que buscava a decretação da ilegitimidade passiva do município de Belo Horizonte para que ele pudesse eximir-se da obrigação de fornecer medicamentos de alto custo a qual a tese da recorrente imputava somente ao Estado.

O fundamento do relator de que o SUS é gerido por todos os entes da federação é uma tese bastante importante para estabelecer a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na gestão da saúde como todo, o que inclui o fornecimento de medicamentos, já que disso depende a saúde daqueles que dele necessitam.

3.2 Agravo regimental no agravo em recurso especial 134248 PI, primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. ministro Ari Pargendler, data do julgamento 08/05/2013.

O agravo regimental em tela teve o intuito de atacar decisão que, em sede de Mandado de Segurança, estabeleceu o dever do Estado de fornecer medicamento para garantir do direito à saúde:

> ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. As unidades federadas respondem pelo fornecimento de medicamentos, podendo ser demandadas sem litisconsórcio com a União. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 134248 PI 2012/0039234-3, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 02/05/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013)

No seu voto o relator, fundamentadamente, demonstrou que o tribunal a quo prestou jurisdição completa, não havendo omissão a suprir, esclarecendo ainda que o Estado do Piauí, que participa do Sistema Único de Saúde - SUS, responde pelo fornecimento de medicamentos, não havendo, no caso, litisconsórcio necessário com a União, de modo que a questão constitucional suscitada não pode ser decidida no âmbito do recurso especial.

Nota-se que novamente o STJ contemplou a responsabilidade solidária dos entes federados para o fornecimento de medicamento, de modo que não há como um ou outro ente, quando requerido, se eximir dessa responsabilidade.

3.3 Agravo em Recurso Especial nº 598.126 - PE (2014/0265535-8), Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Data do Julgamento: 17/10/2014.

Trata-se de agravo negado pelo STJ, manejado pelo Estado de Pernambuco contra decisão que não admitiu recurso especial que atacava o acordão proferido pelo TJPE que determinou o fornecimento imediato de medicamento Cinacalcete (Mimpara®), não incluso na lista do SUS, a portador de Hiperparatireoidismo

secundário à Insuficiência Renal Crônica – IRC, que demonstrou a necessidade da medicação, alegando haver outros fármacos disponíveis na lista do SUS.

> DIREITOS HUMANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTADORA DE HIPERPARATIREOIDISMO SECUNDÁRIO À INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA - IRC. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO CONHECIDA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO MANDAMENTAL. INACOLHIDA. FORNECIMENTO GRATUITO DE CINACALCETE (MIMPARA). MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS. DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA POR UNANIMIDADE. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO AGRAVO. (STJ - AREsp: 598126 PE 2014/0265535-8, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA,
>
> Data de Publicação: DJ 22/10/2014)

Vale destacar ainda a fundamentação do voto colacionada pelo relator no inteiro teor da sentença prolatada

> (...) cumpre ao médico a prescrição do tratamento que entenda mais propício, aí inseridos os medicamentos e insumos, de acordo com as particularidades do quadro clínico de cada enfermo. - Nesta toada, o Judiciário não pode se olvidar de que a indicação do tipo de medicamento a ser utilizado pelo paciente compete ao médico responsável por ele. A demonstração da eficácia de um tratamento ou de uma terapia é de responsabilidade do profissional de saúde, indivíduo credenciado para tal mister, e que emprega todos os esforços para alcançar a melhora do quadro clínico do paciente, e quiçá a sua cura. - Com efeito, se o profissional que assiste o paciente achou por bem indicar o uso de CINACALCETE (MIMPARA), e não outro, não compete ao Judiciário decidir, in casu, de forma diversa. Ressalte-se, inclusive, constar, no laudo médico de fls. 25, que o impetrante tem limitação para uso de CALCITRIOL (uma das alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS). - Restando, pois, comprovada a necessidade do fármaco pleiteado, há urgência na prestação

> jurisdicional. Isso porque a saúde é direito garantido constitucionalmente, devendo o Estado promover políticas sócio- econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (CF, art. 196), bem como preocupar-se com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (CF, art. 166 e art. 198, II). - Ademais, é jurisprudência pacífica e consolidada neste Tribunal de Justiça que é dever do Estado fornecer medicamento imprescindível ao cidadão carente.

Depreende-se que a negativa ao provimento do recurso foi bem fundamentada pelo relator, o qual esclareceu a indubitável responsabilidade do Estado quanto ao fornecimento de medicamento necessário para tratamento de indivíduos que não possam arcar com os custos, elucidando que essa obrigação não está condicionada a menção do medicamento na listagem do SUS uma vez que somente o médico, avaliando o caso concreto, é capaz de indicar o tratamento mais adequado.

3.4 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 428566 MG 2013/0374512-1, Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministra Assusete Magalhães, data do julgamento 20/05/2014

Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo Município de Muriaé, contra decisão que o compele a fornecer medicamento:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. EXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. "Não há omissão

> no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão" (STJ, AgRg no REsp 1.054.145/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 11/03/2014). II. Inexistência de prequestionamento da matéria que, não suscitada em Apelação, não foi objeto de exame, no acórdão do Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. III. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que "não cabe a esta Corte, em recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna" (STJ, AgRg no AREsp 470.765/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA
>
> TURMA, DJe de 31/03/2014). IV. Ademais, conforme a jurisprudência do STJ, "o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (STJ, AgRg no REsp 1.225.222/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA
>
> TURMA, DJe de 05/12/2013). V. Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 428566 MG 2013/0374512-1, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 20/05/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2014).

O Agravo foi negado, por restar evidenciada a responsabilidade solidária dos entes federados. Oportunamente a relatora, em sua decisão, destaca alguns posicionamentos que valem a transcrição:

> (...) entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que o fornecimento de medicamentos para as situações de exceção deve ser coordenado entre as três esferas políticas: União, Estado e Município, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar responsabilidade a apenas um dos operadores (AgRg no REsp 1.163.188/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA



TURMA, julgado em 15/6/2010, DJe 23/6/2010.)

(...) Ainda no tocante à responsabilidade da União pelo fornecimento dos medicamentos pleiteados, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. Desta forma, estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência consolidada do STJ, incide a Súmula 83/STJ. (...). (AgRg no AREsp 316.095/SP, Rel. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/5/2013, DJe 22/5/2013.)

Nos fundamentos para negação do provimento ao recurso interposto a relatora traz uma série de precedentes do tribunal para embasar a sua constatação de que a matéria impugnada pelo recorrente já conta com orientação específica do tribunal, no sentido de que resta clarividente a responsabilidade solidária dos entes federados no subsídio ao direito à saúde.

3.5 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 788.590 RO (2015/0242016-6), primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministro Sérgio Kukina, data do julgamento 05/10/2017.

Trata-se de agravo interno contra decisão que determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a observância do procedimento previsto nos arts.

e 1.041 do CPC/2015, considerando que o agravante solicita fornecimento de medicamento que não consta da lista do SUS e tal matéria foi afetada pelo Tema 106/STJ, o Relator manifestou-se pelo não conhecimento do agravo e determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a observância do procedimento previsto nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015.

Observe a Ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUE NÃO CONSTA DA LISTA DO SUS. MATÉRIA AFETADA COMO REPETITIVA. RESP 1.657.156/RJ (TEMA 106/STJ). DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. ATO JUDICIAL DESPROVIDO DE CARGA DECISÓRIA. IRRECORRIBILIDADE.
>
> Conforme definido na afetação do Tema 106/STJ, que versa sobre a "Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS", foi determinada a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão assim afetada (art. 1.037, inciso II, do CPC/2015).
>
> Caso concreto que tem por objeto o mesmo tema do aludido repetitivo, razão pela qual se ordenou o retorno dos autos à Corte de origem, para que lá permaneçam sobrestados até que se profira decisão no apontado recurso representativo da controvérsia, observando a Presidência local, daí em diante, o procedimento delineado nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, quando, só então, estará exaurida a jurisdição da instância recursal ordinária.
>
> Ato de remessa desprovido de carga decisória e, por isso mesmo, irrecorrível. Nesse sentido: AgInt nos EDcl nos EREsp 1.126.385/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 20/09/2017; AgInt no REsp 1.666.877/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 04/09/2017 e AgInt no AREsp 920.593/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 02/08/2017.
>
> Agravo interno não conhecido.
>
> (STJ - AgInt no AREsp: 788590 RO 2015/0242016-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/10/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2017).

Além de ratificar a comprovação da necessidade do medicamento Piperacilina/Tozobactan para sua saúde o agravante utilizou a tese de que a



jurisprudência do STJ reconhece que a repercussão geral não enseja automaticamente o sobrestamento dos recursos especiais.

No entanto, o Relator destacou que o provimento é irrecorrível, pois o ato judicial que determinou o sobrestamento e o retorno dos autos não possui carga decisória e finalizando seu voto não reconheceu o recurso justificando a afetação da questão pelo Tema 106/STJ, confirmando assim a necessidade da devolução dos autos à origem. Tese que acordaram, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

3.6 Agravo em Recurso Especial n. 835.764 MG (2015/0325985-9), Superior Tribunal de Justiça, decisão monocrática, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, data do julgamento 08/08/2018.

Trata-se de agravo em Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 105 III, a, da CF/88, contra decisão do Tribunal de Justiça mineiro que negou fornecimento de medicamento não contemplado pela lista do SUS, sem registro na ANVISA e ainda não autorizado pelo Ministério da Saúde, alegando que não cabe ao Poder Judiciário impor a Administração Pública o fornecimento geral de determinado fármaco, o qual não integra a lista de medicamentos disponibilizados pelo SUS. Tendo a recorrida também rejeitado os Embargos de Declaração opostos pela recorrente.

Agravo negado pela ausência de registro na Anvisa do medicamento, como pode-se inferir da ementa abaixo:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 835.764 - MG (2015/0325985-9) RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS PROCURADOR: MARIO

> EDUARDO GUIMARAES NEPOMUCENO JUNIOR E OUTRO (S) - MG102604 DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II DO CPC/1973. POSSIBILIDADE DE SE FORNECER O MEDICAMENTO MESMO QUANDO ESTÁ FORA DA LISTA FORNECIDA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE DESDE QUE PRESENTE OS REQUISITOS CUMULATIVOS DE: COMPROVAÇÃO DE LAUDO MÉDICO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, INCAPACIDADE FINANCEIRA DO PACIENTE DE ARCAR COM O CUSTO DOS MEDICAMENTOS E REGISTRO DO FÁRMACO NA ANVISA. ACÓRDÃO PARADIGMA: RESP. 1.657.156/RJ, MIN. REL. BENEDITO GONÇALVES, DJ 25.4.2018, JULGADO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. CASO CONCRETO: TRATAMENTO DE LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO POR MEIO DO FÁRMACO MICOFENOLATO MOFETILA. FALTA DE REGISTRO DA ANVISA PARA INDICAÇÃO DO MEDICAMENTO AO TRATAMENTO DA MOLÉSTIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (STJ - AREsp: 835764 MG 2015/0325985-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 14/08/2018).

Inicialmente destaca-se que nas razões a recorrente apontou, além do não saneamento da omissão, a violação dos arts. 2º e 6º, I, d, da Lei 8.080/1990 e 16 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Ademais, ressaltou que o medicamento solicitado, Micofenolato Mofetila, tem benefícios superiores a outros utilizados para o tratamento do lúpus Eritematoso Sistêmico. Havendo ainda parecer favorável ao conhecimento do Agravo pelo Ministério Público Federal.

Em sua decisão, o relator destacou incialmente que não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada, mas sim uma decisão diversa apretendida pela agravante, o que não sugere ofensa a qualquer norma. Como o medicamento solicitado não possui registro na Agencia de Vigilância Sanitária, o Relator concluiu

seu voto apontando a impossibilidade de obrigar o ente federativo a custear um medicamento que não tem registro para indicação clínica do tratamento da moléstia acometida pelo paciente, concordando com a decisão do tribunal de origem que consignou ser imprudente obrigar o fornecimento de um medicamento que, além de não ser foi aconselhado pelo fabricante para a moléstia em questão, sequer foi autorizado pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa.

Diante do exposto é preciso observar que a negação ao recurso não se atrelou a ausência do medicamento na lista do SUS. Ao contrário, o Relator reconheceu a possiblidade do fornecimento de medicamentos não constantes da citada lista, desde que comprovadamente e cumulativamente houvesse registro do medicamento na ANVISA, incapacidade financeira de arcar com os custos e laudo médico fundamentado circunstanciando tanto a necessidade do medicamento quanto a ineficácia de outros fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da doença em questão. Tendo a negativa assetando-se tão somente na falta de registro no órgão competente.

3.7 Agravo em Recurso Especial n. 1332095 RS (2018/0183422-0), Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministro Benedito Gonçalves, data do julgamento 07/11/2018.

A ementa a seguir consubstancia o não provimento do agravo interposto pelo Procurador do Estado do Paraná a fim de obstar o fornecimento de medicamento não constante da lista do SUS alegando a sua ilegitimidade como responsável por tal fornecimento utilizando como escudo a cláusula da "reserva do possível", sem, contudo, demonstrar concretamente a impossibilidade:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.332.095 - RS (2018/0183422-0) RELATOR : MINISTRO BENEDITO

> GONÇALVES AGRAVANTE : ESTADO DO PARANÁ PROCURADOR : PAULO DA GAMA-ROSA CARDOSO FILHO - PR061949 AGRAVANTE : IRACI WEBER ADVOGADO: ANA HERCILIA RENOSTO PAULA LENTO - PR030776 AGRAVADO: OS MESMOS AGRAVADO: UNIÃO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO MESMO QUANDO ESTÁ FORA DA LISTA FORNECIDA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. RESP 1.657.156/RJ. TEMA 106. AGRAVO NÃO PROVIDO. (STJ - AREsp: 1332095 RS 2018/0183422-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 13/11/2018)

Depreende-se que o relator ao não dar provimento ao recurso reconheceuque o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, de modo que qualquer deles pode ser compelido ao fornecimento, mesmo se tratando de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes os três requisitos fundamentais:

> Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

O não provimento do recurso além de acatar a Tese 106/STJ, reconheceu ainda que a responsabilidade solidária dos entes federados não implica formação litisconsorcial passiva necessária, incumbindo à parte autora indicar contra quem deseja litigar para obter o fornecimento do fármaco pleiteado. Uma decisão bastante



acertada, considerando que se desconsiderasse a responsabilidade do Estado o Egrégio Tribunal abriria precedentes para uma série de recursos no mesmo sentido, o que acabaria dificultando o direito à saúde de muitos cidadãos que necessitam de medicamentos dos quais não têm condições de arcar com os custos.

3.8 Agravo em Recurso Especial n. 1646935 PE (2016/0338153-9), primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Ministro Sérgio Kukina, data do julgamento 20/03/2018.

A emenda abaixo transcrita apresenta a negação ao conhecimento do agravo interno interposto contra decisão que determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para a observância do procedimento previsto nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, por ter o tema sido aludido como repetitivo, definido na afetação do Tema 106/STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUE NÃO CONSTA DA LISTA DO SUS. MATÉRIA AFETADA COMO REPETITIVA. RESP 1.657.156/RJ (TEMA 106/STJ). DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. ATO JUDICIAL DESPROVIDO DE CARGA DECISÓRIA. IRRECORRIBILIDADE.
>
> Conforme definido na afetação do Tema 106/STJ, que versa sobre a "Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS", foi determinada a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão assim afetada (art. 1.037, inciso II, do CPC/2015).
>
> Caso concreto que tem por objeto o mesmo tema do aludido repetitivo, razão pela qual se ordenou o retorno dos autos à Corte de origem, para que lá permaneçam sobrestados até que se profira decisão no apontado recurso representativo da controvérsia, observando a Presidência local, daí em diante, o

> procedimento delineado nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, quando, só então, estará exaurida a jurisdição da instância recursal ordinária.
>
> Ato de remessa desprovido de carga decisória e, por isso mesmo, irrecorrível. Nesse sentido: AgInt nos EDcl nos EREsp 1.126.385/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 20/09/2017; AgInt no REsp 1.666.877/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 04/09/2017 e AgInt no AREsp 920.593/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 02/08/2017. 4. Conforme o decidido na Questão de Ordem na ProAfR no REsp 1.657.156/RJ, os pedidos de tutela provisória de urgência deverão ser apreciados perante o juízo de origem, nos termos do art. 982, § 2º, do CPC/2015. 4. Agravo interno não conhecido. (STJ - AgInt no REsp: 1646935 PE 2016/0338153-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/03/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/04/2018)

Mesmo com a suspensão nacional dos processos pendentes cuja discussão seja envolta a obrigação estatal para fornecimento de medicamentos não contemplados pelo protocolo do SUS, em razão da afetação para julgamento como tese repetitiva, o agravante requer tutela de urgência, para a concessão imediata do fármaco Cetuximabe - Erbutix, evocando as evidências da necessidade e utilidade da medicação, além do perigo de agravamento do estado de seu estado saúde, destacando além de seu direito à saúde e a vida digna, o fato da questão não se enquadrar nos Temas de Repercussão Geral 06 e 500/STF, bem como o fato de que mesmo havendo tão repercussão o sobrestamento do recurso não pode ser automático, conforme entendimento do próprio STJ.

As fundamentações do agravante não foram suficientes para o Relator conhecer o recurso, e igualmente para os demais ministros da primeira turma que unanimemente acompanharam o voto da negativa. Neste contexto, os ministros



revelaram a necessidade de aguardar o exaurimento da jurisdição do tribunal de origem, o que somente ocorrerá somente após decidido o repetitivo pelo STJ.

Por outro lado, o voto do relator e a ementa acima colacionada, explicitam que a urgência, que consubstancia o pedido liminar deve ser formulado perante o tribunal de origem, informando que a suspensão em razão a afetação da tese 106/STJ, não impede a concessão de tutelas de urgência em qualquer fase do processo. Menção bastante oportuna para ratificar a possiblidade da concessão liminar de medicamentos não constantes da lista do SUS, mesmo a questão afetada em sede de recurso repetitivo e incialmente, conforme CPC/2015 deverem ter o julgamento suspenso.

3.9 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716.777 Rio Grande do Sul, segunda turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Celso de Mello, data do julgamento 09/04/2013.

A emenda abaixo transcrita apresenta a negação ao conhecimento do agravo interposto pela União contra decisão que conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário o qual solicitava o reconhecimento da ausência de responsabilidade direta da União pelo custeio do exame pleiteado pela recorrida:

> PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS

> POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - RE: 716777 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 09/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013)

Em seu voto o relator esclareceu que "acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde", o que é inaceitável diante do caso concreto apresentado, onde o recorrido é destituído de capacidade financeira e merece ter subsidiada as condições essenciais a preservação de sua vida, destacando a responsabilidade solidária dos entes estatais e, consequentemente, e impossibilidade de qualquer deles eximir-se de suas obrigações.

3.10 Recurso Extraordinário RE 740397 ES, segunda turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Cármen Lúcia, data do julgamento 28/05/2013.

A Trata-se de Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra decisão que manteve sentença por seus próprios fundamentos, a qual o recorrido solicitava o fornecimento gratuito e ininterrupto, pelo recorrente, dos medicamentos de que necessita não fornecidos pelo SUS, mesmo havendo outros contemplados pelo sistema que prestam-se as mesmas finalidades.

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO CONSOANTE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - RE:

> 740397 ES, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 24/04/2013, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 28/05/2013 PUBLIC 29/05/2013)

A decisão de compelir o recorrente ao fornecimento dos medicamentos solicitados sustentou-se no fato de que é vedado ao Poder Público delimitar as espécies de tratamentos e medicamentos que serão fornecidos aos necessitados, devendo ser atendidas todas as demandas imprescindíveis à efetiva garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e à dignidade da pessoa humana.

Ademais, a decisão ratificou a obrigação de o Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves.

3.11 Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 1192922 RJ - Rio de Janeiro, Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgamento 21/03/2019.

Trata-se de agravo interposto pela União contra decisão em que se negou seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão conhecido e desprovido, o qual ratificou o seu dever de fornecer medicamento de alto custo não constante na lista do SUS diante da ausência de provas da existência de outro fármaco padronizado apto a atender o tratamento, destacando a obrigação solidária dos entes federativos em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde. Observe a ementa da decisão:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES

> FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTOS NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF.
>
> AGRAVO IMPROVIDO. I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas. II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral
>
> RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente. V - Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC. VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC (grifei). Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 21 de março de 2019. Ministro Ricardo Lewandowski Relator. (STF - ARE: 1192922 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/03/2019, Data de Publicação: DJe-059 26/03/2019). (grifo nosso)

Nota-se que o STF manteve a decisão sustentando, além da responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamento à paciente destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento, que a lista do



SUS não é parâmetro único para obrigatoriedade de fornecimento de um medicamento. Tal alusão à lista como rol não taxativo é de suma importância para firmar a necessária avaliação do caso concreto e da averiguação da avaliação médica em questão, não podendo o poder público eximir-se do seu dever simplesmente porque um medicamento não está descrito no protocolo do SUS.

3.12 Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 1121011 PE - Pernambuco, Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro Luiz Fux, data do julgamento 29/11/2018

A decisão abaixo, relacionada ao fornecimento de medicamento de alto custo, foi proferida em sede de Recurso Extraordinário com Agravo. Mesmo implicando na necessária submissão do caso ao regime de repercussão geral (Tema 6/STF), e tendo o relator determinado a devolução do feito à origem, os fundamentos por ele aludidos merecem ser destacados:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TEMA 6. RE
>
> 566.471. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM (ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF). Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos objetivando a reforma de decisão que inadmitiu recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão que assentou, in verbis: "ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ESPECIAL. DESNECESSIDADE. MEDICAÇÃO SEMELHANTE OFERECIDA PELO SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RECURSO IMPROVIDO." (Doc. 52) Os embargos de declaração opostos foram desprovidos. (Doc. 57) Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 196 da Constituição Federal. (Doc. 59) O Tribunal a quo negou seguimento ao recurso extraordinário por entender

que encontraria óbice na Súmula 279 do STF. (Doc. 63) Determinei a devolução do feito ao Tribunal de origem por entender que a controvérsia guardava identidade com o Tema 6 da repercussão geral. (Doc. 70) Em novo juízo de admissibilidade, a Presidência da Segunda Turma Recursal do Estado de Pernambuco determinou, novamente, a subida dos autos a esta Corte, por entender que "o RE 566.471 refere-se ao dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo. Ocorre que o recurso extraordinário foi interposto pela parte autora em razão de o acórdão combatido haver entendido que, existindo medicamentos similares ao postulado, fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e não demonstrada nos autos a ineficácia do fármaco oferecido pela rede pública de saúde, o Estado não pode ser compelido ao fornecimento do tratamento médico solicitado. Destarte, determino o retorno dos autos ao STF, para as providências que entender cabíveis." (Doc. 74) É o relatório. DECIDO. O agravo não merece prosperar. O Ministro Marco Aurélio, relator do RE 566.471, sugeriu a seguinte tese referente ao Tema 6 submetido por esta Corte ao regime de repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído na política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol de aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso". Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio também assentou os seguintes requisitos cumulativos para o Estado fornecer

medicamento de alto custo: "a) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e) propositura da demanda necessariamente contra a União, já que compete a ela a decisão final sobre a

> incorporação ou não de medicamentos ao SUS". Dessa forma, constata-se que a matéria versada no presente recurso extraordinário foi submetida por esta Corte ao regime da repercussão geral (Tema 6, RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio). Ex positis, com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do RISTF (na redação da Emenda Regimental 21/2007), determino a DEVOLUÇÃO do feito à origem. Publique-se. Brasília, 29 de novembro de 2018. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente (STF - ARE: 1121011 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 29/11/2018, Data de Publicação: DJe-262 06/12/2018). (Grifo nosso)

Mesmo negando provimento ao recurso e determinando a devolução dos autor à origem em razão da matéria versada no presente recurso extraordinário ser submetida ao regime da repercussão geral, a decisão acima ementada traz alguns pontos bastante importantes que já são reconhecidos pela Suprema Corte no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo não explicitados na lista do SUS.

Nesse ínterim, o relator aludindo a tese do Ministro Marco Aurélio, relator do processo que será julgado como paradigma da repercussão geral, já elucida o possível entendimento da Suprema Corte em direção ao reconhecimento do dever do Estado em fornecer o medicamento de alto custo não explicitado pela listagem do SUS, desde que comprovados os requisitos da imprescindibilidade do medicamento, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo.

3.13 Agravo de Instrumento: AI 758605 SP - São Paulo, data do julgamento 30/10/2018; Recurso Extraordinário: RE 1176141 PR, data do julgamento 12/12/2018; Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 1197382 RN - Rio Grande do Norte, data do julgamento 03/04/2019; Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro Roberto Barroso



As decisões abaixo transcritas ilustram o posicionamento adotado pelo STF aludindo a repercussão geral atribuída a temática do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado (Tema 006):

> A questão posta nos autos diz respeito à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento/tratamento à luz do direito social à saúde. O Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar o RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional ora discutida (Tema 006). Veja-se a ementa do julgado: saúde, assistência, medicamento de alto custo. Fornecimento. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. É certo que a ementa parece restringir a discussão ao dever do Estado de custear medicamento de alto custo. No entanto, a questão constitucional submetida ao STF é mais ampla. No processo paradigma, também está em discussão a existência de limites à entrega de tratamentos médicos não incorporados pelo SUS. Observe-se que os votos proferidos no RE 566.471-RG, nas sessões de 15.09.2016 e 28.09.2016, confirmam que a questão constitucional em debate não se limitou ao fornecimento de medicamento de alto custo, mas recaiu sobre a própria extensão do dever do Estado de saúde relacionado à entrega de remédio/tratamento. Diante do exposto, afasto o sobrestamento e, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino a devolução dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 30 de outubro de 2018. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (STF - AI: 758605 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. ROBERTO
>
> BARROSO, Data de Julgamento: 30/10/2018, Data de Publicação: DJe-244 19/11/2018) (Grifo nosso)
>
> Trata-se de recurso em que se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento/tratamento à luz do direito social à saúde (arts. 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal). O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar o RE 566.471-RG, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia. O tema ficou assim

ementado (Tema 006): "SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO.

Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo." É certo que a ementa parece restringir a discussão ao dever do Estado de custear medicamento de alto custo. No entanto, a questão constitucional submetida ao STF é mais ampla. No processo paradigma, também está em discussão a existência de limites à entrega de tratamentos médicos não incorporados pelo SUS. Em reforço, observe-se que os votos proferidos no RE 566.471-RG, nas sessões de 15.09.2016 e 28.09.2016, confirmam que a questão constitucional em debate não se limitou ao fornecimento de medicamento de alto custo, mas recaiu sobre a própria extensão do dever do Estado de saúde relacionado à entrega de remédio/tratamento. Diante do exposto, com base nos arts. 1.036 do CPC e 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 06 de dezembro de 2018. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (STF - RE: 1176141 PR - PARANÁ, Relator: Min. ROBERTO

BARROSO, Data de Julgamento: 06/12/2018, Data de Publicação: DJe-266 12/12/2018) (Grifo nosso)

Trata-se de recurso interposto pela União em que se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento/tratamento à luz do direito social à saúde (arts. 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal). O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar o RE 566.471-RG, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia. O tema ficou assim ementado (Tema 006): "SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE

ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo." É certo que a ementa parece restringir a discussão ao dever do Estado de custear medicamento de alto custo. No entanto, a questão constitucional submetida ao STF é mais ampla. No processo paradigma, também está em discussão a existência de limites à entrega de tratamentos médicos não incorporados pelo SUS. Em reforço, observe-se que os votos proferidos no RE 566.471-

> RG, nas sessões de 15.09.2016 e 28.09.2016, confirmam que a questão constitucional em debate não se limitou ao fornecimento de medicamento de alto custo, mas recaiu sobre a própria extensão do dever do Estado de saúde relacionado à entrega de remédio/tratamento. Diante do exposto, com base nos arts. 1.036 do CPC e 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 30 de março de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator. (STF - ARE: 1197382 RN - RIO GRANDE DO NORTE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/03/2019, Data de Publicação: DJe-066 03/04/2019) (Grifo nosso)

As decisões acima, e diversas outras, que aludem o reconhecimento da repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo, ilustram o posicionamento do STF diante do tema ementado "SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO".

A repercussão geral foi reconhecida a partir do Recurso extraordinário 566471 RG / RN, no qual se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. A ementa prevê: "SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo" (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06- 12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-

01685). Os anos de 2016, 2017 e 2018 apresentam muitas movimentações no processo, tendo o calendário para julgamento da repercussão geral sido publicado em dezembro do ano de 2018.

Diante do reconhecimento da afetação ao tema 6 "Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo" a Suprema Corte tem decidido constantemente pela remessa dos autos que versem sobre a questão à origem para que seja aplicada a sistemática da repercussão geral.

3.14 Recurso Extraordinário com Agravo, 1187348 PR - Paraná, Supremo Tribunal Federal, rel. Ministra Cármen Lúcia, data do julgamento 14/03/2019

A ementa a seguir refere-se a decisão da Ministra Carmen Lúcia que nega provimento ao recurso no qual a União pleiteia obrigar impugnar ao Estado a obrigação do fornecimento do medicamento bem como o reconhecimento do julgado sob o prima da repercussão geral que afeta os processos que versam sobre o fornecimento de medicamento de alto custo.

> RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM AGRAVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. NECESSIDADE COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (STF - ARE: 1187348 PR - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de ulgamento: 14/03/2019, Data de Publicação: DJe-054 20/03/2019).

No relatório observa-se vários pontos interessantes de serem destacados, dentre eles convém ressaltar a ratificação da responsabilidade solidária entre os entes federados mencionando

> (...) 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes.

No tocante a garantia do direito à saúde a relatório ainda traz importantes orientações do STF:

> Consoante orientação do STF devem ser respeitadas as seguintes premissas para solução judicial dos casos que envolvem direito à saúde: a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; a aprovação do medicamento pela ANVISA e a não configuração de tratamento experimental.

Ademais outro ponto extremamente válido para o contexto é o posicionamento da autora ao negar que a questão seja afeta a repercussão geral do Tema 6, mencionado partes das ementas do ARE 947.823, do relator Ministro Edson Fachin, e do ARE 977.190, relator Luiz Fux, tento em vista que o custo do medicamento não foi matéria alegada anteriormente, mas somente aludida em sede recursal de modo que

> A tese de que os medicamentos se caracterizariam como de alto custo não fez parte das razões do recurso extraordinário, sendo aduzida somente nesta via recursal. Constitui-se, portanto, em inovação insuscetível de apreciação neste

> momento processual. (ARE n. 947.823-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 7.10.2016).
>
> O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471- RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas (ARE n. 977.190-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Segunda Turma, DJe 13.11.2016).

Nota-se que o presente julgado traz implicações bastante salutares para a temática discutida no trabalho, especialmente neste último ponto destacado, quando nega-se a afetação ao tema 6, tendo em vista que por saber que a questão do fornecimento de medicamento de auto custo está afetada pela Repercussão Geral, poderiam haver uma série de recursos meramente protelatórios solicitando a afetação em casos que o custo do medicamento sequer havia sido aludido anteriormente. De forma que é bem acertada as decisões que salientam a não possiblidade de aplicação do Tema 6 a casos em que o custo do medicamento não tenha sido aludido anteriormente.

3.15 Considerações gerais a respeito das decisões proferidas nos processos ora examinados

A análise das decisões examinadas demonstram claramente o posicionamento do judiciário brasileiro no sentido de reconhecer o dever do Estado para garantia do direito à saúde, seguindo assim as disposições da Constituição Federal que apregoa atribuição do Estado em garantir o direito à saúde, devendo, dentre outras coisas, garantir o acesso à saúde por todos, fomentando políticas sociais e econômicas que visem a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De forma bastante acertada as decisões ratificam a solidariedade da responsabilidade dos entes federados, estabelecendo que o ente responsável pela

saúde engloba União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não podendo um ou outro ente tentar se eximir de suas obrigações alegando ilegitimidade passiva, visto que como bem relatado em algumas decisões, é a pessoa que necessita do medicamento que escolhe contra quem ela irá demandar.

O reconhecimento da repercussão geral pelo STJ e STF busca, sem dúvida, dirimir as controvérsias relacionadas ao fornecimento de medicamento de alto custo não constante da listagem do SUS. Alguns direcionamentos já foram explicitados, como é o caso da necessária comprovação inequívoca da necessidade do fármaco e impossibilidade de substituição por outro constante da listagem do SUS, o devido registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a incapacidade do requerente arcar com os custos do medicamento prescrito, bem como a falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos.

É notório ainda que a afetação aos ritos da repercussão geral estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil, não obsta a concessão liminar de medidas necessárias para salvaguardar o direito à saúde, assim, desde que presentes os requisitos para antecipação da tutela pretendida, o ente federado pode ser compelido ao fornecimento do medicamento de alto custo mesmo antes do julgamento da Repercussão Geral, no entanto é preciso observar que o pedido deve ser feito ao juízo de origem e não sem sede de recurso perante o STJ, pois este determinará o retorno dos autos, o que servirá somente para adiar a conquista dos efeitos pretendidos, caso os fundamentos sejam válidos para a concessão da liminar.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo, tentar entender a problemática que há na obrigação do Estado de fornecer medicamentos gratuitos, visto a quantidade de demandas que são levadas à apreciação, em sede de recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo diante do princípio da reserva do possível no tocante às obrigações do Estado perante os direitos sociais, é dever deste prover as condições necessárias ao tratamento de saúde, o que engloba o fornecimento dos medicamentos afetos à tal finalidade. Considera-se pois, que o Estado é o ente incumbido de zelar pela saúde de todos e de cada um. A saúde é um direito social necessário à própria vida e à dignidade humana, de forma que o poder público não pode eximir-se de suas funções, devendo realizar os planejamentos e ações necessárias para que não lhe falte condições de prover os indivíduos da garantia à saúde e ao bem-estar.

Conclui-se que tanto o assunto da obrigatoriedade de fornecimentos como o do uso dos precedentes, são bastante polêmicos, e a falta de uma regulamentação específica acaba levando recorrentes pedidos de medicamento ao judiciário. Justamente por isso o STJ atualmente julga os casos em sede de recurso repetitivo, um avanço ocorrido recentemente, no julgamento do recurso repetitivo para fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde.

Sendo assim, é necessário um direcionamento interpretativo para que as decisões judiciais ocorram e forma equivalente, respeitando-se a Constituição e os direitos nela afirmados, com vistas na garantir não só a saúde, mas a dignidade humana de forma plena.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Novo Contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ASSAF FILHO, Alexandre. Precedente, provisão judicial e segurança jurídica: a defesa da previsibilidade. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73282/precedente-provisao-judicial-e-seguranca-juridica-a- defesa-da-previsibilidade. Acesso em: 10 abr. 2019.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.egov.ufsc.br/por tal/sites/default/files/1739-3318-1-sm.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

ASSOCIAÇÃO Nacional dos Analistas Judiciários da União. Princípio Constitucional da Igualdade. Disponível em: https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade. Acesso em: 20 abr. 2019.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BACH, Alessandra. DINIZ, Thiago Antônio Nascimento. Poder Judiciário e Direitos Fundamentais Sociais: O limite da reserva do Financeiramente Possível. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 1, n. 34. 2014.

BAHIA, Saulo José Casali; SILVA, Diogo Barbosa. Conciliando o mínimo existencial e a reserva do possível. Disponível em: http://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1623. Acesso em: 29 out. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a

Atuação Judicial. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em 23 out. 2018.

BECKER, Birgit. 1949: Assinada a Lei Fundamental, a Constituição da Alemanha. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/1949-assinada-a-lei-fundamental-a-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-alemanha/a-4272523. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28886937/artigo-1036-da-lei-n- 13105-de-16-de-marco-de-2015. Acessado em: 02 de abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSau de. Acesso em: 11 abr. 2019.

CARDOZO, Benjamin Nathan. A natureza do processo judicial. Trad. de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 out. 2018.

CORIPUNA, Javier Adrián. La jurisprudência vinculante de los altos tribunales como limite al princípio de independência judicial. Estudios al precedente constitucional. Coord. de Edgar Carpio Marcos e Pedro P. Grandéz Castro. Lima: Palestra Editores, 2007.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias; ARAUJO, Dalvaney Aparecida. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. Direito e Mundo Digital, v. 7, n. 3. Disponível em

https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640. Acesso em: 23 out. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas.Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA. v. 179, p. 151-186, jan. 2010.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR. Fredie. Curso de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

DIDIER JUNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DUARTE, Lucas de Araújo. Precedentes judiciais e o artigo 927 do novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17875. Acesso em: 15 mar. 2019.

FERNANDO, Borges Mânica. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 29 out. 2018.

FOCAÇA, Mateus Vargas, FOCAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 67. p. 509-580. Nova Fase – 1962, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&oq=Revista+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+Federal+de+Minas+Gerais.+Nova+Fase+%E2%80%93+1962.%2C+n.+67.&aqs=chrome..69i57.458j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 19 mar. 2019.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LEITE, Rodrigo de Queiroz. A superação e a distinção dos precedentes judiciais no Direito Processual Brasileiro. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-superacao-e-a-distincao-dos-precedentes-judiciais-no-direito-processual-brasileiro,57880.html. Acesso em: 28 mar. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: Algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. Revista da AGU nº 33. ano 11. jul./set. 2012. p. 258. Disponível em https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376. Acesso em: 10 fev. 2019.

MACHADO, Priscila Silva Ximenes. O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_ a_Saude_Responsabilidade_linear.pdf. Acesso em: 25 out. 2018.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Revista dos tribunais. 4. ed. 2015.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em: 9 mar. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. p. 45. Disponível em: https://www.google.com/search?q=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fica+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civi&oq=O+Supremo+e+os+precedentes+constitucionais%3A+como+fi
ca+a+sua+efic%C3%A1cia+ap%C3%B3s+o+Novo++C%C3%B3digo+de+Processo+Civi&aqs=chrome..69i57j69i60l2j69i64&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 10 mar. 2019.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I "A". Revista de Processo, ano 41. São Paulo, v. 258, p. 431, ago. 2016.

MORAIS, Alexandre. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2053.pdf#page=233. Acesso em: 25 out. 2018.

NEGRI, BARJAS. Os municípios estão sobrecarregados e com dificuldades para financiar o SUS. Disponível em:http://itv.org.br/pensando-o-brasil/gestao-eficiente/os-municipios-estao-sobrecarregados-e-com-dificuldades-para-financiar-o- sus-por-barjas-negri. Acesso em: 24 out. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2. ed. Salvador: Jus Podivm.

NUNES PEREIRA, Fernanda Tercetti. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em:

https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3096. Acesso em: 23 out. 2018.

OBRIGATORIEDADE de fornecimento de medicamentos não contemplados em lista do SUS é tema de repetitivo. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/ Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o- contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo. Acesso em: 27 mar. 2019.

OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. Direito & Justiça, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun. 2010.

OLIVEIRA NETO, José da Costa. Evolução histórica da utilização dosprecedentes judiciais. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-da-utilizacao-dos- precedentes-judiciais,590707.html. Acesso em: 4 mar. 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte & vida da Constituição Dirigente. Riode Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE: Orçamento para saúde no Brasil fica abaixo da média mundial. Disponível em https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/saude/noticia/2017/05/17/oms-orcamento-para-saude-no-brasil-fica-abaixo-da-media-mundial-284081.php. Acesso em: 24 out. 2018.]

PEDREIRA, Maria Cardoso da Silva. Precedente judicial: conceitos básicos e técnicas de superação http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,precedente-judicial- conceitos-basicos-e-tecnicas-de-superacao,55339.html. Acesso em: 8 mar. 2019.

PRIMEIRA Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/ Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em: 27 mar.2019.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37195410/Bruno_Garcia_Redondo_Artigo_Precedentes_Direito_Jurisprudencial_Vol_2_PUBLICADO.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550971895&Signature=ivDKLh3Ik Q%2FPUwFyhIwzl6eIMSo%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPrecedente_judicial_no_Direito_Processua.p df. Acesso em: 10 fev. 2019.

ROCHA, Aristides Almeida; CESAR, Chester Luiz Galvão; RIBEIRO, Helena. Saúde Pública: Bases conceituais. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

SANTOS, Lenir; TERRAZAZ, Fernanda. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014.

SANTOS, Maiza. R$ 100 bilhões dos investimentos em saúde em 2017 foram desperdiçados. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/03/12/interna-brasil,665393/r-100-bilhoes-dos-investimentos-em-saude-em-2017-foram-desperdicados.shtml. Acesso em 24 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Liliane Coelho da. Reserva do possível, orçamento e direitos fundamentais. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reserva-do-poss%C3%ADvel-or%C3%A7amento-e-direitos-fundamentais. Acesso em: 25 abr. 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito fundamental à saúde: dos Direitos Humanos à Constituição de 1988. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2970. Acesso em: 23 out. 2018.

SOBRE Recursos Repetitivos. Sítio do STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos. Acesso em: 24 abr. 2019.

STIBORSKI, Bruno Prange. Reserva do Possível: Origem, Conceito e Ordens. Disponível em https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens. Acesso em: 29 out. 2018

TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 3. ed. Revista, atualizadabe ampliada Editora JusPodivm, 2018. p. 31/32. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fd20fc9c80ffa301464486544271 5 7e6.pdf. Acesso em: 8 mar. 2019

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza; SOARES, Ricardo Mauricio Freire. O Sistema de Precedentes e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/o-sistema-de-precedentes-e-sua-aplicabilidade-no-direito-brasileiro. Acesso em: 16 mar. 2019.

A TRADIÇÃO DO RULE OF LAW E O CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL KELSENIANO: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTENÇÃO DO PODER ESTATAL

Letícia Ramos Xavier Régis

RESUMO

Tendo em vista as sociedade modernas ocidentais pluralistas e a tensão entre direito e política, imposta pelo constitucionalismo do período do final do século XVII até o início do século XIX na Europa e no Estados Unidos, a relevância desse trabalho se mostra na investigação de como controlar eventuais abusos por parte daqueles que exercem o poder, daí, surge a principal demanda do constitucionalismo moderno, qual seja, de contenção do estado, a fim de evitar novas imposições autocráticas. Então, quais as condições constitucionais que permitem o controle do poder por meio do direito para assegurar legitimidade a um estado de direito? As hipóteses iniciais são que é preciso uma constituição como instrumento de organização de um estado dentro da lógica do controle de todo o exercício do poder; e que o poder judiciário é condição de possibilidade de equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. O objetivo geral é investigar quais são as condições constitucionais dos modelos políticos constitucionais desenvolvidos ao longo da experiência na modernidade da Europa e nos Estados Unidos. O objetivo específico é analisar quais são as condições constitucionais que garantem legitimidade de um estado de direito pelo critério do consenso. A metodologia utilizada foi a comparação de fontes bibliográficas por meio da análise entre dois modelos teóricos de democracia constitucional. O desenvolvimento da pesquisa se dá pela comparação entre a tradição continental e o a tradição anglo-americana. Posteriormente, analisa qual é a contribuição da jurisdição constitucional por Kelsen para garantir a legitimidade do estado de direito de tradição continental. As hipóteses iniciais são confirmadas, conclui-se pela necessidade de um direito que reflita a lógica da constituição de controle do todo o poder através do direito dotado



de caráter procedimental, bem como da necessidade da posição independente e imparcial do judiciário no exame da violação a direitos fundamentais, indispensável para garantia do pluralismo político e social.

Palavras-chave: Teoria da constituição. Tipos de estado de direito. Democracia. Jurisdição constitucional. Pluralismo.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do período do final do século XVII até o início do século XIX na Europa e nos Estados Unidos, uma série de movimentos políticos em vários países pretenderam limitar a arbitrariedade estatal com a finalidade de proteção e salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Esse movimento ficou conhecido como constitucionalismo cuja característica mais importante é a positivação de direitos fundamentais por meio de cartas que declaram os direitos dos cidadãos. A positivação de direito fundamentais tem duas consequências, a primeira é esvaziar o poder do monarca de legitimidade enquanto autoridade divina que diz o direito, a partir de então a legitimidade do direito emana do próprio povo; e a segunda é garantir que os cidadãos tenham segurança de que mesmo que alguns direitos sejam contingenciados por lei, os seus direitos fundamentais são intangíveis pelo estado, que diante de lei que os ameace, é dever do estado se conter para garanti-los. A mudança de paradigma da legitimidade do estado moderno é o ponto de partida para a tensão entre direito e política na democracia constitucional.

Tendo em vista que as sociedade modernas ocidentais são pluralistas, um dos traços mais marcantes do liberalismo político que demanda a coexistência entre grupos e indivíduos com concepções de bom concorrentes entre si, o caminho para a legitimidade de um estado de direito deve ser um consenso mínimo entre os cidadãos que são submetidos ao poder do estado. De acordo com o critério de legitimidade através do consenso utilizado por Michel Rosenfeld (2001), a

legitimidade prescinde do conhecimento com antecedência por parte dos cidadãos de quais são as consequências dos seus atos, mesmo que possivelmente em algumas situações devam ser constrangidos a executar algo contra a sua vontade. Dessa forma, o papel do direito é garantir aos seus cidadãos a previsibilidade das leis e das ações do estado que devem estar dentro da lógica prevista pela constituição. Para além do momento do contrato social que estabelece os limites do estado, é preciso normas que permitam conter o poder dentro do direito, para que o consenso seja mantido. A tensão entre direito e política, portanto, pode levar a abusos por parte daqueles que estão no exercício do poder, daí, surge a principal demanda do constitucionalismo moderno, qual seja, a contenção do estado, a fim de evitar novas imposições autocráticas. Então, quais as condições constitucionais que permitem o controle do poder por meio do direito para assegurar legitimidade a um estado de direito?

O choque entre a pretensão estatal de implementar a vontade democrática e o dever de proteção dos direitos dos cidadãos deu lugar ao desenvolvimento de tradições históricas que remontam a dois modelos políticos de democracias constitucionais. De um lado, a tradição continental desenvolveu um mecanismo de contenção do estado centrado na lei, como única fonte de direito. Esse modelo constitucional nasce da ideia de constituição como carta de valores de um povo, valores que são compartilhados por todos os cidadãos. O estado deve buscar a realização dos valores constitucionais por ser a própria materialização da unidade política da sociedade. O povo, titular do poder soberano, se expressa por meio do parlamento, que emana a vontade democrática, sendo o parlamento representante da soberania popular, somente o próprio povo pode controlar o parlamento, através das eleições. A tradição continental desenvolve uma forma de contenção do estado

baseada na lei como única fonte do direito, portanto, o direito é sempre dotado de um conteúdo objetivo e predeterminado. Apesar das diferenças, o ponto em comum entre o estado de direito alemão e o francês é que ambos pretendem evitar decisões autocráticas por meio da previsibilidade das leis que devem prescindir de aprovação do parlamento.

Por outro lado, a tradição do anglo-americana desenvolveu um modelo de democracia constitucional ancorado na noção de constituição como instrumento de organização do estado. A busca pela legitimidade através do consenso desses estados se concentra na previsibilidade dos meios para participar do conflito entre os poderes. O direito é dotado de critério procedimentais que garante que as decisões sejam tomada no bojo de um processo judicial. O caráter litigioso da forma judiciária é o meio pelo qual todos os cidadãos podem arguir a potencial violação de direitos fundamentais, e a consequente possibilidade de controle de eventuais abusos de poder do estado. Assim, a garantia procedimental dessa tradição garante o *rule of law*, o controle do direito destituído de valores morais.

Nesse sentido, a perspectiva de democracia de Kelsen contribui para a aproximação dos dois modelos políticos de democracia constitucional analisados. A reconstrução da discussão de Hans Kelsen sobre a necessidade da instituição da jurisdição constitucional para assegurar legitimidade a um estado de direito da tradição continental contribui para as confirmação das hipóteses iniciais desse trabalho. A hipótese geral é que é necessária uma constituição como instrumento de organização de um estado dentro da lógica do controle de todo o exercício do poder; a hipótese específica é que o poder judiciário é condição de possibilidade de equilíbrio entre poderes institucionais e sociais. Segundo Kelsen, a constituição deve assumir um caráter normativo e formal e, por outro lado, a corte constitucional é a

condição necessária para a democracia constitucional, definida como o compromisso entre maioria e os direitos das minorias.

Através da comparação de fontes bibliográficas, compara-se dois modelos políticos de democracias constitucionais para responder à hipótese geral; e através da comparação de fontes bibliográficas, compara-se a tradição do rule of law anglo-americano e o conceito de jurisdição constitucional de Hans Kelsen no contexto da tradição continental para responder à hipótese específica. O presente trabalho busca responder como é possível o controle de eventuais abusos do poder através do direito. Como evitar, por meio do direito, que o poder de um grupo, mesmo que pretensamente democrático como maioria, se sobreponha a todos os demais? Em outras palavras, a problemática que é o fio condutor da presente monografia é: considerando que o desenvolvimento e manutenção de uma sociedade pluralista é uma realidade de fato, quais as condições constitucionais que permitem manter todo tipo de poder dentro dos limites do direito?

2 A TRADIÇÃO DA EUROPA CONTINENTAL E A CONSTITUIÇÃO COMO AFIRMAÇÃO DE VALORES MORAIS

A tensão do constitucionalismo entre soberania popular e direito em um contexto de sociedade pluralista deu origem a dois modelos políticos de democracia constitucional. Na busca de estabilidade e manutenção da legitimidade através da contenção do estado pelo direito, Michel Rosenfeld (2001) analisa tipos de estado de direito que podem ser divididos em dois modelos políticos de democracia constitucional. Apesar das diferentes origens históricas e das divergências sobre o papel de cada um dos poderes do estado, os estados de direito alemão e francês podem ser aproximados pelas ideias comuns de constituição como afirmação de valores substantivos compartilhados por todos os cidadãos. Uma breve análise do

que nesse trabalho vai ser tratado como tradição continental, através da aproximação entre o estado alemão, *Rechtsstaat,* bem como do estado de direito francês, *État de Droit*, pode oferecer elementos para analisar se a contenção do estado através do direito nessa tradição pode garantir que o poder do estado seja mantido dentro do direito.

O *Rechtsstaat* é fundado a partir da ideia de estado como autoridade originária, que mantém a coesão de uma comunidade, e que representa o interesse comum. A sociedade, vista como homogênea, se identifica com o estado que é a materialização da unidade social, e o único capaz de expressar o interesse geral. Dessa forma, o estado de direito alemão foi desenhado a partir do princípio da legalidade dos atos de estado com o objetivo de dominar seu próprio poder. No entanto, o princípio da legalidade na concepção alemã se distancia da gênese do liberalismo político que reconhece direitos fundamentais e consequentemente impõe limites ao poder do legislador, que deve se ater a regular apenas o que nocivo à sociedade. Ao contrário, o estado da tradição continental estabelece uma relação de autonomia com o direito: não há limites externos ao poder de legislar do estado. O *Rechtsstaat* pode ser traduzido como a regra do estado através da lei, ou seja, vincula a lei como única fonte de direito.[1] A consequência é um estado positivista que se desvia da demanda político-social do constitucionalismo moderno, qual seja, do direito como emancipação e como garantia de indivíduos contra o abuso do poder, e se transforma em mero instrumento de realização da soberania do estado.[2] O *Rechtsstaat* pode ser reduzido ao controle formal dos atos de estado, cuja única

[1] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1319.

[2] SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade,* v. 49, p. 43 -85, 2016. p. 55.

exigência é autorização do legislativo para os atos do executivo, sem um controle do conteúdo e o propósito da lei, mas apenas dos métodos empregados pelo estado para adotar a sua realização.[3]

Em uma perspectiva histórica, a soberania estatal é construída para fazer frente ao poder governamental da monarquia contra o povo. Os limites eram desenhados a partir de uma estrutura institucional que limitava as arbitrariedades da pessoa do governante. Tendo em vista que o estado, em uma transição do Antigo Regime, tinha poderes ilimitados perante os súditos; que não havia qualquer relação de igualdade na aplicação da lei entre os sujeitos à ela; que a noção de propriedade privada era constantemente violada, há grande avanço de garantias no estado alemão. No entanto, fora desse contexto, não há no sistema alemão qualquer instrumento para controlar o propósito da lei do estado, apenas nos métodos empregados pelo Estado para implementar sua realização.[4]

O Estado alemão falha no controle do exercício do poder, pois a vinculação entre estado e lei tem como fulcro a ideia de primazia do estado sobre o direito. A visão do estado como o único criador do direito implica que seja o único capaz de impor limites ao seu poder.

No *État legal*, a soberania absoluta do parlamento é conferida pela vontade democrática, que está diretamente vinculado ao corpo eleitoral. Além da influência de Rousseau[5], a visão francesa do papel do judiciário é em grande parte formada pela

[3] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1325.

[4] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1324-1325.

[5] A lei para Rousseau é legítima se expressa uma vontade geral cujo processo de elaboração deve ter em conta a consideração de interesses relevantes. A auto-legislação rousseauniana pressupõe que cada cidadão, em um conflito entre interesses individuais e o da sua comunidade, se abstenha dos interesses

visão de Montesquieu do juiz "boca da lei", que diante do caso concreto deve verificar qual seria a vontade do legislador e aplicá-la. O judiciário é mero instrumento para executar a vontade do parlamento.[6] O *État de droit* perpassa pela noção de estado constitucional garantidor de direitos fundamentais pela lei. Isso implica que a lei positiva que ferir direito fundamental deve ser controlada por nova lei que possa garantir o direito considerado fundamental diante do caso concreto. O parlamento é o órgão soberano e único legítimo para declarar os direitos dos cidadãos e controlar as leis do estado.

Em um cenário de revolução instaurada com vistas à superação do Antigo Regime, marcado pela supremacia do poder régio, com poderes absolutistas que governava abertamente em favor dos privilegiados, em um contexto de estamentos sociais bem definidos hierarquicamente, parece absolutamente legítimo esperar que os representantes vão aderir ao princípio do bem comum, principalmente porque os princípios burgueses eram projetados como universais. Porém, hoje, não parece ter nenhum motivo consistente para acreditar que os representantes legislativos vão necessariamente dar voz ao bem comum.[7]

O Estado francês também falha na contenção do Estado, pois a vinculação entre direito e lei tem como condição do controle um órgão político que é a manifestação da vontade de uma maioria. Esse controle não impede que os direitos

---

privados para que o bem comum da sociedade possa ser desvelado. Democracia não é o governo da maioria que subjuga uma minoria, mas o governo da expressão da vontade geral, que não é um conjunto de interesses privados, mas uma busca do bem comum da sociedade como um todo. (ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1331-1332)

[6] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 257.

[7] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1333.

fundamentais de minorias sejam violados em situações de grande apelo político provocado por uma maioria. Assim, um ato político que concede um direito pode ser sempre revogado pelo mesmo órgão que o promulgou.

A contenção do estado centrada na lei como única fonte do direito garante previsibilidade das decisões, é possível conhecer com antecedência qual será o valor que prevalecerá antes da tomada de decisão. No entanto, segundo Rosenfeld (2001), isso não garante a legitimidade da democracia constitucional, uma vez que uma sociedade pluralista demanda que todos os valores sejam, no mínimo, possíveis antes de se decidir pela prevalência de um. É necessário que o juízo de valores intrínseco à decisão não elimine o modo de viver de grupos dissidentes, de minorias. Assim, a legitimidade pelo consenso demanda a ausência de hierarquia entre os valores e a existência de contrapesos que impeçam que certos valores sejam sobrepostos excessivamente a outros, permitindo o modo de vida de grupos que não priorizem determinado valor. A conclusão é que a contenção do estado através do direito dotado de conteúdo substantivo e predeterminado não garante a legitimidade de uma democracia pluralista.

3 A TRADIÇÃO ANGLO-AMERICANA E O DIREITO COMO INSTRUMENTO FORMAL DE ORGANIZAÇÃO DE UM ESTADO

A análise desenvolvida no tópico 2 permite ver, ainda que apenas nas suas característica gerais, como o *Rechtsstaat* e o *État de droit* podem ser alinhados sob a perspectiva de estados cujas constituições são instrumentos de imposição de valores morais e que impedem que o direito seja uma estrutura formal que controle eventuais abusos do poder. Em sentido oposto ao da tradição continental, a tradição anglo-americana, os dois tipos de *rule of law*, inglês e americano, podem ser aproximados sob o modelo de constituição como instrumento para organizar o



estado em poderes iguais e independentes que podem verificar a atuação do poder entre si. Ao contrário da afirmação de valores, a principal função da constituição é evitar a concentração do poder de decidir, estabelecendo uma estrutura formal do direito que permite o controle de todo o exercício de poder, mesmo um poder pretensamente democrático como maioria.

Essa lógica da constituição permite um efetivo *rule of law* como estado de direito que protege os direitos dos cidadãos contra eventuais abusos de poder do estado. O *rule of law*, como independente e, ao mesmo tempo, dependente do estado é muito mais plausível quando percebe-se a posição constitucional de independência que os juízes e o judiciário ostentam diante dos outros poderes.[8] A independência dos juízes implica o poder de decidir que os atos dos órgãos públicos são ilegais, e de controlar todo o exercício do poder.[9] É nesse contexto que no estado inglês o *common law*, como produto da independência e autonomia dos juízes, surge como garantia de direitos de minorias. O papel dos tribunais ingleses e americanos é importante contrapeso que viabiliza o equilíbrio entre os interesses do estado e os interesses dos cidadãos. Segundo Rosenfeld (2001), é o poder judiciário que permite que o estado possa ser invocado contra o próprio estado no seu dever de autocontenção, uma vez que parece ser pouco provável a autocontenção estatal por uma obrigação moral, ou o controle da lei com critérios meramente substantivos, como no caso dos países de tradição continental.

---

[8] REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Independence*. Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/. Acesso em: 09 abr. 2019.

[9] REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Judges and parliament*. Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/judges-and-parliament/. Acesso em 09 abr. 2019.

A Constituição americana foi a primeira constituição no sentido moderno a estabelecer regras gerais de atuação política, por meio da separação de poderes, os *checks and balances*. Por outro lado, a Inglaterra não tem uma constituição que esteja contida em um único documento, e não há instrumento que organize expressamente as funções e os poderes dos três diferentes ramos do estado. Sua constituição se encontra nos estatutos aprovados pelo parlamento e no *common law*, as leis constitucionais se desenvolveram ao longo dos séculos nas decisões dos tribunais.[10] Não obstante a distinta formação histórico-constitucional desses estados, através do *common law* e do dogma da supremacia da Constituição nos Estados Unidos, essas tradições desenvolveram forte senso de *rule of law*.[11]

A Revolução Gloriosa conferiu destaque à posição do parlamento e ao mesmo tempo elevou a importância do *common law*, que deixou de ser mero instrumento de solução de controvérsias jurídicas cotidianas, e tornou-se em um eixo da organização constitucional. Ressalte-se, com isso, que a Revolução Gloriosa não buscou elevar a lei a uma posição suprema ou teve a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção de direito, o quadro constitucional da Inglaterra do século XVIII reuniu as cortes e o parlamento contra a Coroa. Mais do que à lei, a intenção foi de submeter o poder real ao *common law*.[12] Essa aliança em prol da contenção dos poderes da coroa provocou uma postura do parlamento no sentido de proteger a independência dos juízes. Estruturalmente, em contraposição à ideia da

[10] REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *The justice system and the constitution.* Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/justice-sys-and-constitution/. Acesso em: 09 abr. 2019.

[11] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p.1334.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841.p. 796.

Assembleia Soberana da Revolução Francesa, que correspondia à sujeição do juiz à lei, o proibindo, inclusive de interpretá-la para não a distorcer, a diferença do *rule of law* está na posição dos juízes diante da expressão da vontade do parlamento, que, por meio da interpretação, exercem "controle" constante sobre a legislação, tendo como lei mais ampla e fundamental o *common law*.[13]

O reconhecimento do direito no sistema constitucional inglês é ancorado especialmente nos fundamentos das decisões judiciais de interpretação do *common law*. O desenvolvimento do direito se deve ao protagonismo das cortes ordinárias que interpretam as regras positivadas e tutelam os direitos de liberdade de acordo com os princípios do *common law*. A interpretação judicial deve se ater exclusivamente às palavras do texto da lei, sem tentar interpretar qual seria a vontade do legislador à época da sua elaboração. É essa forma de interpretação não vinculada à intenção do legislador, apenas ao texto da lei e atento aos princípios do *common law*, que permite às cortes o exercício de uma atividade independente.[14]

O *rule of law* pode ser explicado por três características principais, a primeira é pelo princípio da estrita legalidade, que diz respeito ao *status* constitucional dos direitos individuais de liberdade, o que significa dizer que nenhum homem pode ser privado de sua liberdade ou ser atingido em seus bens por uma violação do direito, tendo em vista o princípio do devido processo legal pelas Cortes ordinárias. Isto é, o

[13] Na Inglaterra, o juiz era aliado do parlamento e não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o magistrado à lei, uma vez que historicamente lutavam do mesmo lado, juízes e legislador, contra o absolutismo. O *common law* surgiu como resultado da independência do judiciário, do ponto de vista histórico, ao contrário da Revolução Francesa, que vê o poder judiciário com desconfiança, os juízes da tradição do *rule of law* são importantes protetores da cidadania.

[14] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 240-242.

procedimento pelo qual pretende-se punir ou atingir os bens de um cidadão tem de seguir o estrito processo legal, sob pena de nulidade e ineficácia do processo.[15]

A segunda característica do *rule of law* é o princípio da unicidade do sujeito de direito: todos os indivíduos, independentemente de sua posição social ou cargo, estão sujeitos ao ordenamento jurídico. É importante destacar que esse princípio comporta tanto a unicidade da lei quanto o aspecto da unicidade da jurisdição, é dizer que não só nenhum cidadão está acima do direito, mas que todo indivíduo está submetido à jurisdição dos tribunais ordinários.[16]

O terceiro aspecto resultante da supremacia do *rule of law* não está, como os dois anteriores, no plano axiológico, antes no plano factual; não é um princípio, mas uma fórmula. É um produto específico do *common law*, uma característica originária da "constituição inglesa". Os princípios gerais da constituição são a ampliação dos direitos dos cidadãos reconhecidos em decisões judiciais em casos particulares. Ao contrário das constituições da Europa continental, cuja garantia dos direitos individuais deriva de princípios gerais da constituição, na constituição inglesa os direitos individuais são a consolidação da sucessiva tutela pelas Cortes em casos particulares.[17]

"As liberdades dos ingleses", "longe de serem o resultado da legislação, no sentido ordinário do termo, são o fruto das controvérsias levadas perante as Cortes

[15] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 219.

[16] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 220-221.

[17] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 222.

em nome dos direitos individuais."[18] A constituição inglesa, em grande medida, é fruto da atividade criativa dos juízes, que, com a ajuda do Parlamento, criaram um processo de constitucionalização por via jurisprudencial. Ao contrário das constituições continentais, a constituição inglesa não é um documento único com uma declaração de direitos.[19] O direito constitucional inglês é a generalização de direitos tradicionalmente reconhecidos. Em outras palavras, grande parte das normas constitucionais estão sob a forma de jurisprudência.[20]

A conformação institucional inglesa construiu uma constituição não escrita que reflete e incorpora as ideias e valores determinados pelo *common law*. A limitação que o *common law* impõe ao poder é constitutiva. O antiquíssimo corpo de normas que está entranhado em toda história do estado inglês e que é mesmo o amálgama que constitui o direito se apresenta como entrincheiramento de normas que dificulta que leis ou decretos extingam direitos abruptamente.

O estrito dever de legalidade, o princípio da unicidade do sujeito de direito e o *common law* são características de um processo judicial que faz parte de um controle do poder com o objetivo de conter a pretensão do estado em criar e extinguir novos direitos. Pela via do processo judicial, o controle da lei é mais do que

[18] DICEY, 1915, p. 116 apud SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p. 223.

[19] SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263. p.225.

[20] Pelo seu próprio modo de vir à luz, a constituição inglesa concebeu os instrumentos de tutela de um direito no mesmo momento em que reconheceu o direito a ser tutelado. Não há direitos mais fundamentais declarados em um corpo estranho, apartado dos outros direitos, o que facilitaria a sua suspensão ou revogação sem uma brusca subversão na prática jurídica ordinária. Ao contrário, os direitos constitucionais são uma ampliação dos direitos ordinários. Dessa forma, só poderiam ser suspensos mediante uma revolução nas instituições e nos costumes da nação. A característica histórico-factual do *common law* contribui para garantia do direito, mesmo em momentos de crise.

a mera conformidade da lei a constituição, é preciso que a lei seja substancialmente legítima, que atenda ao objetivo político do estado de manter os direitos fundamentais. O *rule of law* mantém a legitimidade pelo consenso, pois permite o controle das leis na medida em que o juiz analisa em caso particulares se é o caso de prevalecer o valor minoritário para proteger direitos fundamentais.

Ao contrário da constituição inglesa que é composta por um aglomerado de leis, costumes e tradições, a constituição americana sistematizou em um corpo de normas as regras fundamentais de governo. A constituição assume caráter normativo e não mais simplesmente descritivo. De um lado, é uma declaração de direitos fundamentais, com forte influência da visão lockeana[21] de direitos naturais, e o estabelecimento de um rigoroso sistema de separação dos poderes, limitados e controlados entre si. De outro, a nova concepção de constituição é fundada e justificada na e pela noção de autodeterminação da soberania popular. No entanto, frise-se que a república federativa, ao contrário da versão republicana francesa, tinha uma noção de república que, longe de ser ancorada em um único órgão que concentrasse a soberania absoluta, antes, é ligada à noção federalista de *checks and balances*. A proposta federalista é de um sistema de controle que permeasse todos os órgãos do estado, um instrumento para controlar as paixões do povo, de modo a filtrar as leis incompatíveis com as leis fundamentais e com os princípios de justiça.

[21] A teoria de Locke que defende direitos antecedentes ao Estado que pertencem aos indivíduos e são naturais, preexistentes, inalienáveis. Essa concepção de direito impõe dois deveres ao Estado, o de natureza negativa, qual seja, de se abster de interferir na fruição dos direitos inalienáveis de seus cidadãos com vistas a assegurar o livre gozo de direitos individuais; e o dever positivo que, em última instância, deriva do dever negativo, qual seja, o de defender seus cidadãos, titulares de direitos, de outros concidadãos. Portanto, a razão de ser do Estado seria a de salvaguardar os direitos negativos dos cidadãos. (ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001, p. 1334-1335)

Nos Estados Unidos, "o povo como soberano foi limitado nos seus poderes a partir do momento em que a Constituição foi ratificada."[22]

O *rule of law* ficou caracterizado no sistema constitucional americano a partir da decisão paradigmática *Marbury v. Madison*, quando a Suprema Corte tomou para si a incumbência de verificar o exercício do legislativo em nome da lei.[23] A decisão que introduziu a *judicial review of legislation* declarou que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição.[24] Estabeleceu-se, a partir daí, que a lei que conflitar com a Constituição é nula e a Suprema Corte e os tribunais ordinários devem deixar de aplicá-la diante do caso concreto. A Suprema Corte, em última instância, além de não aplicar pode invalidar a lei, a fim de proteger os direitos fundamentais declarados pelo poder constituinte. [25]

O raciocínio que elevou a posição do juiz diante das leis ordinárias é fundamentado na distinção entre poder constituinte e poder constituído. Se a Constituição é lei suprema, e o órgão legislativo é parte do poder constituído, não cabe à lei ordinária modificar a lei suprema, e, no caso de contradição entre as leis, a lei ordinária que contraria a Constituição deve ser nula. Cabe ao judiciário

---

[22] APPLEBY, 1991, p.219 apud CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307. p. 276.

[23] ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001. p. 1339-1340.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841. p. 810.

[25] O poder judiciário nos Estado Unidos se consolidou intérprete da constituição que tem a função de organizar os poderes do Estado, de delimitar a extensão do poder de cada órgão e, portanto, tornar possível o controle de todo o exercício do poder.

interpretar as leis para julgar os casos, e quando a lei afrontar a Constituição, o juiz deve deixar de aplicá-la ao caso concreto. Dessa forma, o judiciário assume o papel de intérprete último da Constituição.[26]

A partir dessa incumbência do judiciário de interpretar as leis e eliminar o conflito entre elas, a sentença *Marbury v. Madison* subtraiu os direitos constitucionais da esfera da política. Caberia às Cortes a obrigação de decidir *what the law is* em caso de conflito entre leis ordinárias, bem como entre leis ordinárias e leis constitucionais. O Poder Judiciário assume a responsabilidade de representante virtual do povo constituinte ao tempo em que retira a função de intérprete da constituição do poder legislativo. Cria-se um vínculo jurídico permanente entre poder legislativo e maioria e poder judiciário e minorias.[27] Essa decisão foi um marco na história constitucional dos Estados Unidos porque concedeu aos tribunais e à Suprema Corte, em última instância, o amplo controle das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade. Assumiu a posição de órgão competente para conservar os direitos naturais do povo americano, tomando a função de freio contramajoritário aos impulsos irracionais do legislador ordinário e de garantidor dos direitos das minorias

No intuito de esclarecer quais são as condições que permitem reunir a tradição inglesa e a americana sob a perspectiva de um mesmo modelo político de democracia constitucional esse tópico buscou as características gerais das constituições dos respectivos *rule of law*. Nesse sentido, a constituição de um estado

---

[26] MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841. p. 812.

[27] BONAZZI,1991, p. 102 apud CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307. p. 277-278.

de direito legítimo não assume afirma determinados valores morais como hierarquicamente superior a outros. Essa é a primeira condição para reconhecer eventuais abusos de poder e promover a proteção de direito fundamentais de minorias. Além disso, nota-se, pela breve análise estrutural dos dois estados, a posição do judiciário como condição de possibilidade de equilíbrio entre os poderes institucionais e sociais. Assim, a tradição do *rule of law* oferece a previsibilidade das regras procedimentais para que quaisquer valores sejam considerados e todos os grupos de interesse possam, pelo menos, ser considerados. E, se não é possível saber *ex ante* qual vai ser o resultado da decisão, pelo caráter experimental do *common law*, é possível garantir que todos os grupos tenham a garantia de reivindicar a proteção de direitos fundamentais perante o estado. Portanto, o caráter procedimental do direito e a independência do judiciário garantem que o pluralismo social e político sejam refletidos nas decisões do estado.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tendo em vista as relações entre as tradições históricas dos estados de direito acima enunciadas, é possível enriquecer a discussão com a análise teórica de Hans Kelsen sobre a necessidade de uma jurisdição constitucional situada no contexto da tradição continental. A proposta de instituição de uma corte específica para resoluções de controvérsias constitucionais permite que dentro da disposição institucional da tradição continental seja possível o efeito de controle do poder do estado pretendido por Rosenfeld na sua análise sobre a tradição do *rule of law*. De acordo com o que se buscou demonstrar até agora, a defesa de Kelsen pelo estado de direito ajuda a pensar quais são as condições constitucionais para uma democracia pluralista. Nesse sentido, pensar sobre a instituição de uma jurisdição constitucional ajuda a tornar mais palpável a tese específica que aqui se sustenta: de que, em uma



sociedade pluralista, o poder judiciário é condição de possibilidade de uma democracia constitucional legítima.

Hans Kelsen (2013), no texto "Quem deve ser o Guardião da Constituição?", discute o problema da garantia constitucional, que guarda relação direta com o princípio do estado de direito[28], uma vez que busca garantir que os órgãos estatais ajam em conformidade com a constituição. Para Kelsen (2013), estado e direito surgem no mesmo momento e não podem ser separados entre si. Isso implica que a constituição é fundação da unidade do estado, ou seja, que o estado é todo abrangido pela determinação constitucional da atividade estatal, reconduzível à judicização integral dos seus atos; e que a legislação deve corresponder à execução do conteúdo previsto pela constituição.[29] Assim, Constituição é um corpo de normas superiores que regula os procedimentos legislativos, a posição e a competência de todos os órgãos supremos do estado.[30] Por isso, a constituição passa a ser legislação hierarquicamente superior que regula o conteúdo e a forma das legislações inferiores. Consequentemente, a atividade legislativa dos poderes legislativos e executivos torna-se função jurídica, portanto, controlável judicialmente.

A primazia da constituição e a visão da soberania do ordenamento jurídico exige uma justiça constitucional como garantia da regularidade de todas as funções jurídicas do estado[31]. Kelsen (2013) defende que a função de garantia da constituição

[28] É preciso esclarecer que o presente trabalho não se refere ao Estado de Direito no sentido meramente formal de Kelsen. A ideia de Estado de Direito aqui tratada se refere à dimensão substancial kelseniana de estado de direito democrático.

[29] BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 400.

[30] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 295.

[31] A construção kelseniana da jurisdição constitucional defende que o controle judicial seja no âmbito do tribunal constitucional cuja função política é resolver controvérsias em que a lei é o próprio objeto de



seja confiada a um tribunal que decida, na forma de um processo litigioso, sobre a constitucionalidade de atos do parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cabendo ao tribunal a cassação dos atos em caso de sua inconstitucionalidade.[32]A lei perde o caráter incontestável e pode ser controlada através de um processo que avalia a validade da norma com base na verificação se é aplicação de norma superior. A lei deixa de ser um comando de ordem imperativa e passa a depender de norma superior que a autorize.

Segundo Kelsen (2013), trata-se de uma jurisdição que atua como guardiã da constituição diante de conflitos entre normas. Assim, tanto o controle do tribunal constitucional quanto o controle dos tribunais ordinários têm a função de resolver controvérsias sobre o conteúdo de disposição normativa, ou seja, de definir o conteúdo de norma de conteúdo duvidoso.[33] O tribunal constitucional decide sobre a constitucionalidade de uma lei ordinária na medida em que o suporte fático da sua produção é subsumido à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela,[34] enquanto um tribunal ordinário decide se é o caso de o fato descrito estar ou não conforme o comportamento determinado por lei.[35]

---

juízo. mas a partir da teoria do ordenamento jurídico em graus, há a possibilidade de extensão ao âmbito dos tribunais ordinários que discutam direitos subjetivos, como no caso dos estados de direitos da tradição do *rule of law*.

[32] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p.247.

[33] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 253-255.

[34] O controle consiste na verificação da adoção do procedimento regulado pela constituição, mas especialmente na verificação do fato de uma norma ter sido adotada com o conteúdo material contrário ao fixado pela Constituição - através de linhas diretivas e princípios. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 255)

[35] O tribunal constitucional cuja produção jurídica declara norma inconstitucional e o tribunal ordinário que através de sentença produz normas individuais exercem o mesmo direito de controle de constitucionalidade das normas. O controle entre os referidos tribunais se distingue na medida do



Segundo Kelsen (2013), "a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder"[36], então o papel da constituição de um estado é de condição de equilíbrio de uma sociedade pluralista. Kelsen expõe que toda decisão é em favor de um interesse ou de outro, de forma que a decisão deve buscar um acordo entre as distintas forças políticas e sociais.[37] É ficção defender um interesse objetivo do estado que só serve para ocultar e justificar a defesa de interesses de um grupo em particular.[38] Nem mesmo de um plebiscito é possível extrair a vontade coletiva, no máximo, a vontade de uma maioria.[39] O caráter litigioso da resolução de controvérsias serve para esclarecer qual é a conjuntura real de interesses e possibilitar a proteção de minorias, que podem ver seus interesses ofuscados pela ficção do interesse comum.[40]

A identificação do estado com o ordenamento jurídico é compatível com a ideia de unidade formal realizada pelo estado. A constituição é regra formal,

---

alcance da decisão judicial: o tribunal ordinário, quando exerce controle material afasta a norma para o caso concreto e atua como legislador negativo em um caso; e a decisão do tribunal constitucional, quando anula a norma geral, alcança todos os casos possíveis. Portanto, o efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade da produção da lei implica na anulação do ato contrário, seja de modo pontual - para o caso concreto - seja de modo geral - para todos os casos. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 256)

[36] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 240.

[37] Nesse sentido, a forma judiciária favorece a participação de grupos de interesses antagônicos do processo, que apresentam o conflito de interesses em jogo, o que aumenta a probabilidade de que o processo conduza a uma coordenação de interesses, e a sentença seja um acordo entre os interessados.

[38] Para Kelsen, a unidade do Estado prevista na Constituição é formal. Uma unidade material, no sentido de uma efetiva comunhão de interesses, só poderia ser desejada do ponto de vista político. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 296)

[39] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 281-282.

[40] Segundo Kelsen, a unidade política material é real na medida em que é necessária, ou seja, alguém tem de decidir, porém deve ser precária, no sentido de que a decisão pode mudar quando for o caso. A principal função do chefe de Estado consiste em ser o símbolo dessa unidade, que deve ser imperativa. Porém ele é apenas o símbolo, não o produtor de uma dada unidade real. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 280)

condição de possibilidade do sistema democrático para garantia do pluralismo.[41] A mudança do conceito de democracia a partir de Kelsen (2013) é condição para a construção do estado de direito continental. Democracia deixa de ser a expressão da vontade do povo pelo parlamento e passa a ser um compromisso da maioria com os direitos das minorias. A soberania do ordenamento abre a possibilidade para que os grupos se alternem na dominação da vontade do estado, promovendo um equilíbrio contramajoritário entre maioria e minoria.[42]

Para Kelsen (2013), todos os estados têm um conflito interno entre grupos sociais, uma violenta luta entre a parte da sociedade que está fora do Estado e a parte da sociedade que se identifica com ele, que é o estado - porque e na medida em que o seu ordenamento garantidor os interesses dessa parte, e essa oposição se manifesta seja pela luta de classes do proletariado no estado legislativo da democracia parlamentar, seja pela luta da burguesia em relação ao estado da monarquia absoluta.[43] Consequentemente, o controle do estado deve ser através de um processo que amplie a possibilidade de participação dos possíveis afetados pela decisão, e, por outro lado, que o órgão a quem seja confiada essa atribuição seja um terceiro não interessado e independente.

A forma judiciária é um processo dialético pelo qual é atribuído a grupos ou pessoas com interesses antagônicos a tarefa de trazer à luz do debate os prós e contras de determinada solução, garantindo que seja uma discussão pública e clara

[41] BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 398.

[42] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 266-267.

[43] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 270-271.

quanto às consequências da decisão tomada. Através da mediação, a corte constitucional visa um acordo de interesses, o que aumenta a possibilidade de que a vontade estatal possa ser influenciada por vários grupos sociais de interesse.[44] O caráter litigioso é especialmente adequado quando a decisão não é sobre a constitucionalidade de uma lei, mas sobre a aplicação de uma norma constitucional que contém conceitos vagos, que concede ampla margem de discricionariedade ao julgador quando se está diante do desenvolvimento da constituição.

Uma das características mais importantes do estado moderno é a relação de antagonismo entre legislativo e executivo, que é um antagonismo entre minoria e maioria, sendo que esta tem no governo o seu fiduciário. A constituição divide o poder essencialmente entre esses dois polos, por isso a maioria dos casos de controvérsias constitucionais diz respeito sobre verificar se um dos polos ultrapassou os limites que a constituição designou, tendo, portanto, parlamento e governo quase sempre como partes litigantes. No caso de conflito entre a interpretação dessas normas é recomendável a criação de um órgão ao lado do legislativo e executivo que deva trazer equilíbrio à relação de poder, cuja atribuição específica seja resolver controvérsias constitucionais.[45]A competência de cada um desses atores institucionais foi regulada pela constituição, sendo recomendável que uma instância que não participe do litígio seja convocada para resolver a controvérsia da violação constitucional de competência. Por isso, com base no princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, a principal vantagem de uma corte constitucional é a

[44] BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414. p. 395.

[45] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 285-286.



neutralidade da instituição que controla a conformidade dos atos de estado à constituição, visto que não participa do exercício do poder.[46]

O tribunal constitucional concretiza a função política da constituição de guardiã contramajoritária dos direitos fundamentais das minorias políticas. É sua atribuição verificar se as leis e os decretos emanados pelos órgãos que exercem o poder estão de acordo com as normas constitucionais. O tribunal constitucional, cuja produção jurídica produz norma geral que declara inconstitucional certo ato de estado, atua como legislador negativo ao exercer o direito de controle de constitucionalidade das normas. Esse poder da atividade jurisdicional lhe confere o seu caráter político, ainda que em menor grau que a legislação. É por isso que é errônea a visão de que o Parlamento é o único cenário do conflito de interesses ou de poder, e o judiciário é apenas o meio de aplicação de leis indubitáveis e não-polêmicas, visto que todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política. Portanto, a diferença do caráter político da legislação e o da jurisdição é apenas quantitativa.[47]

Para Kelsen, não existe diferença entre a natureza da lei e da sentença, tão somente graus na distância do alcance das decisões políticas. A sentença é uma decisão política que faz lei entre as partes, a lei é uma decisão política para todos os submetidos ao ordenamento do estado. A sentença do tribunal constitucional é uma decisão política que tem o mesmo alcance geral da lei, mas não é criação de lei, é anulação de lei declarada inconstitucional. Por isso, o tribunal constitucional é o legislador negativo e guardião dos limites jurídicos fixados pela Constituição. Em

[46] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 239-240.

[47] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298. p. 251-252.

outras palavras, o tribunal constitucional é a instituição que verifica se direitos constitucionais estão sendo violados pelo estado, que se manifesta por leis e decretos que exprimem a vontade da maioria política.

Kelsen reformulou as condições constitucionais do modelo constitucional democrático, sem abalar a estrutura orgânica da divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário. A solução de um estado de direito, por meio da engenharia constitucional, abriu caminho para o controle do exercício do poder pelo direito na tradição continental. A visão da constituição como corpo normativo que não contém em si uma afirmação de valores morais é o primeiro passo para a possibilidade de controle de eventuais abusos do poder. O segundo é a proposta de reformulação estrutural do estado e a instituição de uma corte constitucional como órgão que exerce o papel político de contrapeso contramajoritário. Esses são os pontos cruciais de aproximação entre o *rule of law* e o estado democrático de direito continental. A visão da decisão como conflito de interesses que sempre tem partes interessadas, e, por outro lado, a canalização desses conflitos para a forma judiciária permitiu o controle de todo o exercício do poder.

A corte constitucional, como órgão central das controvérsias constitucionais, exerce o controle substancial das leis que deve ser arguido pelos interessados que pretendem reivindicar direitos fundamentais. A sentença é proferida depois do processo judicial que provê igualdade de oportunidade entre as partes para convencerem a corte de quais são os valores que devem prevalecer na decisão. Através da concepção de constituição como um corpo de normas e da instituição da corte constitucional é possível vislumbrar a possibilidade de legitimidade pelo consenso desse modelo de democracia constitucional.

5 CONCLUSÃO

Diante das dificuldades impostas pelo constitucionalismo, surgiu a tensão entre política e direito, fruto da positivação de direitos fundamentais e do liberalismo político. Esse movimento é uma quebra com as instituições autocráticas do estado e uma busca pela legitimidade através do consenso entre os cidadãos. Surgem as democracias constitucionais como modelos que promovem a vontade do povo e, também, protegem os direitos fundamentais declarados nas constituições. A legitimidade pelo consenso demanda previsibilidade sobre as consequências dos seus atos, regras estáveis do controle da lei para que não sejam surpreendidos por uma decisão sem critérios. Essa é a principal demanda do constitucionalismo moderno: a contenção do estado, mas não por voluntarismo do soberano, mas por regras conhecidas *ex ante*, isto é, pelo direito. Cabe perguntar, então, em um contexto de pluralismo político e social, qual devem ser os critérios do direito para a garantir legitimidade do estado? Como é possível controlar eventuais abusos de todo tipo de poder por meio do direito? É importante ter em vista que o consenso exige que todo o exercício de poder seja controlado, pois, em uma sociedade pluralista, todos os modos de vida devem coexistir.

Através da análise da tradição continental demonstra-se que os critérios do direito e a organização institucional desse modelo de democracia constitucional oferece previsibilidade do resultado das decisões. A previsibilidade é consequência, em primeiro lugar, da afirmação constitucional de valores substantivos que devem ser realizados para a concretização de direitos fundamentais e, em segundo lugar, por causa da divisão orgânica entre os poderes do estado, que vê o judiciário como poder nulo. A lógica da constituição como instrumento de imposição de valores objetivos e predeterminados e a supremacia do parlamento que inibi o poder

judiciário de controlar eventuais abusos de poder impõe o predomínio de um modo de vida que privilegia determinado valor. A primeira conclusão dessa investigação é que a escolha de valores que importam na proteção de direitos fundamentais, e a ausência de um judiciário com independência para ponderar valores, conduz à impossibilidade do consenso e na ilegitimidade desse estado de direito. Em outras palavras, em um cenário da sociedade pluralista um estado que assuma princípios morais dotados de um conteúdo objetivo e predeterminado não atende à demanda do constitucionalismo moderno.

Em um contexto de pluralismo, um consenso sobre quais são os valores que devem prevalecer em todas as situações parece impossível, porém um consenso sobre quais são os meios justos para participar e influenciar na tomada de decisão pode ser mais provável. O outro modelo político de democracia constitucional foi desenhado pela experiência anglo-americana, o *rule of law*. A constituição desse modelo buscou limitar a atuação do estado, através do controle recíproco entre cada poder do estado. Ao contrário da divisão orgânica entre os poderes da tradição continental, o sistema de *checks and balances* e a independência do judiciário permite que o exercício do poder do estado seja submetido ao controle judicial das leis em face da constituição. A constituição como instrumento de organização de um estado, destituída de valores substantivos fortes refletiu um direito procedimental que garante a previsibilidade das regras procedimentais para reivindicar direitos fundamentais. Em harmonia com o pluralismo político, todos os grupos de interesse podem reivindicar contra o estado direitos fundamentais potencialmente violados, mesmo com fundamento em valores desconsiderados por uma maioria. Porém um direito estritamente procedimental não é capaz de garantir valores substantivos mínimos que devem ser observados pelo estado, por isso, é preciso uma corte

constitucional que mantenha todos os valores dentro do direito. Por isso, é possível concluir que a legitimidade através do consenso depende de uma constituição que reflita um direito de caráter procedimental e de um corte constitucional que administre valores substantivos mínimos capazes de garantir pluralismo político e social.

Em outra frente, o trabalho reconstruiu a discussão sobre necessidade da jurisdição constitucional de Kelsen pela defesa de um estado de direito no contexto da tradição continental. Ressalta-se a importância da solução proposta pela via da engenharia constitucional que institui a jurisdição constitucional, um órgão exclusivamente designado para tratar de controvérsias constitucionais. Mantém a divisão estrutural entre os poderes da tradição continental, mas, ao mesmo tempo, retira o caráter absoluto da soberania do parlamento. A corte constitucional é um órgão político que permite a convivência entre o poder soberano e a esfera jurídica dos direitos fundamentais, subtraídos àquele poder. As condições constitucionais apresentadas por Kelsen tem o mesmo efeito que as da tradição do *rule of law* discutidas por Rosenfeld, uma vez que, para além de um órgão neutro e imparcial na disputa de poderes entre parlamento e presidente, a teoria kelseniana exige a superação da ficção da unidade política material da sociedade.

Portanto, tanto na tradição continental como na tradição do *rule of law*, o conceito de jurisdição constitucional kelseniano faz uma síntese entre o modelo político de democracia constitucional e o estado de direito. No que se refere à tradição continental, a instituição da jurisdição constitucional garante o controle do modelo como sistema que distingua interesses de direitos, que garante previsibilidade procedimental para viabilizar que todos os grupos reivindiquem direitos fundamentais potencialmente violados. De outro lado, na tradição do *rule of*

law a jurisdição constitucional age como um poder que equilibra os valores substantivos, com a finalidade de que nenhum valor seja completamente excluído do sistema. Portanto, a condição de possibilidade para que o pluralismo social e político seja refletido nas decisões do estado é a independência do poder judiciário. Assim, tanto o controle jurídico das leis na tradição anglo-americana pelo *common law,* quanto o controle jurídico da atividade legislativa pela corte constitucional na tradição continental garantem o equilíbrio entre forças institucionais e sociais. Por isso, deve-se ter clareza sobre qual é o modelo de democracia constitucional de referência, sob pena de impossibilidade de prever o processo e os critérios da decisão constitucional.

REFERÊNCIAS

BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional: Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 377-414.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 239-298.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 791-841.

REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *Independence.* Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/. Acesso em: 09 abr. 2019.

REINO UNIDO. Courts and tribunals judiciary. *Judges and parliament.* Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/judges-and-parliament/. Acesso em 09 abr. 2019.

REINO UNIDO, Courts and tribunals judiciary. *The justice system and the constitution.* Disponível em: https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/justice-sys-and-constitution/. Acesso em: 09 abr. 2019.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1306-1351, 2001.

SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade,* v. 49, p. 43 -85, 2016. p. 55.

SANTORO, Emilio. Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 201-263.

AMIANTO, AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Octavio Augusto da Silva Gomes

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a inserção e integração do instrumento das audiências públicas no processo constitucional de controle abstrato das leis, e como essa inserção foi imprescindível para a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a permissão do uso industrial e comercial do amianto, bem como buscou analisar os efeitos jurídicos decorrentes dessa mudança. O objetivo desta pesquisa é propor uma análise acerca dos fundamentos científicos, levados em audiência pública em 2012, conjugados com os argumentos jurídicos das decisões julgadas em 2017. O método utilizado foi o estudo de caso concreto agregado à pesquisa bibliográfica. Por meio dessa análise, o resultado que se apresenta é que o Supremo Tribunal Federal julgou as ações de controle de constitucionalidade utilizando-se dos argumentos científicos para realizar o juízo de compatibilidade das normas impugnadas, especialmente às normas relativas à saúde coletiva e meio ambiente ecologicamente equilibrado. Concluiu-se, portanto, que o instrumento de audiências públicas estaria integrado ao poder judiciário de cúpula e que tem exercido influência nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Audiência Pública. Meio ambiente. Saúde Coletiva. Controle de Constitucionalidade. Amianto.

INTRODUÇÃO

Esta monografia estuda a influência das audiências públicas no julgamento que declarou a constitucionalidade de lei estadual frente à lei federal que proibiu o amianto no território brasileiro e suas consequências jurídicas e fáticas, focadas na relevância dos direitos à ordem econômica e ao meio ambiente ecologicamente



equilibrado. Buscar-se-á analisar os fundamentos da mudança de entendimento do STF na interpretação de dispositivo constitucional relativo ao controle de constitucionalidade difuso, a qual se atribuiu o efeito vinculante e efeito *erga omnes*.

No ano de 1995, o legislador nacional editou e publicou a Lei Federal nº 9.055[1], a qual permitiu, sob determinadas circunstâncias, a exploração e uso comercial e industrial do asbesto, popularmente chamado de amianto. A espécie permitida, no entanto, foi apenas a variedade crisotila, a única da família das serpentinas. O amianto crisotila, também conhecido por amianto/asbesto branco, se tornou, então, um dos produtos mais rentáveis do comercio nacional, especialmente pela exploração na mina de Minaçu, no estado de Goiás.

Em maio de 2003 os governadores e as assembleias legislativas dos estados de São Paulo e do Mato Grosso do Sul, foram demandados em ações constitucionais pelo governador do estado de Goiás em razão destes estados editarem leis estaduais que proibiam a extração, industrialização e comercio do asbesto branco dentro das suas unidades federativas. O governador goiano alegou a violação das competências concorrente e privativa da União, além dos interesses econômicos dos entes envolvidos.

Essas leis estaduais tinham como base justificadora a proteção ambiental e a saúde pública, uma vez que estudos nacionais e internacionais apontavam a possibilidade de periculosidade da manipulação industrial do mineral, por meio de partículas liberadas no ar. À época, ambas as ações foram julgadas procedentes, visto que a Suprema Corte não poderia dar juízo de valor à dados científicos e, por haver

[1] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.

divergência científica sobre a periculosidade, optou-se, portanto, pela prevalência da manutenção da ordem econômica.

Duas novas ações foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), uma em 2005 e outra em 2007, buscando invalidar leis estaduais dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, que previam a transição gradual para o asbesto até culminar na sua total proibição, sob o mesmo argumento de violação do pacto federativo, competências legislativas e insuficiência de prova de periculosidade.

Nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.937/SP[2] (ajuizada em 2007), por meio do *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Crisotila – IBC, que requereu a realização de audiência pública, no ano de 2012, para que os ministros do Supremo Tribunal Federal entrassem em contato diretamente com especialistas contrários e a favor da declaração de inconstitucionalidade. A audiência foi realizada nos dias 24 e 31 de agosto de 2012, e esses dados apresentados foram usados como argumentos em duas outras ações constitucionais que tratavam do mesmo mérito: a

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.406/RJ[3], ajuizada em 2005 e a ADI nº 4.066/DF[4], ajuizada em 2008.

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum



Em 10 de agosto de 2017, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.066/DF[5], proposta em 2008 pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANTP) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95[6], visando a vedação da exploração industrial, comercial e doméstica de produtos compostos por amianto do tipo crisotila. A decisão final foi proferida no dia 24 de agosto de 2017 com a procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do dispositivo impugnado, contudo, sem efeito vinculante[7].

No mesmo dia do julgamento da ADI nº 4.066/DF[8], foi iniciado o julgamento da ADI nº 3.937/SP[9] (com julgamento conjunto das ADI's nº 3.356 e 3.357 e ADPF

---

para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[5] Op. Cit.

[6] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[7] O julgamento dessa ADI estabeleceu um marco interpretativo do art. 97 da Constituição Federal de 1988. Contudo, essa análise não faz parte do escopo desta pesquisa. Para saber mais: NETO, Celso de Barros Correia Neto. Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional? Consultor Jurídico, 9 de set. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional. Acesso em: 04 dez. 2018.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos

procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e

109), a qual possui maior relevância nesta pesquisa, pois foi a ação que ensejou a realização da audiência pública realizada nos dias 24 de agosto de 2012 e 31 de agosto de 2012. O Supremo decidiu pela improcedência da ação, que visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo[10], frente à Lei federal nº 9.055/95[11], com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95[12] (efeito *inter partes*).

Ainda na mesma sessão de julgamento da ADI nº 3.937/SP[13], iniciou-se o julgamento ADI nº 3.406/RJ[14] junto do processo apensado da ADI nº 3.470/RJ, que

---

consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[10] SÃO PAULO. Lei nº 12.684 de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/alteracao-lei-12684-26.07.2007.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

[11] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[12] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do

visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro[15], que dispões sobre a substituição progressiva de produtos compostos por amianto branco frente à permissão do art. 2º da Lei nº federal 9.055/95[16]. O

uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[15] RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.579, de 07 de junho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663 634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579. Acesso em: 09 mar. 2019.

[16] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

julgamento foi suspenso e reincluída na pauta e julgado no dia 29 de novembro de 2017. O STF decidiu pela declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/2017[17], contudo, atribuíram ao controle de constitucionalidade concreto/difuso o efeito *erga omnes* e vinculante, com base na redistribuição de competências por uma mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal[18].

As decisões das três ações (ADI nº 4.066/DF[19], nº 3.937/SP[20] e nº 3.406/RJ[21]), concernentes aos efeitos jurídicos, abordaram as razões de mudança na

[17] Op. Cit.

[18] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018. Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove

posição da Suprema Corte Federal[22] sobre o tema, tais como: a inconstitucionalidade progressiva do artigo 2º da Lei nº 9.055/ 1995[23], que permitia

ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[22] A partir desse ponto refere-se à Supremo Tribunal Federal como STF, Supremo, Suprema Corte, Suprema Corte Federal ou Corte, de forma indistinta.

[23] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim,

a utilização industrial de um tipo de amianto na indústria; a mutação constitucional das atribuições do Senado Federal do art. 52, inciso X da Constituição Federal[24], referente à edição de resoluções suspensivas das decisões de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e; a adoção dos efeitos vinculante e *erga omnes* ao controle de constitucionalidade difuso/incidental (na ADI nº 3406/RJ[25], porém a modulação dos efeitos ainda encontra-se com efeitos suspensos).

A decisão, no aspecto ambiental, por sua vez, destacou a natureza do amianto e sua facilidade de exploração na natureza e sua manipulação pela indústria; as espécies minerais decorrentes do amianto, especialmente o amianto branco; as doenças que decorrem da exposição do corpo humano ao crisotila e seu respectivo tratamento pelo Poder Público, em especial pelos órgãos de saúde e previdência; os argumentos levados por organismo nacionais e internacionais a favor do uso do amianto sob a alegação de exposição segura às partículas geradas na fase de

---

serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[24] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018. Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

industrialização, e a sustentação de organismos contra o uso, alegando que não há possibilidade de exposição segura.

Em razão dessa mudança, pode-se induzir diversas questões jurídicas, econômicas e fáticas que levaram a esse novo entendimento, como os que foram levados para as audiências públicas para a formação da convicção dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Essas razões são trazidas ao decorrer dessa pesquisa coadunados com os argumentos da audiência pública que foi considerada relevante para a decisão final. Diante desse quadro, as perguntas que desafiam essa pesquisa são as seguintes:

Os argumentos levados para as audiências públicas do referido processo (ADI nº 3.937/SP[26]) foram utilizados como fundamentação complementar da jurisdição do STF? A audiência pública do STF foi relevante para a declaração de inconstitucionalidade do amianto?

Para respondê-la, utilizar-se-á a metodologia de pesquisa exploratória, em que se emprega como fonte as decisões das ADI nº 4.066/DF[27], nº 3.937/SP[28] e nº

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração,

industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estadode São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.



3.406/RJ[29], o relatório da audiência pública realizada nos dias 24 e 31 de agosto de 2017, conjugado com pesquisa bibliográfica.

Aborda-se, incialmente, que as audiências públicas se integraram lentamente ao Judiciário de cúpula, contudo, desempenharam tamanha importância em outros processos que se utilizaram das audiências públicas, como por exemplo as ações que trataram sobre biossegurança, cotas raciais, demarcação de terras indígenas, abortos anencefálicos[30], e a audiência do amianto e sua influência nas decisões analisadas por esta pesquisa. É de observar que todos esses julgamentos possuem alta carga social e a participação de cidadãos parece ter afetado as decisões do Supremo Tribunal Federal.

As audiências públicas, portanto, possuem um objetivo claro que justificam a sua existência: a participação direta do cidadão. Por se tratar de um convite aberto, as informações reduzidas em relatórios, em geral, trazem dados técnicos, feito pelos próprios cidadãos, para demonstrar como a decisão afetará de forma positiva ou negativa o grupo social, ou toda a sociedade civil.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[30] Respectivamente: ADI nº 3.510/DF; ADPF nº 186/DF; ADI nº 3.239/DF e ADPF nº 54/DF.

Em reposta à pergunta inicial, apresenta-se no segundo capítulo os dados retirados dos relatórios das audiências públicas que apresentaram os riscos do amianto, contrapondo os dados levados por agentes nacionais e até internacionais que defendem a posição de "uso controlado" ou "nível de exposição segura" do amianto contra a reunião de agentes nacionais públicos e privados em defesa da posição de não existirem níveis seguros de exposição ao amianto.

Essa discussão traz o embate de duas mentalidades econômicas (o uso do amianto e o uso substitutivo do amianto) e como isso afetou grupos empresariais inteiros. Como demonstrou a reportagem da Folha de São Paulo[31] as questões econômicas alegadas pelas empresas foram: o inevitável aumento dos preços dos materiais de construção, que podem limitar ou cessar o poder de compra das classes mais vulneráveis, segundo a Eternit (empresa que utilizava do amianto no processo industrial de seus produtos). .....

Por outro lado, a Brasilit (ligada ao grupo francês Saint Gobain, que utiliza apenas materiais substitutivos do amianto na industrialização) nega esse fato sustentando que o aumento chega a ser apenas de 7% a 8% e que a própria concorrente já fabrica os produtos sem amianto e que a produção em massa desses novos produtos diminuiria naturalmente os preços desses produtos livres de amianto[32].

[31] COSTA, Mariana Timóteo da. No país, queda de braço entre os que produzem com e sem a fibra. O Globo, São Paulo, 19 de maio de 2012. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/rio20/no-pais-queda-de-braco-entre-os-que-produzem-com-sem-fibra-4947322. Acesso em: 27 nov. 2018.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direito de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Transcrição de audiência pública. Amianto. Brasília, 2012. p. 49. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

Dessa forma, o debate da proibição alcança patamares maiores que o meramente jurídico e por isso as audiências públicas são necessárias para inclusão cidadã, da própria Administração Pública (tratamento diferenciado pelos diversos órgãos), empresas privadas nacionais e internacionais, especialmente o Grupo Saint-Gobain que defendeu, por razões majoritariamente econômicas, o banimento do amianto do Brasil. Todos esses dados podem ser constatados do relatório da audiência realizada.

Pretende-se concluir com esta pesquisa que as audiências públicas estariam totalmente integradas ao poder judiciário e podem estar desempenhando uma ferramenta democrática de participação, bem como contribuindo para dois grandes fatores: a) a legitimação das decisões proferidas pela mais alta Corte do país, por meio da participação cidadã, uma vez que tem sido demandada a se manifestar em diversas ações de impacto social e; b) a influência, por meio de fundamentos válidos e concretos, do livre convencimento do magistrado, visto também a forma que a legislação nacional tem se aproximado mais das tradições da *common law*.

1 O INSTRUMENTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Este primeiro capítulo abordará os conceitos sobre a criação, a inserção e a utilização das audiências públicas nos três poderes e no Ministério Público, e o impacto desses instrumentos em ações diretas de alto teor social, político e econômico. Tratar-se-á, brevemente, da formação histórica do instrumento de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América e da sua implantação no direito brasileiro e os objetivos e efeitos do processo constitucional.

Há ênfase em abordar da sua utilização e transformação no ordenamento pátrio ao decorrer dos últimos 50 anos, com destaque especial

para o controle de constitucionalidade difuso/concreto e seus efeitos jurídicos quando do julgamento da ADI nº 3.406/RJ[33] *e os reflexos jurídicos que essa medida causou no sistema jurídico brasileiro.*

Essa decisão, apesar de posterior, refletiu no julgamento das demais ações, como a ADI nº 3.937/SP[34]*, que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995*[35] *sob a fundamentação*

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[35] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e saúde pública; e ADI nº 4.066/DF[36]*, que proibiu a mineração, industrialização e o uso comercial de produtos que contenham amianto em sua composição, sob o mesmo aspecto da proteção ao meio ambiente e a saúde pública (incompatibilidade entre normas).*

Passa-se, em seguida,

1.1 O instrumento de audiências públicas

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

As audiências públicas no direito brasileiro contemporâneo estão, segundo Mello, atreladas aos princípios basilares do processo administrativo federal, no qual tem como princípios maiores dois deles: a) o Princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*), objetivando democratizar a maneira que o Poder Público se relaciona com os administrados; e b) o Princípio Democrático – a soberania popular –, em que todo o poder constituído pertence ao povo e, por meio de seus representantes eleitos ou demais funcionários da administração pública, onde se legitima a decisão para garantir os interesses dos administrados (bem-comum), esclarecendo os pontos de debate da decisão a ser tomada em diversos âmbitos (administrativo, legislativo, judiciário)[37].

A audiência pública é um instrumento de conscientização comunitária de forma a ajudar os agentes políticos e jurídicos, movidos pela transparência e legitimidade, a consultar àqueles que serão atingidos pela decisão[38]. Dessa forma se garante igualdade entre agentes públicos e privados, pois a exposição estará envolta de diversas opiniões, favoráveis ou não, objetivando garantir o contato direto do cidadão, ou outro legitimado (procurador, entidade de classe, associação), com o agente público (político, administrativo e jurídico).

É importante ressaltar que os debates e opiniões expressas nessas audiências não possuem caráter vinculante para o agente público[39], mas, de regra, consultivo[40]. Assim, tem-se duas faces da audiência pública: a) trata-se de um método de

[37] MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 147-169. 2003.

[38] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano I, v. 1, n. 8. p. 7, nov. 2001.

[39] A parir desse momento o "agente público" referir-se-á aos âmbitos legislativo, executivo/administrativo e judiciário.

[40] SILVA, L. S. P. et al. Audiências Públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, nº 62. p. 249, out/dez. 2015.

esclarecimento aos interessados na decisão a ser tomada e; b) uma forma de aproximação do particular/administrado com o Poder Público, historicamente distante do cidadão sobre suas decisões[41].

A Constituição Federal, dispõe que as comissões em razão da relevância de matéria de sua competência, realizará audiência pública com entidades da sociedade civil[42]. Especificamente nessa disposição, abre espaço de participação do cidadão no processo legislativo, com o objetivo de direcionamento decisório (não-vinculativo) e constituidor, conforme exposto no parágrafo anterior.

Sua relação com o Princípio do Devido Processo Legal está fundada com a garantia de defesa e do contraditório, uma vez que os interessados irão se manifestar em projetos, por exemplo, de grande impacto ambiental, legislativo ou jurídico, e assim efetivar a garantia de ser ouvido pela Administração Pública, seja individualmente (cidadão diretamente) ou por meio de associações, fundações, sociedade civil organizada[43].

Reforçando o que já foi dito, o princípio basilar de todo o Estado Democrático de Direito não poderia estar de fora do cerne das audiências públicas, o princípio democrático. Prega que a soberania pertence ao povo, que o exerce por meio de seus representantes, com previsão expressa pela Constituição Federal de

[41] SOARES, Evanna. Audiência Pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo (FGV), Rio de Janeiro, p. 263-264. 2002.

[42] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

[43] SOARES, Evanna. Audiência Pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo (FGV), Rio de Janeiro, p. 264. 2002.



1988[44]. O cidadão presente na audiência pública passa, de acordo com Soares[45], de "administrado" para "parceiro da administração pública", concretizando a participação popular. Esse exercício democrático dos cidadãos, então, "fundamentam pretensões à satisfação dos fins sociais, culturais e ecológicos da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de participação política"[46].

Há previsão expressa no art. 32 da Lei do Processo Administrativo Federal[47] sobre a possibilidade, conforme o juízo da autoridade, da realização de audiência pública quando a questão a ser decidida estiver qualificada pela relevância de debate da matéria. Ainda nessa lei, há a previsão de outra forma de participação popular, a *consulta pública*, prevista no artigo antecedente (art. 31, Lei do Processo Administrativo Federal[48]).

José dos Santos Carvalho Filho expõe a diferença entre esses dois instrumentos:

> Convém, de logo, distinguir audiência pública de consulta pública. Embora ambas constituam formas de participação popular na gestão e controle da Administração Pública, não se confundem. A audiência pública propicia o "debate público e

[44] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 1º, parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[45] SOARES, Fabiana de Menezes. Direito Administrativo de Participação: cidadania, direito, estado e município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

[46] Op. Cit. p. 65-69.

[47] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[48] BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

> pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil", considerado "o interesse público de ver debatido tema cuja relevância ultrapassa as raias do processo administrativo e alcança a própria coletividade". Cuida-se, no fundo, de modalidade de consulta pública, com a particularidade de se materializar através de "debates orais em sessão previamente designada para esse fim". A oralidade, portanto, é seu traço marcante. A consulta pública, por seu turno, tem a ver com o interesse da Administração Pública em "compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo[49].

Da mesma o decreto nº 8.243/2014[50], que institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social, regula e define os dois conceitos:

> Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:
>
> [...]
>
> VIII - audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;
>
> IX - consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; e [...]

Portanto, a realização de audiência pública está ligada à exposição de motivos, seja de ordem técnica ou pessoal, diretamente ao agente público, a qual convoca essa audiência para fins de orientação para a decisão. Ainda nesse sentido, é possível

[49] CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Processo Administrativo Federal. São Paulo: Editora Saraiva. 5ª Ed., 2013. p. 185-186.

[50] BRASIL. Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8243.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

extrair a limitação da vontade legislativa e o subsidio de desempenho da atividade legislativa, judiciária e do Ministério Público. Cabe ressalvar a questão de ordem técnica quanto ao seu conteúdo, pois a audiência pública não exclui a exposição de informações técnicas, mas não se faz substituir, no todo ou em parte, de questões que são reservadas à pareceres técnicos de especialistas (a qual caberá instrumento próprio), e que não compõem o escopo argumentativo da audiência pública, voltada para o cidadão comum.

Não é correto dizer que a audiência pública seria uma reunião informal, pois há toda uma formalidade envolta para a sua realização, e a inobservância pode acarretar na desconsideração do feito[51]. O cidadão pode argumentar questões relacionadas à sua própria realidade social, mesmo que informalmente, como por exemplo a instalação de uma fábrica que realizará despejo de rejeitos às proximidades em um rio.

Assim, os cidadãos que vivem de pesca (ou quaisquer outros interessados) podem alegar que caso o poder público permita a instalação, é possível alegar o risco para a atividade de subsistência, prejuízos ao meio ambiente, proliferação de doenças etc. E ainda nessa mesma audiência, uma associação de pescadores pode trazer dados

[51] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Remessa "Ex Officio" 607/SC em Ação Civil** 200.72.01.000607-8/SC. Ementa: Processo civil. direito ambiental. nulidade de audiência pública. descumprimento do prazo fixado na resolução do conama nº 9/87. - O Estudo de Impacto Ambiental, assim como o respectivo Relatório de Impacto Ambiental, são norteados pelos princípios da publicidade e da participação pública que visam a ampla discussão da comunidade acerca da obra ou atividade a ser licenciada. - O art. 2º, parágrafo 1º, da Resolução nº 09/87 do CONAMA, prevê 45 dias, contados a partir da data de recebimento do RIMA, para ser fixado edital e anunciado, pela imprensa local, a abertura de prazo para a solicitação de audiência pública. - Impossibilitada a eficaz participação na audiência pública da autora por descumprimento do prazo legal, é ineficaz a convocação e a designação da audiência na data estabelecida pelo IBAMA. - Remessa oficial improvida. Autor: Associação de moradores amigos e proprietários de pontal do norte e figueira do pontal. Réu: Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relatora: Des. Federal Silvia Goraieb. Curitiba, 22 set. 2004. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1165739/remessa-ex-officio-reo-607. Acesso em: 09 mar. 2019.

técnicos, pois a audiência pública não é óbice para informações de ordem técnica-científica, já que elas estariam reforçando uma posição anteriormente alegada pelos cidadãos. Da mesma forma, a empresa que pretende se instalar na região pode demonstrar, em audiência, sua defesa e as vantagens de seu estabelecimento.

Legalmente falando, a natureza da audiência pública visa debater acerca de questões relevantes que afetam interesse geral da coletividade, seja ela de qualquer âmbito de direito. E para essa ocorrência, é necessário um pressuposto, conforme disposto da Lei nº 9.784/99[52], qual seja a *relevância da questão*.

É oportuno ressaltar sobre esse requisito, a "*relevância*", contida no texto da Lei, é entendida de que a questão a ser decidida deve ultrapassar o próprio limite administrativo (ou outra seara onde se tomará a decisão) e até o mesmo interesse da parte[53], já que se entende que se trata de uma coletividade difusa ou coletiva, e esse reconhecimento é de iniciativa da própria autoridade que conduz o tramite da decisão e que convocará a audiência pública.

Justamente para evitar que as audiências públicas se tornem um procedimento apenas protocolar, Mello[54] entende que se a audiência for fundada em participação meramente de cumprimento de etapa, sem a efetiva participação popular, poderá o ato ser penalizado com invalidade[55]. O autor entende que para a efetividade do mecanismo, prezando oralidade e debate, é necessário que se cumpra

[52] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[53] MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 147-169. 2003.

[54] MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 147-169. 2003.

[55] MELLO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 147-169. 2003.

com a explanação de opinião dos cidadãos e que isso conste em relatório sobre o resultado da audiência.

No sentido exposto acima, Soares informa que a audiência pública, para ser efetivamente "pública", seguirá os mesmos princípios da administração pública e os "princípios jurídicos de caráter geral", e assim o arcabouço principiológico da audiência pública comporta: devido processo legal, publicidade, oralidade, simplicidade das formas, participação do público, contraditório, instrução, economia processual, impulso oficial e gratuidade (via de regra).

Portanto, se a audiência pública não cumpre suas formalidade implícitas, viola automaticamente seus princípios e finalidade, e a lógica de Mello estaria correta em aplicar a nulidade do ato decisório, e, com a concordância de Soares, a audiência pública é, como qualquer outro instrumento oficial, dotado de um procedimento necessário para a sua configuração, e sua inobservância transforma a audiência pública em "simples audiência" ou "... mera reunião familiar, com livre troca de opiniões entre administrador e os particulares acerca de determinado tema"[56].

Sobre o tema, Agustín Gordillo ensina que as participações nas audiências públicas podem se dar de duas formas: direta e indireta[57]. Na primeira, o cidadão participa em nome próprio para expor sua opinião sobre a matéria discutida (de interesse geral, relevante). Na segunda forma fica a cargo das associações, fundações ou sociedades civis organizadas ou qualquer entidade representativa que tenha a

[56] SOARES, Evanna. Audiência Pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo (FGV), Rio de Janeiro, p. 265. 2002.
[57] GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, tomo II. Buenos Aires: F.D.A. 2014. p. 88.

legitimidade constituída por instrumento oficial para representar a opinião da coletividade[58].

As audiências públicas estão inseridas também no poder legislativo. A realização delas é uma ordem direta da Constituição Federal no art. 58, §2º, II[59], onde o dispositivo destaca, novamente, a relevância da questão para sua necessidade. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins destacam a função de integração entre representantes e representados quando, estes últimos estão sob a representação, em audiência pública, pela sociedade civil organizada, onde a necessidade e a participação se mostra necessária[60], já que todo o "segmento específico social" pode ser atingido pela decisão em curso[61].

Partindo para as audiências públicas na instituição do Ministério Público, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e interesses sociais e indisponíveis, conforme art. 129 da constituição federal[62], o instituto de participação se mostra ainda mais necessário, no tocante à função administrativa. A disposição

[58] CARVALHO FILHO, José dos Santos . Processo Administrativo Federal. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 189.

[59] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

[60] Não se trata de obrigatoriedade, contudo, a sociedade civil organizada daria maior força de legitimidade à tomada da decisão. Até em respeito ao art. 5º, II, CF, que dispões sobre a liberdade do indivíduo, que não será obrigado a fazer algo, exceto em virtude de lei. A audiência pública não possui caráter de participação obrigatória, apenas facultativa.

[61] BASTOS, C. R., & MARTINS, I. G. Comentários à Constituição do Brasil, tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

[62] Vide o art. 129, incisos II, III, CRFB/1988.

encontra-se expressa na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público[63]. Hugo Nigro Mazzilli explica que o instituto das audiências públicas no Ministério Público se opera de forma diferenciada ao Poder Executivo e Legislativo, define o instrumento como:

> [...] apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as entidades chamadas não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, o respeito ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aos direitos das crianças e adolescentes, à produção e programação das emissoras de rádio e televisão, etc.)[64].

Entende-se que a audiência pública funciona como direcionamento para a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses relevantes das coletividades, a quem é confiado a tutela. Importante ressaltar que a instituição faz o uso do instrumento apenas para caso mais complexos para, assim, não banalizar a participação pública no Ministério Público[65].

Não se adentrará de forma específica na regulação e realização das audiências públicas nos poderes legislativo e executivo, e tampouco na função essencial Ministério Público, pois o escopo desta pesquisa está focado diretamente na inserção

[63] Vide o artigo 27, Parágrafo Único, inc. IV, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.
[64] MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 326-327.
[65] SOARES, Evanna. Audiência Pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo (FGV), Rio de Janeiro, p. 274. 2002.

das audiências públicas no poder judiciário e como esse instrumento foi inserido gradualmente nesse poder.

Há de ser analisado, também, a sua importância no julgamento de assuntos de alta relevância social, política e econômica, e, especificamente, no julgamento da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995[66], a atribuição de efeitos vinculante e *erga omnes* (ainda suspenso) ao controle difuso/concreto de constitucionalidade e a posterior proibição do uso industrial e comercial do amianto em todo país e a competência plena dos estados para legislar sobre o tema, à época, e, finalmente, na culminação da proibição do uso do amianto no território nacional, onde a decisão final faz referência à audiência pública realizada para a ADI nº 3.937/SP[67].

1.2 As audiências públicas no poder judiciário

[66] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[67] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

O Supremo Tribunal Federal vem exercendo papel de destaque no protagonismo tanto jurídico, como político, no Brasil. Muito de sua atuação está envolta nos julgamentos de temas com demasiada carga política, social e econômica, e por meio de ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF)[68] de leis e atos normativos, bem como nas ações originárias (Mandado de Injunção, em especial), que atribuem, de forma atípica, a função de legislador negativo à Suprema Corte. Vale ressaltar que essa relação político-social no Judiciário é um movimento que alcança a maioria das democracias contemporâneas, em especial as de tradição *civil law*.

Essa relação de controle do judicial sobre os atos normativos e leis dos "poderes de representação" (Executivo e Legislativo) levantam uma questão importante sobre a violação praticada pelo judiciário, com legitimidade legislativa quando do questionamento dos atos/leis, que, em tese, estão sob a legitimação dada pelo povo aos seus representantes. Por essa razão, houve a criação de institutos auxiliares da jurisdição, como o *amicus curiae* e as audiências públicas. Sobre essa última, discute-se nesta pesquisa a sua introdução no processo de controle concentrado/abstrato e como isso tem afetado a questão da ampliação da legitimidade (de atuação do judiciário), bem como o enfoque parcial ou plural na construção do bem comum[69].

Marjorie Corrêa Marona e Marta Mendes da Rocha entendem que o Supremo tem atuação proativa, dado que a estrutura de suas decisões propicia uma reunião de argumentos sintetizados que são direcionados, catalisados e moderados a causarem

[68] Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade e; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, respectivamente.

[69] MARONA, M. C.; ROCHA, M. M. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Revista de Sociologia e Política, Paraná, p. 138. 2017.

alteração no *status quo*[70]. Nessa perspectiva, o processo deliberativo e a prestação judiciária moldam uma relação pautada numa perspectiva relacionada com o público, e por isso há a possibilidade da inserção da audiência pública. É importante salientar que as relações com o público são formas de complementação da decisão, e não a fundamentação em si, em respeito às disposições de fundamentação jurídica[71] das decisões dos juízes e, em máxima, ao princípio do Devido Processo Legal.

Essa atuação do STF tem causado um problema que é frequente nas democracias eleitorais: a extrapolação na formação e na identificação de uma maioria generalizada. Em regra, a dialética das cortes superiores é participar de uma dinâmica em que simultaneamente integra maiorias em argumentos e raciocínios (jurídicos), mas também se mantém vinculado aos entrechoques e interesses da minoria, para garantir a justiça constitucional[72].

Como corte constitucional, o STF desempenha o papel de exercer o controle de constitucionalidade (na modalidade concentrada) das leis. Essa função o tornaria (funcionalmente) independente dos três poderes, contudo, essa competência foi agregada à Corte e, assim, foi incorporada ao poder judiciário[73]. Na prática, o Supremo, por disposição da Constituição Federal[74], tem função de "*guardião da constituição*" (com força vinculante e, em regra, por via de Recurso Extraordinário) e, portanto, funciona como órgão de cúpula do poder judiciário. Mesmo quando se

[70] MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, sepração dos poderes e deliberação. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 160.

[71] Vide artigo 489, inciso II, Lei 13.105/2015 (Novo CPC).

[72] MARONA, M. C.; ROCHA, M. M. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Revista de Sociologia e Política, Paraná, p. 136. 2017

[73] Se fosse de modo diverso, o termo "Corte Constitucional" e "Supremo Tribunal Federal", referir-se-iam a instituições diferentes.

[74] Vide o artigo 102, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.



tratar do exercício de controle difuso (mais descentralizado), a competência recursal deixa nítida a função de uniformização e interpretação.

Dessa forma, o órgão de cúpula, então, tem suas decisões voltadas ao funcionamento das instituições judiciárias em geral e ao comportamento do indivíduo com o poder público ou entre os próprios indivíduos demandantes da ação. No exercício de Corte Constitucional, o Supremo exerce uma função de viés político, uma vez que estará lidando com questões que envolvam os atos dos demais poderes e seus agentes.

Assim, o Supremo, por meio das ações abstratas, compara as leis e atos normativos infraconstitucionais com a Constituição Federal (comparação em tese) a fim de verificar a sua compatibilidade, e assim definir a sua subsistência, ou não, no sistema jurídico. Essa função, então, tem relação estreita e sensível com a separação dos poderes constituídos, já que o STF estará regulando os demais poderes (*checks and balances*).

Por conta dessa cumulação de funções, o Supremo tem arcado com o julgamento de questões de grande relevância, tais como a lei de biossegurança, demarcação de terras indígenas, nepotismo, fidelidade partidária, inelegibilidade, aborto de anencefálicos, Sistema Único de Saúde, políticas afirmativas raciais, uso de algemas[75] entre diversas outras pelo menos nos últimos vinte anos. Todas essas ações foram veiculadas por meio de ações constitucionais (originárias, recursais ou de controle abstrato/concentrado).

[75] Respectivamente: ADI 3.510/DF; Ação Cível Originária (ACO) 366/MT; ADC 12/DF; ADI 3.999/DF, 5.081/DF e 4.086/DF; Recurso Extraordinário (RE) 929670/DF, tema de Repercussão Geral 860; ADPF 54/DF; RE 597064/RJ, tema de Repercussão Geral 345; RE 597.285/RS e ADPF 186/DF; Súmula Vinculante 11.

Esse tipo de pauta tem dado ao STF um caráter valorativamente político. Nesse ínterim, as audiências públicas se mostram como uma oportunidade do cidadão (que será atingido pela decisão judicial) emitir o seu juízo de valor à uma questão política-jurídica (antes não acessível). É importante relembrar que diferentemente da *amicus curiae* (este possui como requisito a ausência de interesse jurídico na causa), o cidadão em audiência pública defende seu próprio interesse jurídico na audiência por meio de argumentos válidos para formar a posição institucional da Corte.

As audiências públicas se mostram um verdadeiro instrumento de participação do cidadão, inclusive foi determinante para os moldes da Constituição de 1988, a qual desempenhou um grande papel de relevo "tanto pela diversidade de participantes e setores representados como pelas centenas de propostas e inúmeras polêmicas surgidas"[76]. Um destaque para a observação de Ana Luiza Backes et al é que as audiências públicas buscam também a implantação do fator de divergência de opiniões, de forma que se limitam as ações dos agentes públicos e também dos próprios particulares, podendo, dependendo do caso, chegar a um consenso de opiniões.

Com foco no controle abstrato, as audiências públicas se tornaram previstas nas Leis nº 9.868/99 (Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade)[77] e Lei nº 9.882/1999 (Lei da Arguição de

[76] BACKES, A. L., org.; AZEVEDO, D. B. de; ARAÚJO J. C. de. Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

[77] BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 04 abr. 2019. Art. 9º, §1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Descumprimento de Preceito Fundamental)[78], e se tornaram necessárias para fins de esclarecimentos de matéria ou circunstância de fato, determinado pelo presidente da Corte ou relator do processo, com participação da sociedade civil.

A primeira audiência da Corte efetivamente aconteceu em 2007 (apesar de já estar prevista desde 1999), quando do debate da Lei de Biossegurança[79], que permitiu a pesquisa com células tronco-embrionárias[80]. Desde então, entre os anos de 2007 e 2014, o STF realizou dezesseis audiências públicas e, com uma exceção[81],

[78] BRASIL. Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l9882.htm. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 6º, §1º: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

[79] BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[80] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: ministro Carlos Britto, Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=AC&docID=611723. Acesso: 09 mar. 2019.

[81] Audiência Pública sobre a importação de pneus usados.

os relatórios se encontram parcial ou totalmente documentados no site do tribunal[82]. Observa-se, desde então, que as audiências públicas têm ampliado o montante de informação para a tomada de decisão (judicial) dos ministros, alimentando o diálogo e interação entre agentes do Estado (estatais) e agentes privados da sociedade (particulares) na dinâmica de interesses e perspectivas deliberativas.

Portanto, sabendo que a inclusão foi gradual e até mesmo lenta, se comparada com os demais poderes, a sua implantação não deixou de formar transformações significativas nos aspectos jurídicos e sociais da interação entre a sociedade civil e o poder judiciário, integrando julgadores com o cidadão, com os demais agentes públicos e com organizações da sociedade civil, na tomada de decisões de impacto direto.

1.2.1 As transformações do controle de constitucionalidade brasileiro e a inclusão das audiências públicas

Desde a formação do Estado nos moldes mais próximos do que se vê na contemporaneidade, a questão do controle e do manejo da jurisdição vem sido tratado como um verdadeiro tabu, pois essa função do Estado esteve por muito tempo, especialmente na idade média e início da idade moderna, ligada a abusos e a violações de direitos. A função jurisdicional, contudo, encontrou o seu maior limite dentro dos Estados democráticos de direito, na Constituição.

[82] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiências Públicas realizadas. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada. Acesso em: 27 nov. 2018.

Adentrando no arcabouço histórico, Luís Roberto Barroso[83] explica que a Constituição Americana foi a primeira a sofrer esse tipo de controle, iniciando o processo com a chamada *writ of mandamus* (uma espécie de mandado de segurança do sistema norte americano) sobre essa problemática, e foi decidido que nenhuma norma que contrarie a Constituição, no todo ou em parte, poderia subsistir no sistema jurídico[84]. No Brasil, com Constituição de 1891[85], adotou-se inicialmente o controle de constitucionalidade na modalidade difusa (nos mesmos moldes do mecanismo norte americano).

A emenda nº 16/1965 à Constituição de 1946 instituiu o controle abstrato de constitucionalidade, com legitimidade para iniciar a ação concentrada apenas no Procurador Geral da República (PGR)[86]. Dessa forma, o sistema jurídico começou a comportar a forma mista de controle de constitucionalidade, um ligado ao caso concreto, de legitimidade ampla e extensível a qualquer juiz, e outra que discutiria, em abstrato, a aplicabilidade e regularidade da norma de direito.

---

[83] BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[84] BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 37-38.

[85] BRASIL. [(Constituição (1891)]. Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891.

[86] BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 48.



A modalidade de controle difuso relaciona-se com a deliberação de constitucionalidade aplicada ao caso concreto e, de regra, com efeitos *inter partes*[87]. Recebe também o nome de controle concreto ou incidental, pois a sua aplicação se restringe às partes litigantes e ao caso concreto em apreciação pelo judiciário. A modalidade de controle abstrato, por sua vez, é também chamada de controle direto ou concentrado de constitucionalidade. E sua apreciação é feita por um órgão fracionário da jurisdição constitucional, que no Brasil incumbe ao Supremo Tribunal Federal e seus efeitos se estendem além do Judiciário, mas à toda Administração Pública, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, ou seja, *erga omnes*.

Até 1977, as decisões que declaravam a inconstitucionalidade nas modalidades difusa/concreta e as declaradas em abstrato/concentrado necessitavam de edição de resolução do Senado Federal para perderem a eficácia frente à toda sociedade[88], seria quando, de fato, não possuiria mais exigibilidade, e não mais vinculadas somente ao poder judiciário. A partir de então, o STF entendeu que era descabido a edição de resolução suspensiva[89] pelo Senado Federal quando da declaração de constitucionalidade na modalidade abstrata (o fato da abstração teria seus efeitos já amplamente difusos, tornando a resolução suspensiva apenas um protocolo).

Já na Constituição de 1988, houve mudanças estruturais e inovações importantes para a atual configuração do sistema de controle de constitucionalidade.

[87] Os efeitos jurídicos se aplicam apenas às partes litigante no processo, que inclusive pode acontecer em ação diversa da ação de constitucionalidade, desde que o pedido seja requerido pelas partes, de forma incidental.

[88] Após o julgamento do Processo administrativo nº 4.477/1972, o Supremo entendeu ser descabido a notificação ao Senado Federal de decisão definitiva de inconstitucionalidade principal concentrada (abstrato), já que a decisão por maioria absoluta já importava na perda da eficácia. Decisão disponível: STF, DJU, 16 de maio de 1977, p. 3123.

[89] Vide Art. 52, inciso X, da CF/88.



A maior mudança se deu na ampliação do rol de legitimados para ingressarem com a ação direta de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato, elencados no disposto do art. 103, da Constituição Federal[90]. Com a edição da Emenda Constitucional n. 3/1993, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou o instituto da Súmula Vinculante[91], o sistema de controle se tornou ainda mais complexo.

Essa configuração passou por um divisor de entendimento no ano 2014 com o julgamento da Reclamação n. 4.335/AC[92], onde se abriu uma questão de ordem, levantada pelo ministro Gilmar Mendes, acerca da ampliação da declaração de inconstitucionalidade de controle concentrado ou incidental, onde sugeriu a atribuição do efeito *erga omnes*. O processo movido pela Defensoria Pública da

[90] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Brasília, 05 de outubro de 1988.

[91] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Federativa Do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Brasília, 30 de dezembro de 2004.

[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Reclamação 4335/AC. Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Brasília, 20 mar. 2019. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101. Acesso em: 09 mar. 2019.



União contra atos do juiz de execuções penais da Comarca de Rio Branco pedia a aplicação de dispositivo declarado inconstitucional em sede de controle incidental pelo STF.

Esse dispositivo consistia no artigo 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos[93], a qual previa a vedação de progressão de regime nos termos dos crimes da referida lei. A disposição foi declarada inconstitucional, em controle incidental, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 82.959/SP[94]. O Ministro Gilmar Mendes, com apoio do Ministro Eros Grau (aposentado), defendeu que a suprema corte passou um processo de "abstrativização" ou "objetificação"[95] na qual tornava desnecessária a edição de resolução suspensiva do Senado Federal para suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional em controle de constitucionalidade difuso/incidental. Dessa forma, caberia ao Senado Federal apenas a função de publicidade da decisão do STF na imprensa oficial.

A fundamentação do ministro ainda se baseia na ocorrência de mutação constitucional[96] na leitura do art. 52, X, da CF, a qual se estendia o efeito erga omnes

[93] BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus 82.959/SP. Ementa: pena – regime de cumprimento – progressão – razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. pena - crimes hediondos – regime de cumprimento – progressão – óbice – artigo 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90 – inconstitucionalidade – evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Brasília, 23 fev. 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/195_HC%2082959.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[95] Veja-se o voto do Ministro relator, fls. 11 a 61 da Reclamação n. 4.335/AC.

[96] Anna Cândida da Cunha Ferraz explica esse efeito: "[...]consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da

(ostentação de efeitos gerais e vinculantes). A fundamentação dessa leitura do artigo é baseada na tese de transcendência da eficácia, o qual propugna que os fundamentos de uma decisão jurídica se exteriorizam (transcendem) para além do caso concreto, além de demonstrar, em voto, o caráter anacrônico da função de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal (entende que se trata de uma função superada). Alegou que as modificações feitas pela Emenda 45, no tocante à ampliação do rol de legitimados e decisões de eficácia geral, tornaram o controle abstrato ainda mais amplo e tornou o controle difuso mais estreito, de forma que o primeiro está ou já teria absorvido o segundo.

A divisão de entendimento na Suprema Corte decidiu-se em negar a adoção dos efeitos vinculantes ao controle de constitucionalidade e a editar a Súmula Vinculante n. 26[97]. Contudo, no ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ[98] (em conjunto com a ADI nº

interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas." (Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad. p. 9, 1986).

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271. Acesso em: 27 nov. 2018.

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república.

3.470/RJ), que deliberava sobre a inconstitucionalidade de uma lei estadual frente à uma lei federal em que se proibia e permitia, respectivamente, o uso industrial e substituição gradual do asbesto crisotila, chamado de amianto branco, no âmbito do estado. A corte decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995[99] frente à lei estadual e atribuíram o efeito vinculante (erga omnes), em decisão inédita e inesperada[100].

Sobre a atribuição dos efeitos vinculantes e erga omnes, é importante abordar, oportunamente em capítulo posterior, as causas influentes para a decisão analisada e julgada com o amparo das audiências públicas. O mais importante a ser discutido e demonstrado é a própria mudança no entendimento de estender o efeito vinculante (erga omnes) também em sede de controle difuso, em termos semelhantes ao que já havia de defendido o ministro Gilmar Mendes.

A jurisdição constitucional, segundo Abboud, trata-se da uma das maiores invenções do século XXX, esclarecendo que as questões constitucionais são muito anteriores ao estado moderno, contudo, a efetiva criação das Cortes Constitucionais

constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[99] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[100] NOTÌCIAS STF. Ministra Rosa Weber limita ao RJ efeitos de decisão em ADI sobre amianto até prazo final de embargos. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 21 dez. 2017. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365454. Acesso em: 07 dez. 2018.

permitiu a identificação dessa "atividade especializada"[101], demandadas por conta da proteção de direitos fundamentais após a Segunda Guerra mundial.

A teorização de Kelsen, estabelecendo a constituição como o topo da legislação nacional de um Estado de Direito, garantiu aos "guardiões das constituições" (a depender do país, pode ser feita por um órgão de cúpula jurisdicional ou não) o dever de fazer valer os direitos e controlar os atos da administração pública. Porém, esclarece que o processo constitucional de controle de constitucionalidade não poderia mais estar sob a regra de respeito ao processo legislativo de criação das leis quando estas leis estiverem materialmente incompatíveis com as disposições constitucionais, ainda que seu processo esteja livre de quaisquer vícios[102].

A Constituição Federal de 1988[103], é uma representação da positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional (visto a extensão do rol do art. 5º), que foi praticado em grande escala pelas constituições europeias, especialmente a Constituição de Weimar. Dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais, pelas vias diretas (ações constitucionais) ou pela via recursal (recurso extraordinária), se torna um dos objetivos da criação do direito constitucional[104].

A forma a qual a nosso texto constitucional foi criado, reflete o movimento de defesa dos direitos, movidos pelo pós-guerra e a iminente imersão da ameaça da Guerra Fria, e assim, o conceito de constituição, incluindo a constituição brasileira,

[101] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 344.

[102] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 345.

[103] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018.

[104] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 348.

está na forma que Peter Häberle define a constituição como a "principal ordem jurídica do Estado e da sociedade"[105]. Destaca-se que para o jurista a amplitude da constituição não é apenas relativa à regulação do Estado, mas que reflete e estrutura os meios públicos e as relações privadas (que também deverão ser compatíveis com a constituição, sob pena de nulidade)[106].

Essa defesa de direitos fundamentais abre a discussão polêmica das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal de forma contramajoritária. Essa discussão, Georges Abboud defende que é papel do Supremo Tribunal exercer a força contramajoritária de forma a reforçar a força normativa da Constituição, visto que as leis são feitas pelos eleitos pela maioria da população, e poderia causar a relativização dos direitos das minorias[107].

Essa prática, de certa forma justifica o próprio controle de constitucionalidade, já que a será realizada o juízo de compatibilidade de normas, e a mesma coisa ocorreu no julgamento do amianto, e além de fazer uma discussão acerca das normas de exploração e comercio com as normas de equilíbrio ambiental e saúde pública. É importante lembrar que a função contramajoritária não é decidir contra a maioria, mas sim a possibilidade de contrariar os termos definidos pela maioria[108].

Em relação à teoria formada pela obra de Peter Häberle na Sociedade Aberta dos Interpretes da constituição, o papel do STF não é estabelecer as opiniões abertas

[105] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 348.

[106] HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. p. 272.

[107] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 345.

[108] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 348.

dos membros da sociedade como o parâmetro da jurisdição, mas atribuir ao texto constitucional a pluralidade democrática como instrumento da criação da jurisprudência da jurisdição como Corte Constitucional, por meio do acesso do cidadão[109].

Assim, em suma, o processo constitucional é o meio a qual se possibilita e facilita o acesso dos interpretes da constituição, uma vez que a constituição deve ser vista como um contrato e ser acessível e discutida com todos os contratados-cidadãos, e assim na discussão sobre o "contrato constitucional" ninguém perde ou alguma geração é excluída[110].

Joaquín Brage Camazano explica que a sociedade aberta de interpretes da constituição, idealizada pelo jurista alemão, é viável no âmbito do Tribunal Constitucional Alemão visto a forma de atuação daquela corte, que tem um papel de transformar as relações públicas e privadas e do Estado e sociedade, de forma a consciente e de forma ampliar a concepção de coisa pública (*res publica*), o que tornaria Häberle um entusiasta da atuação daquele Tribunal[111].

Um ponto importante a ser ressaltado e observado no processo constitucional, especialmente aplicados ao caso concreto da revisão dos precedentes do julgamento do amianto, está a diferença dos conceitos de sentença e coisa julgada material quando exaradas e transitadas em julgado pelos órgãos constitucionais daquelas que são aplicadas ao processo civil ordinário.

---

[109] HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autônoma. México: Porrua, 2005. p. 113-139.

[110] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 376.

[111] CAMAZANO, Joaquín Brage. Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiente de Peter Häberle y Konrad Hesse. México: Porrua, 2005. p. 105.

Abboud explica que devido à existência da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) a concepção processual civilista de coisa julgada culinária numa "fossilização" dos termos normativos da Constituição Federal[112], já que não poderia haver revisão da decisão da Corte. Rui Medeiros explica ainda que as características das ações pela via direta (ausência de parte e, substancialmente, do contraditório) conferem caráter objetivo às ações e ao processo constitucional (não haveria interesse do Estado em modificar a decisão proferida pela Corte)[113].

Sobre os efeitos das decisões à coisa julgada material, Rui Medeiros pontua que há possibilidade de apenas dois tipos de efeitos: vinculante e os erga omnes. Sobre os efeitos erga omnes, substancializado no alcance da decisão proferida pela Corte, a sua atribuição pode ser anterior ao julgamento definitivo do mérito, sendo possível a sua observância na incidência de tutela antecipada em ação coletiva[114].

Sobre os efeitos vinculante, Abboud, no processo constitucional, apenas pode ser atribuído quando formada a coisa julgada (transitada em julgada/esgotamento recursal), na forma preconizada no art. 102, §2º da Constituição Federal às decisões definitivas de mérito, vedada sua aplicação aos motivos determinantes. Poderão existir decisões definitivas de mérito sem atribuição de efeito vinculante, por exemplo as sentenças de apelo e as decisões com ausência de pronunciamento de nulidade[115].

[112] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018.
[113] MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
[114] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 427.
[115] ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018. p. 428.



Para encerrar a discussão sobre esses efeitos que podem ser facilmente confundidos, Gilmar Mendes explica: o efeito erga omnes é aquele que vincula os particulares às decisões, correspondendo ao efeito de "força de lei" do direito alemão, já os efeitos vinculantes estão relacionados com a extensão da sentença (acórdão) proferida pelo Tribunal Constitucional[116].

A jurisdição constitucional brasileira ainda está passando por transformações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015[117] que privilegiaram as decisões dos tribunais superiores, e a forma e o peso das decisões ganham destaque e aproximam a tradição *civil law* (tradição romana-germânica) nos termos semelhantes praticados pela *common law* (consuetudinária, costumes jurídicos e precedentes judiciais/stare decisis).

De regra, as decisões acerca das ações direta de controle de constitucionalidade difuso possuem os efeitos *inter partes*, mas o julgamento da ADI nº 3.406/RJ[118] alterou esse entendimento para atribuir os efeitos vinculantes e *erga omnes* a esse tipo de controle, de forma a dinamizar a extensão e alcance das decisões

[116] MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. Brasília, Saraiva, 2011. p. 190.

[117] BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/ Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

[118] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

da Suprema Corte, ao mesmo tempo que transforma a relação entre os poderes Legislativo e Judiciário sem alterar os termos expressos da Constituição Federal[119].

Por fim, ainda a discussão sobre o exposto nesta pesquisa quanto ao julgamento da ADI nº4.066/DF[120], nº 3.937/SP[121] e nº 3406/RJ[122], a qual

[119] BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2018.

[120] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[121] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa

trouxeram mudanças consideráveis para o sistema que o Brasil vinha adotando desde a implementação do controle abstrato e o tratamento ao amianto com as suas respectivas análises científicas (que num primeiro momento foram consideradas como fora dos objetivos da Corte), e suas respectivas ações abstratas, e da dinâmica com o controle difuso, sob a justificativa de complexidade dos contornos criados pelas reformas jurídicas da Constituição Federal.

Sobre essa perspectiva, ainda, há ainda a possibilidade de discussão sobre os limites e alcance da separação dos poderes, e suas respectivas funções típicas e atípicas, contudo estas não fazem parte do escopo dessa pesquisa, mas não pode se deixar de lado a influência que esse aspecto reflete na legitimidade popular que se

concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[122] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

alcança com as audiências públicas e sua defesa voltada ao direito à saúde e meio ambiente ecologicamente equilibrado, neste caso.

2 ESTUDO TÉCNICO DO AMIANTO E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste segundo capítulo, primeiro se abordará os aspectos químicos que facilitam a extração, mineração e industrialização dos componentes e espécies do asbesto, com foco no uso industrial asbesto branco (ou chamado de crisotila) e a proibição das demais espécies anfibólicas do amianto. Em segundo momento, falar-se-á das discussões referentes aos primeiros julgados das ações abstratas que visavam a declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiram o uso comercial e industrial do amianto. Tais decisões colocaram em apreciação os direitos à ordem econômica, à saúde pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como se demonstrará nesta pesquisa, a fundamentação e a realização de audiências públicas após essa decisão foram de tamanha importância que influenciaram e embasaram o novo entendimento da Corte, que foi confirmado com o julgamento da ADI nº 4066/DF, a qual declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995[123].

2.1 A utilização industrial do amianto e o risco à saúde dos trabalhadores e consumidores

[123] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

O amianto, também conhecido como asbesto, é uma fibra natural extraída de rochas e utilizada na indústria para a produção de telhas e caixas de água, por ser um material resistente e ao mesmo tempo de baixo custo (ideal para produção em massa)[124]. Durante a sua manipulação, partículas podem ser inaladas de forma imperceptível pelo ser humano. Em termos mais técnicos e químicos, o amianto pode se subdividir em duas categorias: anfibólios e o crisólita[125]. A primeira categoria de amianto é reconhecida pela comunidade científica como cancerígena por conta da presença de substâncias nocivas da subdivisão desse material, tais como: amosita, crucidolita, tremolita e antofilita[126]. A categoria crisólita/crisotila é um composto risco em magnésio e sua exploração é mais rentável em termos logísticos (por conta da quantidade abundante), e suas consequências à saúde humana ainda são controvertidas, tanto pela possibilidade de haver mais consequências das que são apresentadas atualmente, como por quem defende consequências apenas ocupacionais)[127].

Disposições constitucionais e infralegais sobre direito à saúde não permitem que o amianto do tipo anfibólico sejam utilizados para qualquer fim, já que comprovadamente sempre oferece riscos à saúde, e por isso existe a sua proibição de uso industrial[128], essa proibição, por sua vez, não alcança o asbesto branco, o tipo

[124] CASTRO, H. et al. A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p. 907. 2003.

[125] MENDES, René. Asbestos (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, p. 08. 2001.

[126] POVTAK, Tim. *What Is Asbestos*?. Asbestos, Asbestos Exposure, Orlando (EUA), 20 nov. 2018. Disponível em: https://www.asbestos.com/asbestos/. Acesso em: 07 dez. 2018.

[127] MENDES, René. Asbestos (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. Caderno Saúde Pública, Rio de Janeiro, p. 02. 2001.

[128] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das

crisotila[129]. Segundo dados informados pela ABREA[130], o Brasil é um dos maiores exportadores e consumidores de amianto branco/crisotila do mundo[131] (entre os cinco países com maior produção), sendo responsável pela produção global de 12% de produtos com essa fibra[132].

A Agencia Internacional de Pesquisa sobre o Câncer[133] informa que a inalação das partículas de asbesto, qualquer que seja a sua variedade, é prejudicial à saúde humana e são classificadas como cancerígenas. Podem causar patologias ao aparelho respiratório como: asbestose, mesotelioma de pleura e o câncer de pulmão[134]. Por conta desses dados, diversos países já proibiram a exploração e o uso comercial de amianto, entre elas a França, Suíça, Bélgica, e demais países da União Europeia (2005), Argentina e Chile. O Brasil proibiu o uso em todo território nacional do amianto anfibólio (Convenção 162 da OIT[135]), porém, ainda permitiu a

---

fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 1º É vedada em todo o território nacional: I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais; [...].

[129] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[130] Associação Brasileira de Expostos ao Amianto (ABREA).

[131] AMIANTO NO BRASIL, Associação Brasileira de Expostos ao Amianto. São Paulo. Disponível em: https://www.abrea.com.br/o-amianto/amianto-no-brasil.html. Acesso em: 10 nov. 2018.

[132] CHIAVEGATTO, C. V. et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 82, mar./maio. 2018.

[133] IARC, na sigla em inglês, tradução de *International Agency for Research on Cancer*.

[134] AMIANTO, Instituto Nacional de Pesquisa em Câncer. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto. Acesso em: 10 nov. 2018.

[135] Internalizado pelo Decreto º 3.597, de 12 de setembro de 2000.

exploração do tipo crisólita, sob o argumento do "baixo teor de nocividade à saúde quando respeitados os níveis de exposição segura"[136].

Apesar da constituição dispor sobre o equilíbrio entre o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente, os interesses de forças econômicas ainda prevaleceram, o que acaba por cercear o Poder Judiciário na construção de uma "racionalidade ambiental"[137]. Alguns autores[138] relatam que os casos de mesotelioma não estão relacionados com a produção e uso do amianto, porém essas informações não são conclusivas, já que o desenvolvimento da doença é progressivo e lento e há grande dificuldade para o diagnóstico e geralmente os atestados de óbito não estão certificando a causa da morte ligada ao amianto (o que causa a subestimação da doença)[139].

Um problema perceptível para o fornecimento de dados das reais causas de mortalidade ligadas ao asbesto é a falta de compromisso com a Política Interministerial de Segurança e Saúde do Trabalhador (assinada em 2004)[140] e com a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora (2012)[141], e muito disso se deve ao fato do enfraquecimento, ainda progressivo, das forças sindicais que

[136] CHIAVEGATTO, C. V. et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 83, mar./maio. 2018.

[137] BORGES, H. B.; FERNANDEES, V. O uso do amianto no Brasil: o embate entre duas racionalidades no Supremo Tribunal Federal. Ambiente & Sociedade, São Paulo. v. 17 n. 2. p. 175-194. 2014

[138] PEDRA F., OLIVEIRA Da Silva P, MATTOS I. E., CASTRO H. A. Mesothelioma Mortality Rate in Brazil. Revista de Cancerologia, Rio de Janeiro, p.199-206. 2014.

[139] CHIAVEGATTO, C. V. et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 83, mar./maio. 2018

[140] BRASIL. Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador – PNSST. Brasília, 12 nov. 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_ seguranca_saude.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[141] BRASIL. Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-ms-1823-2012.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

minam a força de pressão política necessária para o setor[142]. Um fator ainda muito encoberto e pouco divulgado é a própria falta de informações mínimas sobre os cuidados e higiene do trabalhador, decorrente de um empresariado omisso, e as informações sobre o próprio asbesto e seus riscos, que acabam a expor o trabalhador à exposição danosa e latente da sua saúde.

O adoecimento dos trabalhadores, por conta exposição, vem sendo tratado como passível de indenização material e moral na Justiça do Trabalho[143], que tem entendido a culpa presumida do empresário, uma vez que se prove o dano (a doença em si) e o nexo de causalidade entre a doença e o trabalho desempenhado (condições de trabalho deficiente em segurança sanitária), sob o aspecto da culpa presumida o empregador (responsabilidade objetiva)[144].

Estudos no Brasil[145] e no mundo[146] buscam alternativas para a substituição do amianto na produção industrial, porém essa substituição tem enfrentado resistência por conta de fatores econômicos e políticos. Essa resistência tem por fundamento: o baixo custo do amianto, em contraponto à produção de polivinil álcool ou polpa de celulosa e fibras de polipropileno, que são possíveis substitutos custo de produção maior. Outro ponto é a necessidade de adaptação do setor que faz

[142] CHIAVEGATTO, C. V. et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 84, mar./maio. 2018.

[143] Vide p.ex. Recurso Ordinário (RO) 00011288020105060012 (TRT-6); Recurso de Revista (RR) 25628320125150077 (TST); Recurso de Revista (RR) 1001007320095120038 (TST); Recurso Ordinário (RO) 10017847020145020471 (TRT-2).

[144] CHIAVEGATTO, C. V. et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 84, mar./maio. 2018.

[145] FINEP – Financiadora de Estudos e projetos. USP pesquisa substituição do amianto, FAPESP na Mídia. São Paulo, ago. 2007. Disponível em: https://bv.fapesp.br/namidia/noticia/10612/usp-pesquisa-substituicao-amianto/. Acesso em: 07 dez. 2018.

[146] HARRISON, P.T.C. et al. Comparative hazard of chrysotile asbestos and its substitutes: a European perspective. Environmental health perspectives, Rockville (EUA), vol. 107. p. 07-11. 1999.

o uso da fibra para material de fibrocimento (construção civil em geral) e fatores técnicos e, principalmente, a questão política (intenso lobby)[147].

Por fim, conclui-se que o amianto, independentemente de sua variação de tipo, oferece riscos à saúde do trabalhador. Mesmo diante das controvérsias sobre a incidência, ou não, da causa de câncer, não se pode arriscar a saúde de trabalhadores enquanto se espera mais estudos científicos sobre esse assunto, pois se descumpre o preceito constitucional de direito à saúde e integridade física de trabalhadores e consumidores. A sobreposição de interesses econômicos não está acima de direitos à saúde, nem mesmo do direito ao meio ambiente equilibrado. O uso controlado do amianto não tem tido o ideal legislativo/normativo, pois não há fiscalização eficiente dos ambientes que manipulam esse material[148], e isso, somado ao fato de pouca difusão das informações sobre o amianto por parte do trabalhador, se torna praticamente impossível montar uma racionalidade ambiental dentro e fora do judiciário.....

No tópico seguinte, serão tratadas as ações que judicializam a constitucionalidade das leis estaduais que restringiram o uso do amianto, com especial atenção à forma que o estado de São Paulo, num momento, proibiu do uso do amianto em seu território, por alegações de risco a saúde de trabalhadores e consumidores, e a forma em que a constitucionalidade foi levada e decidida ao plenário do Supremo Tribunal Federal.

[147] CHIAVEGATTO, Claudia Vasques et al. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR, online, n. 1, v. 22, p. 84, mar./maio. 2018.

[148] BRASIL. Câmara dos Deputados (CD). Dossiê amianto Brasil, relatório do grupo de trabalho de comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável da Câmara dos Deputados à análise das implicações do uso do amianto no Brasil. Comissão de meio ambiente e Desenvolvimento sustável. Relator: Edson Duarte. p. 282-289, 2010.

2.2 A discussão e o posicionamento do STF sobre a utilização/proibição do amianto nas primeiras ações diretas

As primeiras ações diretas sobre o tema da proibição ou permissão do amianto, quais sejam as ADI nº 2.396/MS[149] e nº 2.656/SP[150], serão avaliadas para entender o posicionamento do STF nesse primeiro momento. A ADI nº 2.656/SP[151] foi ajuizada pelo governador do Estado de Goiás em face do governador do Estado de São Paulo e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.813 de 2001[152], que determinava a proibição sumária de todas as formas de amianto (inclusive os subprodutos), no uso industrial, abrangendo, ainda, o ingresso e utilização e comercialização dos derivados do mineral no âmbito do Estado de São Paulo[153].

[149] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

[150] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

[151] Op. Cit.

[152] Artigos 1º a 5º e 7º declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 2.656/SP, julgada em 08/05/2003.

[153] SÃO PAULO. Lei nº 10.813, de 24 de maio de 2001. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/alteracao-lei-10813-24.05.2001.html. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 1º - Ficam proibidos, a partir de 1º de janeiro de 2005, a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma.

Os argumentos da ação foram a violação da competência legislativa da União, sobre matéria de minerais (extrapolação das competências legislativas do estado de São Paulo), violação do princípio federativo e do princípio da proporcionalidade e o precedente jurisprudencial do julgamento da ADI nº 2.396/MS[154] (que foi a primeira ação nesse sentido e ajuizada contra o mesmo estado e que possuem o mesmo fundamento e decisão).

Em mérito na ADI nº 2.656/SP[155], o governador de Goiás apontou que a proibição realizada pelo estado de São Paulo causaria prejuízos econômicos à região produtora de Minaçu (onde se concentra uma das maiores reservas de amianto do mundo) e prejuízos de ordem financeira (já que a tributação sobre os produtos que eram mandados para as indústrias de São Paulo referiam-se à uma parcela importante da saúde financeira do estado de Goiás e da própria União, consequentemente esse fato repercutiria na geração e manutenção de empregos em ambos os estados (sobretudo em Goiás)[156]. Afirmou, ainda, que estudos apontavam o amianto não desencadear problema de saúde pública, mas de saúde ocupacional (natureza trabalhista), quando inaladas grandes quantidades das partículas e por longos períodos, exclusivamente no processo de extração e industrialização do mineral[157].

[154] Vide ADI 2656/SP, p. 7418.

[155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

[156] Vide ADI 2.656/SP, p. 7416.

[157] MARINO, A. M.; YOSHIDA, C. Y. M. Questionamentos decorrentes da utilização do amianto a partir da ADI 2.656-9/SP. Veredas do Direito, Belo Horizonte, p. 144. 2015.

Na pertinência temática, o governador goiano aludiu os riscos da permissão da proibição já que o estado era (e ainda é) o maior produtor nacional do amianto, e que o fechamento do mercado/indústrias de São Paulo para os produtos do estado causaria inevitavelmente severos danos à economia local, arrecadação tributária (no ano de 1999 o estado havia arrecadado cerca de 60 milhões de reais com produção de produtos do amianto) e geração de empregos[158].

Na ação, os pedidos foram julgados procedentes, pois a corte reconheceu a inconstitucionalidade por extrapolação da competência legislativa dos recursos minerais e a competência concorrente sobre o comercio interestadual (por existência de normas gerais) e afirmou que as questões de meio ambiente e saúde pública eram de interesse nacional, e, portanto, caberia edição de norma federal permitindo o tratamento diferenciado ao estado de São Paulo, "sob pena de violação do pacto federativo"[159].

A apreciação da ADI nº 2.656-9/SP[160] coloca em conflito dois direitos: direito humano à saúde pública, meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida e a proteção à ordem econômica, e ainda consequentemente aos direitos relativos à redução de riscos de ocupações trabalhistas[161].

Considerando a posição da Corte, com o prevalecimento da proteção em favor da ordem econômica, a decisão se fundou em garantir o pacto federativo, e

[158] Op. Cit. p. 143.
[159] Op. Cit. p. 144.
[160] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.
[161] Vide artigo 196, Constituição Federal de 1988.

ligando à clausula pétrea de proibição da abolição da forma federativa pois, na prática, a consequente edição e permissão de norma contrária ao definido na constituição, sobre as competências legislativas da União e dos estados-membros, tornaria desnecessário a existência da Federação, e causaria a legitimidade plena do estado de São Paulo, mas a própria constituição federal veda essa possibilidade, quando define que a federação é indissolúvel (Art. 1º, *caput*, CF). Dessa forma, relativizou-se e diminuiu-se os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado numa fundamentação que privilegiou interesses meramente econômicos com o objetivo republicano e federativo, ainda sob a realidade de estudos, à época, controversos sobre o risco que o amianto oferecia aos trabalhadores e aos consumidores.

Naquele momento priorizou-se os interesses do estado de Goiás por dúvidas quanto ao real perigo que o amianto branco oferecia (pois universidades de grande peso de pesquisa divergiam entre si), e isso levou ao entendimento de que a proibição baseada na dúvida causaria mais prejuízo do que benefício (um dos motivos que levou à decisão de declarar que os dois temas de saúde e ambiente não fossem de interesse nacional)[162].

Portanto, a Corte Suprema priorizou, naquele momento, os interesses econômicos do estado reclamante, em detrimento da saúde e meio ambiente (que são dois direitos constitucionais importantes), o que não obstou a posterior interposição de ações diretas sobre o mesmo tema, e a cada julgamento foram apresentados mais dados dos perigos oferecidos pela exploração do amianto do tipo crisólita (amianto branco). Justamente por esses novos dados, e ainda com a

[162] MARINO, A. M.; YOSHIDA, C. Y. M. Questionamentos decorrentes da utilização do amianto a partir da ADI 2.656-9/SP. Veredas do Direito, Belo Horizonte, p. 147. 2015.

integração do instrumento de audiências públicas no controle de constitucionalidade, os cidadãos, o poder público e a própria sociedade civil organizada puderam demostrar dados técnicos de casos de câncer ligados direta e indiretamente ao contato das partículas e produtos derivados do amianto, e que causou a superveniente mudança de entendimento.

O entendimento da Corte num primeiro momento respaldou o pacto federativo e a relevância do direito à ordem econômica em detrimento da saúde pública e meio ambiente ecologicamente equilibrado. Contudo, essa primeira decisão não foi suficiente para cristalizar o entendimento da corte e, pela característica de controle difuso com efeito somente entre as partes, e por conta das ADI's não vincularem o poder legislativo, o Estado de São Paulo editou nova lei de proibição ao amianto em 2007[163].

Por essa nova edição a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Industria, ajuizou no dia 06 de agosto de 2007 uma ADI ao Supremo Tribunal contestando a capacidade e legitimidade do estado de São Paulo frente ao julgamento precedente das ADI's nº 2.656/SP[164] e nº 2.396/MS[165]. Admitido como *amicus*

[163] SÃO PAULO. Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

[164] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

[165] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e

curiae, no feito, o Instituto Brasileiro de Crisotila (IBC) requereu em 02 de maio de 2012, autorização para a realização de audiência pública, a qual foi concedida no dia 04 de maio de 2012 pelo ministro Marco Aurélio sob o seguinte argumento:

> Na espécie, o Pleno não referendou a liminar que implementara. Em discussão esteve o direito à saúde. Mostra-se forçoso concluir que o vício formal, considerada a regência do tema - uso de produtos materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição - por estado-membro, foi mitigado. Sob todos os títulos, a questão é momentosa, suscitando enfoques diversificados. Daí a conveniência de abrir-se a discussão democrática sobre a controvérsia. 3. Determino a realização da audiência pública. 4. À requerente e aos interessados, para indicarem órgãos técnicos e especialistas que possam trazer ao Tribunal elementos de convicção.

As partes do feito indicaram mestres, doutores, autoridades públicas, médicos, trabalhadores, pacientes, advogados, líderes sindicais, pessoas jurídicas de direito privado e pessoas jurídicas de direito público para a participação da audiência efetivamente realizada no Supremo Tribunal Federal no dia 24 e 31 de agosto de 2012. As notas taquigráficas da audiência realizada, por sua vez, foram juntadas ao processo, a pedido de Jorge Rubem Folena de Oliveira, no dia 06 de junho de 2014 e as notas em vídeo juntadas ao processo no dia 12 de agosto de 2014.

Além do que foi apresentado à audiência pública realizada nos dias 24/08/2012 e 31/08/2012 (convocada pelo ministro Marco Aurélio Mello), o movimento internacional de proibição foi um primeiro passo importante para o

consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

movimento internacional de proibição (que hoje já passa de 50 países), em especial ao caso entre Canadá e França.

A Franca, à época, avocou o art. XX, b, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), e o primeiro avocou o art. 2º do Acordo de Barreiras Técnicas ao Comercio da OMC (*Agreement on Technical Barriers to Trade*), o que causou a abertura de um precedente em que a proibição de determinados compostos não causaria violação às normas de comercio internacional da OMC[166].

No capítulo seguinte será discutido e apresentado os quadros contrários e favoráveis ao amianto, tanto nacional, como internacionalmente, e a análise dos argumentos levados às ADI's nº 4.066/DF[167], nº 3.937/SP[168] e nº 3.406/RJ[169], e a

[166] Interim Report Issued in Canada-France Asbestos Case, International Centre for Trade and Sustainable Development, Suíça, 20 de junho de 2000, Bridges, volume 4, n. 24. Disponível em: https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/interim-report-issued-in-canada-france-asbestos-case. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto.

forma com que foi feita a defesa, dentro e fora do judiciário, com ênfase às informações levadas em audiência pública e a consequente relação entre esses aspectos no momento em que os ministros proferiram da decisão.

Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[168] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

3 OS ARGUMENTOS CIENTÍFICOS E JURÍDICOS DO AMIANTO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES ABSTRATAS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL

Neste último capítulo serão apresentados, incialmente o tratamento internacional e nacional feitos às ações que contestavam o amianto, por meio de dados fornecidos pelo Departamento de Produção Mineral e, por último, os argumentos jurídicos e científicos da audiência pública realizada no dia 24/08/2012 e no dia 31/08/2012, tanto a favor como os contrários à industrialização e comercialização, além dos argumentos dos votos da ADI nº 3.937/SP[170] e nº 4.066/DF[171] e como eles foram utilizados pelo Ministro Dias Toffoli e pela Ministra Rosa Weber, respectivos relatores dos processos citados.

[170] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[171] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis

Ainda será apresentado trechos da decisão que conferiu o efeito erga omnes e vinculante à declaração incidental de inconstitucionalidade proferido pela Corte quando do julgamento da ADI nº 3.406/RJ[172]. Esta última parte da pesquisa buscará formar o entendimento de que as audiências públicas foram marcantes, pois foram por meio delas que os ministros puderam ter acesso a dados científicos apresentados pelo poder público, pela sociedade civil organizada (a maioria por meio de

seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[172] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

associações e sindicatos), bem como deram a chance para as partes que defenderam o uso industrial e comercial do amianto sob perspectivas jurídicas e fáticas.

Ainda, buscar-se-á demonstrar que a audiência pública foi importante para o julgamento da ADI nº 4.066/DF[173], pois o julgado faz referência ao processo da ADI 3.937/SP[174] e a audiência onde se demonstrou, por meio de estudos técnicos-

[173] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[174] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral

científicos, a periculosidade, a qual a Corte não pode deixar de avaliar. Por fim, será explicado que o julgamento do STF não buscou dar valor científico sobre a exploração do amianto, mas sim entender se a norma prevista no art. 2º, da Lei nº 9.055/99[175] estava compatível com a realidade das normas constitucionais.

3.1 O tratamento internacional e a jurisprudência do STF sobre a utilização do amianto

O tratamento nacional do amianto é dividido entre atores públicos e privados contra e pró amianto, e não se distingue da mesma configuração internacional entre os organismos e outros atores internacionais[176]. Trata-se de um debate global sobre o banimento total, sobre o uso controlado do mineral e os possíveis substitutos do mineral. Esses embates têm criados normas internacionais e nacionais que afetam temas de meio ambiente, comercio interno, comercio exterior, trabalho e saúde.

Entre os atores nacionais defensores da tese do uso controlado do amianto estão: o Instituto Brasileiro de Crisotila; Confederação Nacional dos Trabalhadores

federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[175] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[176] Especialmente entre os organismos internacionais privados estão a empresa Eternit (pró-amianto) e o Grupo Saint-Gobain (contra amianto).



na Industria e Empresa Eternit (voltada para a construção civil). Sustentam a tese de que o amianto causa prejuízos apenas ocupacionais e não de saúde pública, por conta do manuseio industrial (tese levada pelo governador do Estado de Goiás na ADI nº 2.396/MS[177]); e, ainda, fundamentam que o amianto permitido pela legislação é menos agressivo e que as industriais brasileiras fornecem meios de tornar o processo de industrialização seguro aos trabalhadores, havendo, então, o respeito à legislação e fiscalização pelo poder público[178].

A permissão do amianto branco no art. 2º da Lei nº 9.055/95[179] que permite a extração, industrialização, utilização e comercialização e transporte do amianto crisotila era reforçado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Em duas edições de boletins informativos do departamento[180], expôs que a produção do amianto crisotila gerava em torna de US$ 50 milhões por ano e uma eventual restrição causaria elevados prejuízos à balança comercial de em torno de US$ 180 milhões/ano com a importação de PVA, celulose e microssilica (substitutos

[177] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

[178] BLATT, P. R.; SALDANHA, J. M. L. O caso do amianto: conjuntura internacional e jurisprudência do STF. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, p. 03. 2007.

[179] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[180] Boletim Informativo do Amianto 2006 e 2007.



do amianto), além de: ficar refém das variações cambiais, aumento de preços da construção civil em 30% e redução da durabilidade dos produtos em 60%[181].

Por outro lado, os atores nacionais contra o amianto ficaram por conta da representação da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (ABREA) e da Associação Baiana dos Expostos ao Amianto (ABEA). Em nível internacional, a representação está por conta da Rede Ban Asbesto (*Ban Asbestos Network*), com uma coordenação regional da Rede Virtual-Cidadã pelo Banimento do Amianto na América Latina. A empresa privada que também luta pelo banimento do amianto é Brasilit, controlada pelo grupo francês *Saint-Gobain*, que utiliza produtos substitutos do amianto e defende a ampliação do mercado com produtos livres de amianto[182].

A sustentação desses atos baseia-se na ameaça à saúde pública e ambiental de consumidores, trabalhadores, moradores de áreas próximas desses locais de extração (minas), produção e industrialização (transcende à esfera ocupacional). As associações lutam pelo banimento total do amianto sob a justificativa de não existir limites seguros à exposição ao amianto[183].

Conforme já exposto, em tópicos anteriores, o Supremo Tribunal Federal adotou num primeiro instante a tese do uso controlado, de forma a proibir leis estaduais que proíbam a circulação de produtos com amianto ou seus derivados, sob o fundamento de proteger a ordem econômica e a lógica da lei federal permissiva.

No tópico seguinte serão abordados os argumentos técnicos, científicos e jurídicos da mudança de entendimento dos ministros do Supremo tribunal Federal

[181] SACRAMENTO FILHO, Alcebíades Lopes. Boletim Informativo do Amianto. p. 11. 2006.

[182] Esta pesquisa não exime ou retira o caráter amplamente econômico da empresa privada citada sobre o banimento do asbesto/amianto.

[183] BLATT, P. R.; SALDANHA, J. M. L. O caso do amianto: conjuntura internacional e jurisprudência do STF. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, p. 05. 2007.

quando da apreciação das ADI's nº 4.066/DF[184], nº 3.937/SP[185] e nº 3.406/RJ[186], demonstrando seus argumentos contrários e favoráveis aos dispositivos impugnados em cada ação.

[184] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[185] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade

3.2 Importância da audiência pública no entendimento do STF no julgamento do amianto

No julgamento da ADI nº 3.937/SP[187], o Supremo Tribunal entendeu de forma contrária ao seu entendimento anterior[188]. Desta vez, motivado pelos dados da audiência pública realizada em 24/08/2012 e no dia 31/08/2012. Nessa audiência

---

de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[186] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[187] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[188] Pelos precedentes das ADI nº 2.656/SP e ADI nº 2.396/MS.

participaram entidades governamentais, especialmente a União (por meio de seus ministérios) e o Estado de São Paulo, órgãos internacionais e a sociedade civil (em sua maioria, associações, médicos e industriais).

Na audiência pública realizada em 24/08/2012, convocada pelo Ministro Marco Aurélio Mello e com a presença do Ministro Ricardo Lewandowski, o primeiro a tomar a palavra foi Guilherme Franco Netto, à época, diretor do Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhado do Ministério da Saúde.

Defendeu que do ponto de vista das autoridades sanitárias de saúde, com destaque para o CID10[189], há uma portaria especifica do Ministério da Saúde, onde se define um conjunto de doenças que podem ser causados pela exposição do amianto[190]. Afirma que o Brasil é signatário de acordos internacionais junto à OIT[191] em que reconhecem que os meio mais eficiente para evitar as enfermidades é banir o amianto em todas as suas espécies.

Os dados levados faziam referência a aspectos científicos da matéria-prima e como afetava o meio ambiente, a saúde e a economia num aspecto que envolva toda a coletividade. Ressaltou a análise do ponto de vista científica para sobre os quatro pontos principais da audiência: 1) possibilidade de uso seguro do amianto do tipo

[189] Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

[190] BRASIL. Ministério das Saúde (MS). Portaria nº 1.851/GM/MS, de 09 de agosto de 2006. Aprova procedimentos e critérios para envio de listagem de trabalhadores expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, utilização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham. Disponíove em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1851_09_08_2006.html. Acesso em: 08 abr. 2019.

[191] BRASIL. Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.



crisotila; 2) análise científica dos riscos à saúde pública que o material pode causar; 3) se as fibras alternativas do amianto crisotila são viáveis à substituição considerados igualmente os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade e; 4) apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções anteriores.

O expositor apontou que a exposição ao amianto crisotila é por meio de inalação e ressaltou existir diversos outros tipos de amianto, contudo, não eram do escopo daquela audiência levar esses dados, exceto ao que, até então, era permitido a industrialização e uso comercial (amianto branco). Ressaltou que existem dois grandes grupos do ponto de vista da saúde pública: 1) exposição ocupacional (extração, industrialização e transporte e seus respectivos trabalhadores); 2) ponto de vista ambiental (residir próximos a áreas de produção ou extração do amianto e a exposição a esses produtos).

O amianto, segundo o diretor, é uma partícula não visível e que atinge profundamente o sistema respiratório. Pelo tamanho da fibra, pode acabar por percorrer grandes distancias, não se limitando ao ambiente industrial, mas aos ambientes familiares, além da própria natureza. Outro ponto que foi observado foi do tempo de latência para o desenvolvimento da doença, que dura cerca de 10 anos, podendo chegar a 15 anos, para se tornar evidente. A OMS, por meio da IARC[192], regulamentou que todos os tipos de amianto são perigosos para saúde humana e não haveria exposição segura de manipulação desse material.

Afirmou que a Vigilância Sanitária, em avaliação dos substitutos do amianto, constatou ser possível substituir de forma segura o amianto em todas as suas

[192] *International Agency for Research On Cancer* ou Agencia Internacional de Pesquisa em Câncer, em português.

utilizações industriais, de forma a não causar ou gerar algum novo risco para os trabalhadores da indústria, especialmente os da construção civil.

No último quesito, apresentou uma tabulação dos casos de câncer relacionados com a utilização do amianto. Foram gastos R$ 298.871.483,64 (duzentos e noventa e oito mil, oitocentos e setenta em um, quatrocentos e oitenta e três e sessenta reais e quatro centavos) em tratamentos custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Pediu, por fim, o banimento do uso industrial e comercial do amianto crisótila.

O Ministério do Meio Ambiente (MMA), na pessoa da diretora de Qualidade Ambiental, à época, Sérgia de Souza Oliveira, apresentou o referencial químico do amianto, explicando que o termo "amianto" se trata de um nome genérico, que agrega seis minerais, e que as formas anfibólicas, especialmente a azul e marrom, do amianto, estão proibidas praticamente no mundo inteiro, inclusive no Brasil, com previsão expressa na lei[193]. Ressaltou que o foco da apresentação na audiência é o amianto crisótila, ou amianto branco. Explicou que as fibras que unem esses minerais são forças químicas chamadas de Força de *Van Der Waals* (que são mais fracas e assim é possível extrair com mais facilidade da natureza, bem como gerar as micropartículas que causam males à saúde humana).

[193] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9055.htm. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 1º É vedada em todo o território nacional: I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais; [...].

Destacou que o uso do amianto é dispersivo e faz com que sua manipulação chegue a diversos ambientes e enfatizou que a maioria das pessoas sequer sabe da existência do amianto nos produtos que consomem. Explicou, ainda, que o controle dos resíduos é difícil, e mostrou como exemplo a imagem de um aquário caseiro construído por meio de moldes e partes de uma caixa de água composta por amianto. Ao se colocar agua no recipiente, a reação química do contato do liquido potável com o material o coloriu em verde, pois se trata de uma reação química do magnésio da água com o amianto. Com isso, a expositora demonstrou a capacidade de contaminação por meio do amianto (na forma de resíduo da caixa de agua inutilizada) como evidente e visível, bem como perigoso, já que poderia ser feito e atingir qualquer pessoa.

Apresentada a interação do amianto com os demais elementos da natureza, a expositora esclareceu que o mineral não adsorve[194] com os demais elementos naturais, ou seja, não há bioconcentração (quando um composto tem a possibilidade de incorporação a outro elemento natural) e assim o amianto, quando atinge alguma superfície, permanece inalterável, e não há potencial de volatilização (destruição da partícula pelo atrito com a atmosfera) e tem alta possibilidade de transporte pelo vento, mas não há estudos concretos da extensão do alcance.

A diretora destacou as medidas apontadas pelo Ministério do Meio ambiente, em especial ao descarte do amianto, a qual é tratada como resíduo perigoso e a

[194] Nas palavras de Ronaldo Ferreira do Nascimento [et. al]: "A adsorção é uma operação de transferência de massa, a qual estuda a habilidade de certos sólidos em concentrar na sua superfície determinadas substâncias existentes em fluidos líquidos ou gasosos, possibilitando a separação dos componentes desses fluidos." [Adsorção: aspectos teóricos e aplicações ambientais. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2014].

vedação de compra de materiais que tenham em sua composição o amianto[195]. Relembrou a Convenção de Basileia, a qual o Brasil é signatário[196], que determina o amianto como elemento perigoso[197] e está incorporada ao ordenamento nacional e, ainda, a Convenção de Roterdã[198], sobre o comercio internacional de substancia que possuam restrições de produtos com a presença de amianto[199] (ainda controversa por pressões de países produtores de asbesto).

O Ministério do Meio Ambiente destacou que o ponto de vista ambiental há o foco e análise em três pontos principais: a) mineração; b) produtos; c) resíduos. No primeiro ponto, a mineração está voltada para o licenciamento das minas (à época a mina de Minaçu era a única do país em atividade, com concessão por 10 anos, renovados a cada dois anos). Sobre os produtos foram avaliados nos aspectos de identificação, comunicação, informação sobre o produto (a convenção de Roterdã, nesse sentido, dispõe que o produtor, exportador e o próprio consumidor, tenham

[195] BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução 307/2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 3º Os resíduos da construção civil deverão ser classificados, para efeito desta Resolução, da seguinte forma: IV - Classe D - são resíduos perigosos oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros ou aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros, bem como telhas e demais objetos e materiais que contenham amianto ou outros produtos nocivos à saúde.

[196] Internalizada pelo Decreto nº 875 de 19 de julho de 1993 e regulamentado pela Resolução CONAMA nº 452, de 02 de julho de 2012.

[197] BRASIL. Resolução CONAMA 452/2012: Anexo 1-A, sigla: Y36 – Amianto (pó e fibras); e Anexo 10, código NCM: 2524.00.20 – Amianto em pó (asbesto).

[198] Internalizada por meio do Decreto 5.360, de 31 de janeiro de 2005.

[199] Anexo 3 da Convenção de Roterdã, nº CAS: 77536-66-4 (actinolita), 77536-67-5 (antrofilita), 12172-72-5 (amosita), 12001-28-4 (crocidolita), 77536-68-6 (tremolita).

condições de saber se seu produto tem compostos do amianto, e assim decidir, ou não, pela aquisição)[200].

Em resíduos, é classificado como resíduo do tipo 1, que são resíduos perigosos, por conta da dispersão do material e o descarte irregular do produto e a dificuldade de recuperação das áreas de exploração do minério, a expositora apresentou imagens de locais em diversos estados de áreas que foram destruídas pela exploração.

Ainda na sustentação do Ministério do Meio Ambiente houve o reforço da necessidade de substituição por materiais alternativos, tento em vista a redução do risco de exposição, e chamou a atenção para a forma que o mineral se comporta na natureza, o que gera uma "grande rede de exposição à fibra, elevando o risco de contaminação"[201]. Segue a sustentação:

> [...] Devido a esse comportamento ambiental do amianto e também o uso dele, nós temos o que chamamos de rede de exposição. Essa rede de exposição inclui fibras na extração do minério, fibras na roupa de trabalho, comunidades de entorno de minas, fibra dos laminadores nas fábricas; nós temos refugos de laminação de fábrica, transporte de fibra – quando você faz o transporte da própria fibra já produzida –, trabalhadores que instalam, reparam, removem materiais com amianto, contato com produtos desgastados ou quebrados e, de certa forma, obviamente, o próprio descarte do resíduo. (grifo do autor).[202]

[200] Vide art. 1º, *caput*, Decreto nº 5.360, de 31 de janeiro de 2005. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/ Decreto/D5360.htm. Acesso em: 12 dez. 2018.

[201] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto-Vista, ADI 3.937/SP. Ministro Antônio Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2017. p. 18.

[202] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto-Vista, ADI 3.937/SP. Ministro Antônio Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2017. p. 20.

O médico e professor René Mendes, especialista em saúde pública e medicina do trabalho, em nome da Associação de Medicina do Trabalho e da Associação Brasileira de Expostos ao Amianto, reforçou o alegado, sobre a impossibilidade de uso seguro ou controlado do amianto, por "não existirem níveis de tolerância".

Na sequência, o pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Hermano Albuquerque de Castro, também em nome da Associação Brasileira de Expostos ao Amianto, apresentou ao ministro Marco Aurélio e para os demais presentes, um estudo feito pela instituição nos últimos vinte anos, em que deixava claro que não há dúvidas da periculosidade de exposição ao amianto e ao desenvolvimento dos tipos de câncer (sobretudo, os pulmonares).

O perito do Ministério Público do Trabalho (MPT), Marcos Sabino, mestre em saúde coletiva pela Universidade de Campinas (UniCamp), apresentou dados que revelaram a existência de subnotificações de doenças relacionadas ao amianto, já que as empresas apenas notificam as doenças ocupacionais quando são demandadas em ações pelo MPT. Os demais expositores apresentaram dados semelhantes, com dados técnicos-científicos da incidência de câncer e o nexo de causa com a exposição ao amianto, e, com maior destaque, para a proibição do amianto que já alcançava, à época, 36 países.

O Ministério da Previdência Social[203] ainda levou dados relativos ao tempo de aposentadoria especial no caso de exposição ao asbesto, que dura cerca de 20 (vinte) anos, sendo para os demais segurados sob o pretexto de agentes nocivos era de 25 anos. Ainda em audiência sustentou:

[203] O Ministério da Previdência Social (MPS) encontra-se atualmente (08/05/2019) incorporado à estrutura administrativa do Ministério da Economia.

> O representante do MPS também assinalou que assim está posto na legislação pelo fato de que *o trabalhador exposto ao amianto, de fato, se aposenta mais cedo*, como consequência da sua situação de morbidade acelerada, além do alto percentual de requerimento de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez em razão de moléstias relacionadas ao amianto. Essa situação de morbidade acelerada e de alto grau de incapacidade onera sobremaneira o sistema previdenciário. (grifo nosso)[204]

Iniciando os argumentos favoráveis à permissão do amianto, destaca-se a exposição realizada pelo senhor Milton do Nascimento, médico e especialista em saúde pública pela Universidade de São Paulo (USP), em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria e pelo Instituo Brasileiro de Crisotila. Sua exposição foi baseada em quatro pontos: a existência da partícula de amianto independente de proibição; a não-periculosidade de eventual desprendimento das partículas de amianto; a imprecisão entre doenças e o amianto e; tratamento do amianto com seus substitutos, com foco na sílica[205].

O médico relembrou um documento do ano de 2000 da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre um estudo da qualidade do ar com relação ao asbesto, definindo que o seu uso industrial é majoritariamente ao tipo cimento-amianto (construção civil em geral), e por essa característica, as fibras de amianto estariam presas à essa matriz, e, portanto, não constituiria risco de a partícula ser liberada no ar interno[206].

---

[204] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto-Vista, ADI 3.937/SP, Ministro Antônio Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2017. p. 17-18.

[205] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 276. Acesso em: 18 dez. 2018.

[206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes

O médico chamou a atenção para o fato da Suprema Corte norte-americana ter revertido a proibição do amianto realizada pela Agência de Proteção Ambiental dos EUA (Environmental Protection Agency, na sigla em inglês EPA) no ano de 1989[207], sob o argumento de que caberia apenas ao Congresso Nacional daquele país legislar sobre o banimento de minerais e por ferir um precedente legislativo sobre substancias tóxicas[208].

Passados 14/15 anos da medida a EPA realizou uma reunião de especialistas para rediscutirem a posição da agência. A conclusão que se chegou foi que não se poderia atribuir o potencial de carcinogênese a fibras com menos de cinco microns[209], e, assim, o tratamento igualitário (banimento) entre as fibras de crisotila e as fibras anfibólicas seria desproporcional, já que a as fibras anfibólicas oferecem risco cerca de quinhentas vezes a mais que a fibra de crisotila. Toda essa discussão foi chancelada pela IARC e pela OMS.

Destacou que o afloramento natural do amianto na natureza faz com que cada indivíduo possua, em média, cerca de até cem mil fibras de amianto no pulmão, independentemente de sua ocupação e se esse número for ultrapassado, assim é possível de falar em "exposição ocupacional não controlada"[210]. Ressaltou que para o desenvolvimento do mesotelioma, seria necessária uma alta carga de exposição

Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 277. Acesso em: 18 dez. 2018.

[207] LEARY, Warren E. Appeals Court Strikes Down Major Parts of Federal Asbestos Ban. New York Times. New York: 22 out. 1991. Disponível em: https://www.nytimes.com/1991/10/22/us/appeals-court-strikes-down-major-parts-of-federal-asbestos-ban.html. Acesso em: 21 dez. 2018.

[208] *Toxic Substances Control Act*. Essa legislação assemelha-se, no Brasil, a uma lei federal de normas gerais (competência concorrente).

[209] Unidade de medida equivalente à 0,001 milímetros.

[210] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 279. Acesso em: 18 dez. 2018.



para o seu desenvolvimento, de forma que os dados apresentados, especialmente, pelo Ministério Saúde sobre o mesotelioma e a asbestose, estão imprecisos e pouco confiáveis para atribuir uma causa-consequência.

Apresentou uma indagação aos ministros, relativo ao fato de o Brasil explorar o amianto desde a década de 40 e somado com a latência do mesotelioma, de cerca de 35 anos, e lembrou que não houve uma epidemia de mesotelioma nos anos de 70 e 75 e entre os anos de 2000 e 2010, e destacou que não há publicações científicas que expliquem essa situação[211].

Outro ponto abordado pelo expositor foi sobre a "inexistência" de limite seguro de exposição/utilização do amianto. Esclareceu que a Organização Mundial de Saúde não diz que não há limite seguro e sim que que não há um limite identificado para a exposição segura, que é diferente de dizer que não há limite seguro, de acordo com o item 10, letra "a" do Critério 203 elaborado pela OMS[212]. Sobre a possibilidade de identificação, asseverou que não é possível fazer ou testar essa exposição porque não é permitido a experiência científica em seres humanos (*anima nobili*) e pelo fato de identificação do câncer demorar anos para ser constatada.

A segunda grande área abordada pelo médico foi em relação às normas reguladoras de fiscalização, especialmente à Portaria nº 1.851 de 2006 do Ministério

[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 281. Acesso em: 18 dez. 2018.

[212] WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Environmental Health Criteria 203. 10) Conclusions and recommendations for a protection of human health: a) Exposure to chrysotile asbestos poses increased risks for asbestosis, lung cancer and mesothelioma in a dose-dependent manner. No threshold has been identified for carcinogenic risks. Genebra, 1998. Disponível em: http://www.inchem.org/documents/ehc/ehc/ehc203.htm. p. 98. Acesso em: 21 dez. 2018.

da Saúde, que obrigou as empresas a manterem e fornecerem dados padronizados para informar o total de expostos e ex-expostos ao asbesto relacionados com doenças pulmonares[213]. Sobre essa portaria, lembrou o histórico do Mandado de Segurança nº 12.459/DF[214], que liminarmente concedeu a tutela antecipada da lide por ter ultrapassado os limites da lei do art. 5º da Lei nº 9.055/95[215] e do art. 12 do Decreto nº 2.350/97[216] ao ampliar o rol dos obrigados a prestarem ao Ministério da Saúde, tonando muito onerosa ou inexequível a obrigação das empresas.

---

[213] BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Portaria nº 1.851 de 09 de agosto de 2006. Aprova procedimentos e critérios para envio de listagem de trabalhadores expostos e ex-expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, utilização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/ 2006/prt1851_09_08_2006.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

[214] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mandado de segurança (MS) 12.459/DF (2006/0273097-2). Ementa: Mandado de segurança. Agravos regimentais. Exposição de trabalhadores ao amianto. Decreto n. 2.350/97. Suspensão dos efeitos de portaria ministerial. Intervenção de terceiro. Litisconsorte necessário. Assistente. *Amicus curiae*. Pedido de admissão indeferido. Impetrante: Eternit S/A e outros. Impetrado: União. Relator: João Otavio De Noronha. Brasília, 24 de outubro de 2007.Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3504115&num_registro=200602730972&data=20071203&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

[215] BRASIL. Lei nº 9.055 de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 5º As empresas que manipularem ou utilizarem materiais contendo asbesto/amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei enviarão, anualmente, ao Sistema Único de Saúde e aos sindicatos representativos dos trabalhadores uma listagem dos seus empregados, com indicação de setor, função, cargo, data de nascimento, de admissão e de avaliação médica periódica, acompanhada do diagnóstico resultante.

[216] BRASIL. Decreto nº 2.350 de 15 de outubro de 1997. Regulamenta a Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2350.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 12 As empresas de extração e industrialização do asbesto/amianto encaminharão, anualmente, à Secretaria de Saúde do Estado ou do Município, a

O médico adentrou no assunto das comunicações dos acidentes do trabalho envolvendo trabalhadores que manipulavam o amianto. A Portaria nº 1.851/2006 previu que as empresas deveriam fornecer dados dos "ex-expostos"[217], e nesse o ponto o expositor esclareceu que, por não haver mais o vínculo de trabalho, seria descabido exigir das empresas enviarem dados de ex-empregados, sob pena, inclusive, de violação da privacidade deles.

Explicou que, ainda que fosse obrigação das empresas, o mero procedimento de Comunicação de Acidentes do Trabalho (CAT) tem sido levado em conta para estatísticas do Ministério Público do Trabalho (MPT). De acordo com o expositor o procedimento da CAT é: 1) a empresa comunicar o acidente do trabalho/doença ocupacional, e posteriormente; 2) a Previdência fazer a identificação e confirmação (nexo causal e o dano)[218], e esta segunda etapa não estaria sendo cumprida e, assim, os dados estariam baseados em suspeitas e não em diagnósticos.

Portanto, os dados levados pelos expositores favoráveis à proibição do amianto estariam com a credibilidade comprometida, já que a relação do nexo causal (exposição ao asbesto branco) e o dano (doenças pulmonares, especialmente o mesotelioma) não estariam representando a realidade concreta, visto que não há

listagem de seus empregados, de acordo com os critérios a serem estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

[217] BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Portaria nº 1.851 de 09 de agosto de 2006. Aprova procedimentos e critérios para envio de listagem de trabalhadores expostos e ex-expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, utilização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos e equipamentos que o contenham. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1 85109082006.html. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º Determinar que todas as empresas, que desenvolvem ou desenvolveram atividades descritas na ementa desta Portaria, encaminhem anualmente ao órgão responsável pela gestão do SUS, em nível municipal ou, na sua ausência, ao órgão regional, listagem de trabalhadores expostos e ex-expostos ao asbesto/amianto.

[218] BRASIL. Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT. Brasília, 08 de janeiro de 2018. Disponível em: https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat/. Acesso em: 27 dez. 2018.

presunção de dano com a comunicação das suspeitas das doenças pulmonares relacionadas com o ambiente de trabalho.

Por último, o médico fez um alerta aos presentes sobre a periculosidade da sílica como um substituto do amianto. A Agencia Internacional de Pesquisas em Câncer (IARC) classifica a sílica no mesmo grupo de produtos cancerígenos para humanos[219], podendo gerar problemas respiratórios por fibrose pulmonar (endurecimento das paredes pulmonares), e, especialmente, para o desenvolvimento de silicose[220].

Apontou que, devido à maior exposição e os casos de doenças pulmonares, pelo uso industrial e comercial da sílica, pode ser muito maior que a do amianto e que a Fundação Jorge Duprat e Figueiredo - FUNDACENTRO (ligado, à época, ao Ministério do Trabalho) possui um programa de erradicação da sílica[221], e a atuação do Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho estaria por um viés de "tratamento diferenciado"[222], uma vez que os dois produtos ofereceriam o mesmo risco.

Em segui foi realizada a exposição de Adelman Araújo Filho, diretor-presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Industria de Extração de Minerais não

[219] International Agency for Research on Cancer (IARC). Monograph 100C. Disponível em: https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/06/mono100C-14.pdf. Acesso em: 27 dez. 2018. p. 355-396.

[220] DIAS, Elizabeth Costa et al. Atenção à saúde dos trabalhadores expostos à poeira de sílica e portadores de silicose pelas equipes de atenção básica/saúde da família (protocolo de cuidado). Belo Horizonte: NESCON/UFMG. p. 37. 2017.

[221] FUNDACENTRO/SP. Programa Nacional de Eliminação da Silicose (PNES). Disponível em: http://www.fundacentro.gov.br/silica-e-silicose/apresentacao-do-programa. Acesso em: 27 dez. 2018.

[222] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoesAmianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 288.

metálicos de Minaçu/GO, que iniciou a sua apresentação na conclusão afirmando: "É possível, sim, trabalhar com amianto de forma segura"[223]. Destacou que com o amianto, assim como outros *commodities* (como o ouro, petróleo, cobre etc) há interesse nacional e soberano na exploração comercial do minério, com destaque de que a mina de Canabrava oferece segurança no ambiente de trabalho. Relembrou que a exploração do amianto é do "interesse do povo", mas não o povo sem sentido *lato*, mas em sentido *stricto*, voltado para o "povo trabalhador" (das fábricas e das minas).

Explicou que devido ao amianto já ser uma fibra conhecida e estudada, os riscos já são conhecidos e a prevenção seria mais fácil e que as fibras alternativas (especialmente a sílica) podem oferecer um risco maior a saúde dos trabalhadores das fábricas, já que seriam necessários novos estudos das doenças que esses materiais podem causar.

Mencionou uma série de acordos realizados pelo Sindicato, com participações de diversas confederações e outros sindicatos da categoria, que contém medidas como: proibição de gerar poeira dentro das fábricas e mina, garantia de emprego em caso de doença ocupacional, exames médicos periódicos para todos os trabalhadores e ex-trabalhadores, plano de assistência médica, criação da Comissão Fiscalizadora para o uso controlado da crisotila e realização de medicações em todos os postos de trabalho a cada 2, 3 e 6 meses[224].

---

[223] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018. p. 315.

[224] SINTICOMEX. Acordo nacional para extração, beneficiamento e utilização segura e responsável do amianto crisotila 2013 a 2015. Disponível em: http://www.sinticomex.org.br/ckfinder/userfiles/files/ACT%20CNTA%202015.pdf. Acesso em 03 jan. 2018.

O Dr. Vanderley John, representante indicado pelo Instituto Brasileiro de Crisotila, doutor em engenharia civil, apresentou uma série de argumentos relacionados com as fibras alternativas ao amianto, com destaque para a fibra de PVA e a fibra de celulose refinada, a respeito da preocupação com a durabilidade e a fissuração desses produtos.

Inicialmente explicou que no processo de fabricação do fibrocimento, o amianto corresponde à cerca de 8 a 12% do produto, servindo como ligação entre camadas, oferecendo durabilidade, estabilidade e menor risco de fissuração. A retirada do amianto implicaria no aumento do teor de cimento do produto, o que por si já causaria grande impacto ambiental, por aumento do CO^2 e maior probabilidade de fissuração do material[225].

Sobre a dinâmica econômica sustentou que à época o substituto mais viável para o amianto seria o polipropileno (PP), usado como solução de substituto do amianto nos países europeus e produzido no Brasil, contudo, essa tecnologia possui monopólio de produção pela Brasilit[226]. Outro problema apontado foi a necessidade e o custo da adaptação do parque fabril, especialmente de máquinas para realizarem a preparação da celulose, motores, equipamentos e treinamento de pessoal para

[225] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 347-348. Acesso em: 18 dez. 2018.

[226] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública (STF). Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 348. Acesso em: 18 dez. 2018.



desenvolver os materiais com a qualidade aproximada dos produtos com amianto[227].

Apontou que, lavados em conta o consumo de amianto, na sua forma mais empregada que é o cimento-amianto, a demanda é cerca de trinta a quarenta toneladas por ano, e para substituir o amianto essa mesma quantidade seria necessária[228].

Contudo, o mercado mundial não possui essa quantidade de fibra de PVA (apontado como principal substituto do asbesto e que não é produzido no Brasil). Devido à essa realidade os preços dos produtos subiriam consideravelmente e pelo fato do PP estar sendo produzido pela Brasilit, o monopólio e prejuízo à demais fábricas é inegável.

Ao final explica que é possível substituir o amianto e de forma segura, contudo, ela deve ser periódica e acompanhada de diversas adaptações e ajustes produtivos, como a criação de fábricas de produção de PVA fora do Brasil, e destacou a necessidade de um programa de aprendizagem para aos trabalhadores. Apontou o fato de que no movimento mundial de banimento do amianto, consequentemente, o mercado de fibrocimento declina e, em alguns países, como na Alemanha, todas as fábricas deixaram de produzir o produto[229].

---

[227] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 349. Acesso em: 18 dez. 2018.

[228] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 253. Acesso em: 18 dez. 2018.

[229] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública. Transcrições de audiência sobre amianto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ProcessosAudienciasPublicasAcoes

Visto a reunião de argumento na audiência pública, é possível observar e aplicar a sociedade aberta aos diversos interpretes da Constituição de Peter Häberle[230], no qual as potencias públicas presentes nessa audiência (Ministérios) e os cidadãos (por meio das associações) apresentaram a sua interpretação e tentaram demonstrar a incompatibilidade de normas e sustentar, em último, atribuir maior legitimidade da decisão tomada.

No tópico seguinte será analisada a conjugação dos argumentos, favoráveis e contrários ao banimento, que foram utilizados na formação da convicção dos julgadores, especialmente com os argumentos da audiência pública relacionados com os aspectos estritamente jurídicos e como essa relação construiu o entendimento da Corte e assim desenhou um panorama jurídico, científico e político para a questão do amianto.

3.3 Fundamentos jurídicos na apreciação pelo Supremo Tribunal Federal

Em sede de decisão na ADI nº 3.937/SP[231], com relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, em que a Confederação dos Trabalhadores da Industria na Indústria

Amianto/anexo/Transcricoes__Audiencia_sobre_Amianto__Texto_consolidado.pdf. p. 355. Acesso em: 18 dez. 2018.

[230] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos intérpretes da **constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 34.

[231] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de



– CNTI pediu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.684 de São Paulo[232] que pediu a proibição de produtos, materiais ou artefatos que contenham amianto em sua composição. Quando o julgamento foi iniciado em 2012, o primeiro voto do ministro relator foi pela procedência da ação, considerando a lei de São Paulo inconstitucional com não se adequar ao art. 2º da Lei nº 9.095/95[233], considerada, por ele, constitucional.

O entendimento contrário foi levantado pelo ministro Ayres Britto (aposentado) e foi sustentado pelo voto do ministro Dias Toffoli, que votou pela improcedência da ação e conseguiu a maioria dos votos do pleno para a improcedência da ação e a declaração incidental da regra federal, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. O ministro Alexandre de Morais votou pela improcedência da ação sem a declaração de inconstitucionalidade da norma federal.

A ministra Rosa Weber ressalvou uma hipótese para o seu entendimento sobre a inconstitucionalidade do uso industrial do amianto, para um seguimento específico da indústria química, onde o diafragma de asbesto é utilizado no processo

---

revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[232] SÃO PAULO. Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

[233] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

de eletrolise para a obtenção de cloro, já que possui regulação posterior à Lei nº 9.055/95[234] e possui medidas suficiente que impedem o contato do trabalhador com o amianto e a possibilidade de dispersão no ambiente externo[235].

O ministro Dias Toffoli, no voto-vista da ADI nº 3.937/SP[236], destacou que "diante de um tema de natureza técnico-cientifico [...] o tratamento jurídico-normativo depende do estágio do desenvolvimento cientifico em que se encontre o observador"[237], em suma, expôs que anteriormente não se haviam evidências concretas sobre os riscos do amianto à saúde humana. Muitas divergências sobre o perigo que o amianto crisotila oferece foram (e estão sendo) esclarecidas desde os julgamentos das primeiras ações sobre esse tema, e conforme o decurso de tempo os estudos demonstraram o potencial lesivo da exposição ao composto.

---

[234] BRASIL. Lei nº 9.976 de 03 de julho de 2000. Dispõe sobre a produção de cloro e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9976.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[235] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 4.066/DF (voto). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 17 ago. 2017. p. 22-24.

[236] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[237] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto-Vista, ADI 3.937/SP. Relator: ministro Antônio Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2017. p. 16.

O ministro, em seu voto, relembrou os dados e argumentos levados na audiência pública pelo Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Previdência Social, referentes ao comportamento do mineral na natureza e a forma que o Instituo Nacional de Seguridade Social é orientado a conferir aposentadorias especiais para os trabalhadores expostos ao amianto[238].

Ainda na decisão, observou que há consenso científico de órgãos de proteção à saúde, que apontavam não existir limites seguros para a exposição do amianto, logo o perigo cancerígeno se torna mais concreto. Um fato interessante é a participação de membros do Ministério da Saúde que defenderam que todas as modalidades do amianto são classificadas como "comprovadamente cancerígenas"[239], amplamente apoiada pela Agencia Internacional para pesquisas sobre o Câncer (IARC), junto da indicação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em que a solução para o problema de risco de câncer em razão da exposição por amianto seria o abandono de todas as espécies de amianto[240].

Um apontamento levado pelo Ministério da saúde foram as mortes causadas pelo amianto. 1/3 dos cânceres ocupacionais foram relacionados com o uso do amianto e que 80% das pessoas morrem em um ano após o diagnóstico, configurando, assim, um grave problema de saúde pública. Ainda foram levados à audiência pública dados da Portaria Interministerial nº 9/2014[241] do Ministério da Previdência Social, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Saúde que contém a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos, o amianto (em

[238] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Voto-Vista, ADI 3.937/SP**. Relator: ministro Antônio Dias Toffoli. Brasília, 10 ago. 2017. p. 18-20.
[239] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Voto-Vista, ADI 3.937/SP**. Relator: ministro Antônio Dias Toffoli. Brasilia, 10 ago. 2017. p. 17.
[240] ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. **Programa Internacional de Seguridad de las Sustancias Químicas, Amianto**. Madrid. Disponível em: https://www.who.int/ipcs/assessment/public_health/ asbestos/es/. Acesso em: 13 nov. 2018.
[241] BRASIL. **Diário Oficial da União (DOU)**. n. 194, Seção 1, p. 140. Out. 2014.



todas as suas formas) está encaixada no grupo 1, que são as comprovadamente cancerígenas.

O ministro ressaltou que a Lei nº 9.055 de 1995[242] foi editada com o prognóstico de viabilidade do uso seguro da crisotila e na impossibilidade de substituir o material por outro alternativo, e, portanto, passou por uma inconstitucionalidade progressiva, e por isso seus dispositivos se encontravam desatualizados com as novas técnicas. Destacou ainda que as empresas são resistentes às regras de proteção estabelecidas pela legislação (descaso esse que não se restringe por mero controle empresarial, mas também à impossibilidade de controlar a exposição do mineral em suas diversas fases).

Quanto à influência da audiência pública realizada no dia 24 de agosto de 2012, o ministro declarou:

> Cheguei a esta conclusão após a realização de audiência pública, em 24 de agosto de 2012, convocada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, na qual foram ouvidos representantes de entidades governamentais, de órgãos internacionais e da sociedade civil acerca dos aspectos científicos da matéria-prima e de suas repercussões para o meio ambiente, a saúde pública e a economia.[243]

[242] BRASIL. **Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[243] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Voto-Vista na ADI nº 3.937/SP, Ministro Antônio Dias Toffoli**. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 10 ago. 2017. p. 15.

No julgamento da ADI nº 3.406/RJ[244], a relatora Rosa Weber também destacou a importância da audiência pública realizada, a qual a permitiu identificar os dados científicos que eximiram dúvidas acerca do risco do amianto para a saúde pública. Segue o trecho:

> Não obstante a milenar relação do homem com o amianto, na segunda metade do século XX surgiram as primeiras evidências fortes da sua nocividade. Desde então, o acúmulo e a replicação de estudos médico-científicos – muitos dos quais referidos na audiência pública realizada nesta Corte Suprema no âmbito da ADI nº 3.937/SP, convocada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, e pelos materiais trazidos aos autos pelos *amici curiae* – permite identificar, na quadra atual, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto. (grifo nosso)[245].

Para deixar claro a importância dos debates da audiência pública realizada no dia 24 de agosto de 2012, o voto da relatora possui o tópico "Contribuições ao debate trazidas na audiência pública sobre o amianto (ADI nº 3.937/SP[246]) e por *amici*

[244] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[245] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor).** Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 34.

[246] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995.

curiae"[247] apenas para explicar as razões e argumentos de fato e de direito que foram levados a conhecimento dos ministros. A relatora Rosa Weber concluiu o tópico com a seguinte consideração:

> Os dados e subsídios técnicos apresentados na audiência pública sobre os efeitos do amianto para a saúde, bem as contribuições desta natureza trazidas pelos amici curiae, referendam, no seu conjunto, a conclusão de que no estágio atual, o conhecimento científico acumulado permite afirmar, para além da dúvida razoável, a nocividade do amianto crisotila à saúde humana e ao meio ambiente. (grifo do autor).

A fundamentação da ministra ainda se embasou em relembrar os argumentos do Ministérios da Saúde e do Ministério da Previdência Social E Ministério do Trabalho[248] em dados sobre a falta de segurança nos ambientes de trabalho e eliminação de riscos das partículas de asbesto, os dados de aposentadorias especiais e, principalmente, a classificação do grupo cancerígeno em que o amianto está inserido[249].

A participação efetiva da sociedade civil, com viés de debate e informação para o julgador, rendeu a procedência do pedido de inconstitucionalidade. Há ainda

---

Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[247] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor).** Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 45-49.

[248] Atualmente os Ministérios da Previdência Social e do Trabalho estão incorporados à estrutura do Ministério da Economia.

[249] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor).** Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 46/49.

a menção, na ADI nº 3.937/SP[250], de que a audiência realizada levou o Supremo Tribunal Federal a um novo patamar, em que não se pode deixar de lado os dados técnicos científicos do asbesto.

Levando em conta que nos julgados anteriores, especialmente na ADI nº 2.656/SP[251], a Corte, à época, eximiu-se avaliar, por eles, a natureza científica das informações, e sim a natureza jurídica do tema, com prevalecimento da tese de violação ao pacto federativo e repartição de competências legislativas.

Dessa vez, não se pode falar que o STF fez um juízo de valor aos dados científicos, mas apenas observaram como esses dados apresentados repercutem juridicamente nos direitos fundamentais constitucionais. O julgamento da ADI nº 4.066[252] esclarece esse ponto, nas palavras da ministra relatora, Rosa Weber:

---

[250] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[251] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019

[252] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis

> [...] também não cabe à Corte avaliar se este ou aquele estudo apresentado está correto, residindo fora da sua alçada os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato.
>
> Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – cuja natureza é descritiva. É nesse sentido que, ao se debruçar sobre regra jurídica disciplinadora de fatos, a Corte adota, como premissa empírica, o conhecimento científico estabelecido sobre eles, considerado o estado da arte no momento do julgamento[253].

---

seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[253] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI 4.066/DF. Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 17 ago. 2017. p. 09.

Portanto, esse trecho explicita o que a ministra delimitou em seu voto como "Limites da cognição jurisdicional"[254], relembrando que à época dos primeiros julgados (ADI nº 2.396/MS[255] e nº 2.656/SP[256]) não se haviam dados consensuais na comunidade científica, e aquelas decisões estariam respaldadas a defender os interesses econômicos, já que não se presumiria a periculosidade, em razão de não prejudicar o que foi alegado pelo governador de Goiás em ambas as ações.

No julgado da ADI nº 4.066/DF[257] a relatora ressaltou novamente a importância que a audiência pública, segue:

---

[254] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 4.066/DF. Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 17 ago. 2017. p. 09-11.

[255] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII E §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

[256] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019

[257] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de

> Desde então, o acúmulo e a replicação de estudos médico-científicos – muitos dos quais referidos na audiência pública realizada nesta Corte Suprema no âmbito da ADI nº 3.937/SP, convocada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, e pelos materiais trazidos aos autos pelos *amici curiae* – permite identificar, na quadra atual, para além de qualquer dúvida razoável, a contração de diversas doenças graves como efeito direto da exposição ao amianto.[258] (grifo nosso).

A realização da audiência foi importante nos julgamentos seguintes, que utilizaram desses dados para proferirem decisões semelhantes ao tema. A declaração de inconstitucionalidade, então, contrapôs a escolha política da permissão à exploração do amianto com os direitos à saúde pública (art. 196, CF), redução de riscos ocupacionais (art. 7, XXII, CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF). Os dados da audiência pública realizada (maioria de caráter científico) tiveram de ser adaptados para forjar argumentos jurídicos, assim, no momento de vácuo legislativo, deixado pelo julgamento da ADI nº 3.406/RJ[259],

---

cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[258] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI 4.066/DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 17 ago. 2017. p. 07.

[259] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro.

os estados-membros passaram de competência legislativa suplementar para a competência legislativa plena por inexistência de norma reguladora (inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/1995[260]).

Com o julgamento da ADI nº 4.066/DF[261], no dia 24 de agosto de 2017, de caráter puramente abstrato, também se propunha a declarar a inconstitucionalidade

substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/ downloadPeca.asp? id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[260] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

[261] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo.



do art. 2º da Lei nº 9.055/95, porém o julgado não foi dotado de efeitos vinculantes (na forma do art. 97, CF), apesar de possuir a maioria dos votos, uma vez que não alcançou o quórum mínimo (seis votos). Cada estado, atualmente, pode legislar sobre a permissão, ou não, do amianto com a base nos dispositivos constitucionais protegidos pelo julgamento da ADI nº 4.066/DF[262], quais sejam os artigos 7º, XXII, 196 e 255.

Sobre o julgamento realizado no dia 29 de novembro de 2017, o voto da relatora Rosa Weber na ADI nº 3.406/RJ[263] em conjunto com a ADI nº 3.470/RJ,

---

Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[262] Op. Cit.

[263] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

relembrou o histórico dos julgamentos anteriores realizados pela Corte[264] nas ADI nº 2.656/SP[265] e 2.396/MS destacando o voto divergente à época, inaugurado pelo ministro Eros Grau (aposentado), sobre interpretação menos rígida das repartições de competências comuns e concorrentes (art. 23 e art. 24 da Constituição Federal).

De início, a ministra estabelece que a "chave hermenêutica"[266] para compreender as competências legislativas dispostas na Constituição Federal, devem ser precedidos do entendimento sobre o "Princípio Federativo". Sobre esse princípio, Hugo Nigro Mazzili, Cássio Juvenal Faria e Roque Antônio Carrazza, explicam que é graças a esse princípio que se pode identificar a tripartição de um estado federado: *"ordem jurídica global"* a *"ordem jurídica central"* e a *"ordem jurídica periférica"*, encarnados nas figuras do Estado Brasileiro, a União e os Estados-membros, respectivamente[267].

Em um estado repartido legislativamente por competências, segundo os mesmos autores[268], é possível que o ente da ordem jurídica central (União) limite matérias para si, de forma a uniformizar e pacificar (não-absolutamente) determinado entendimento de matéria de direito, de forma que nenhuma lei no

[264] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 07-13.

[265] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019

[266] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 15.

[267] FARIA, Cássio Juvenal; MAZZILLI, Hugo Nigro; CARRAZZA, Roque Antônio. Algumas considerações sobre o princípio federativo. Justitia, 1989. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/prinfed.pdf. Acesso em 04 fev. 2018.

[268] Op. Cit. p. 3.

território nacional lhe seja contrária, e dessa forma se alcance o que Manuel Gonçalves Ferreira filho definiu como "unidade dentro da diversidade" [269].

Assim, os estados membros deveriam necessariamente observar esses limites legislativos, de forma que se mantenha a estabilidade do pacto federativo e a existência do próprio Estado Brasileiro e a existência de uma Constituição Federal que unifica o território. A desobediência por sua vez, permite ao ente central (União) a relativizar ou suprimir totalmente a autonomia que foi concedida ao ente, por meio do instrumento de "intervenção", regulado no art. 34 da Constituição Federal.

Devido às peculiaridades dos próprios membros federados, viu-se como opção a definição de "normas gerais" para que assim, os estados-membros (ordem periférica) pudessem adaptar a legislação às suas ordens econômicas, políticas, culturais etc. E nesse ponto que o voto da ministra Rosa Weber é incisivo em propor uma questão: "O que é uma "norma geral" no direito brasileiro? ".

Para definir o termo utilizou do histórico do surgimento do termo na Constituição de 1946, proposto, à época, pelo deputado e jurista Aliomar Baleeiro, sendo resultado da resistência da ordem jurídica periférica (estados e municípios) pela iminente perda de autonomia com a centralização da edição de normas gerais da legislação financeira e a elaboração do Código Tributário Nacional[270].

Com o auxílio dos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entendeu que as normas gerais são o que chamou de "substancialistas"[271], ou seja,

[269] FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 109.

[270] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 17-18.

[271] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 18.



deve haver necessariamente um limite na edição da norma geral, para que se concretize a concorrência com os demais entes federativos, portanto, a normal editada pela União deve estar, por pressuposto lógico, aliada à generalidade[272], e o ente periférico não pode contrariar essa disposição, segundo jurisprudência firmada na corte no julgamento da ADI nº 2.903/PB[273].

Por sua vez, os estados membros possuem critérios para preencher as lacunas deixadas pela norma geral, lista a ministra em seu voto:

> [...]aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender suas peculiaridades locais, respeitados os critérios (i) da preponderância do interesse local, (ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais – até mesmo para se prevenir conflitos entre legislações estaduais potencialmente díspares – e (iii) da vedação da proteção insuficiente. (grifo do autor)[274].

Passando à análise da Lei nº 9.055/95[275], definiu que a competência legislativa da qual se trata a Lei estadual nº 3.579/2001 do Rio de Janeiro[276],

---

[272] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 19.

[273] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.903/PB. Ementa: "(...) Normas gerais, que, editadas pela união federal, no exercício de competência concorrente, não podem ser desrespeitadas pelo estado-membro - lei complementar estadual que fixa critérios diversos - inconstitucionalidade. - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo ultra vires, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (...). - É inconstitucional lei complementar estadual, que (...) não observa as normas de caráter geral, institutivas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente." (ADI 2903/PB, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01.12.2005, DJe 18.9.2008). Brasília, 19 set.2008.

[274] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto, ADI nº 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber, p. 20. Brasília, 29 nov. 2017.

[275] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das

encontra amparo jurídico uma vez que ao regular produção e consumo contrapondo com a defesa da saúde, controle da poluição e a proteção do meio ambiente, ultrapassa os interesses da competência suplementar dos estados-membros.

O primeiro e o segundo critério foram cumpridos, segundo a ministra, visto que as escolhas não afetam de fato as relações comerciais, mas sim o aperfeiçoam a forma que operam no estado (limite territorial) e as matérias debatidas traduzem-se em escolhas legitimas do legislador estadual (preponderância do interesse local)[277]. O terceiro critério, vedação da proteção insuficiente, se encontra preenchido por conta de a lei impugnada não tratar em seu texto qualquer diminuição das exigências mínimas de segurança da Lei nº 9.055/95[278] para o comercio, industrialização ou extração do mineral[279].

Em relação ao artigo 2º da Lei estadual nº 3.579/2001[280], que proíbe a extração, fabricação e comercialização do todas as espécies de amianto, explicou que não houve qualquer violação do disposto no art. 24, incisos V, VI, XII, §2º da

---

fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[276] RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.579, de 07 de julho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579. Acesso em: 09 mar. 2019.

[277] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 26.

[278] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[279] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI 3.406/RJ (inteiro-teor), Ministra Rosa Weber, p. 26. Brasília, 29 nov. 2017

[280] RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.579, de 07 de julho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º - Fica proibido, em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, a extração de asbesto.

Constituição Federal, pois a Lei nº 9.055/95[281] explicitamente deixa a entender no seu texto que essa atividade extrativista representa risco e por isso existe a necessidade de controle normativo, e pelo seu caráter de escolha política, que subsiste o seu caráter licito, portanto, trata-se de uma tolerância ao risco do amianto branco[282].

Por sua vez, ministra definiu que a tolerância de exploração de material potencialmente perigoso não é, e nem pode ser, um obstáculo para a atividade legislativa dos estados-membros quando exercerem as competências suplementares, pois a legislação impugnada ao proibir a extração do asbesto, simplesmente elevou o grau de proteção à um patamar maior que o disposto na legislação federal, na forma da proibição do amianto. E ainda, por se tratar de proibição progressiva, não haveria qualquer violação dos termos na Lei nº 9.055/95[283].

Contudo, essa exposição, foi uma das interpretações que a ministra atribuiu para resolver conflitos de inconstitucionalidade material da regulação que a lei estadual fluminense teria em relação ao disposto no art. 24 da Constituição Federal e a existência da Lei nº 9.055/95[284].

---

[281] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[282] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto, ADI 3.406/RJ (inteiro-teor). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, nov. 2017. p. 27.

[283] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

[284] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.



Para resolver então esse problema de forma definitiva, a ministra montou a defesa envolta dos argumentos de que o art. 2º da Lei nº 9.055/95 não oferece proteção suficiente exigidas para se cumprir os artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana); 6º (direito social à saúde e trabalho); 7º, XXII (redução de riscos inerentes ao trabalho); 196 (direito à saúde e proteção aos riscos de doença) e 225 §1º, V (controle da produção e comercio de produtos que representem risco à saúde), todos da Constituição Federal.

Os argumentos utilizados aos direitos acima expostos, foram no mesmo sentido do que já havia sido defendido quando do julgamento das ADI's nº 4.066/DF[285] e nº 3.937/SP[286], porém dessa destacou no direito internacional a

[285] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela

controvérsia que a Organização Internacional do Comércio (OMC) quando julgou a proibição da França de importar produtos canadenses contendo amianto. Ao tópico de "breves apontamentos do direito comparado", trouxe dados de que a tolerância de partículas no Brasil é mais permissiva que de outros países como Rússia, Estados Unidos e Canadá[287].

Antes de iniciar o voto o ministro Alexandre de Moraes levantou uma dúvida quando à declaração de inconstitucionalidade dessa nova ação e seus efeitos jurídicos sobre o art. 2º da Lei nº 9.055/95[288], pois explica que se o Supremo declarasse a inconstitucionalidade do dispositivo estaria dizendo que todas as espécies de

improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[286] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[287] O Brasil permite a exposição de 2,0 fibras/cm³, enquanto que a Rússia permite 0,06 fibra/ml de ar, a legislação dos Estados Unidos permite 1,0 fibra/cm³ e a legislação Canadense permite até 0,1 fibra/cm³.

[288] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

amianto estão proibidas, portanto, não caberia a cada estado-membro fazer complementação normativa, visto que haveria a supressão da concorrência legislativa por proibição do amianto[289].

Para resolver o impasse levantado, os ministros concordaram, por maioria, exceto os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio Mello, em atribuir à declaração de inconstitucionalidade o efeito vinculante e erga omnes, visto a existência uma mutação constitucional na leitura do art. 52, X da Constituição Federal. O plenário entendeu que a função da edição de resolução suspensiva pelo Senado da República não possuía caráter constitutivo, mas apenas declarativo, e por isso sua função é meramente de reforço de publicidade.

Para montar esse entendimento o ministro Luiz Fux utilizaram-se dos artigos 28 da Lei nº 9.868[290] somado ao art. 101 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal[291] e os art. 535, §5º[292] e, por fim, o artigo 927, inciso III[293], ambos

[289] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 3.406/RJ (voto), Ministro Alexandre de Moraes. Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 1-2.

[290] BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

[291] BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacao RegimentoInterno. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art. 103.

[292] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 08 abr. 2019. Art. 595, § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou



do Código de Processo Civil, para demonstrar que o Supremo Tribunal Federal ao proferir a decisão colegiada não aguarda a edição da medida suspensiva e a matéria decidida fica automaticamente suspensa nos três poderes.

Um dos motivos que se levou a essa consideração séria também a real possibilidade de cada estado reiniciar esse debate de proibição, ou não, do amianto, e assim o Supremo estaria no que o ministro Edson Fachin chamou de "semicírculo permanente"[294], que seria a retomada de uma matéria anteriormente decidida de forma contínua, e por isso a atribuição do efeito vinculante obstaria a reedição dessas matérias novamente pela via incidental, de forma que cada estado estaria livre para editar as normas proibitivas.

E nesse ponto da liberdade legislativa que o ministro Alexandre de Moraes levanta dúvida: "Mas restringir o quê, se a maioria do Supremo, incidentalmente, acha que não pode nada?". Portanto, se não pode a exploração comercial/industrial do amianto, em tese, não poderia existir sequer leis para proibir o amianto, e de certa forma o Supremo usurpa para si a competência suspensiva da lei (que cabe, originariamente e por pressuposto, ao mesmo poder que a editou, o legislativo) e vincula a atividade legislativa em editar nova norma para regular esse assunto, já que

do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[293] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 e março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

[294] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 3.406/RJ (ata). Brasília, 29 nov. 2017. p. 12.

se decidiu que caso essa hipótese aconteça, caberia reclamação ao Supremo[295], como pontuou o ministro Marco Aurélio.

O ministro Marco Aurélio por diversas vezes, durante o julgamento da ADI nº 3.406/RJ[296] alertou que a mudança e atribuição dos efeitos vinculantes e *erga omnes* viola a separação dos poderes, vez que suplanta parte da função legislativa[297] do Poder Legislativo[298], já que uma lei editada por esse poder nasceria morta por violar decisão vinculante, ao mesmo tempo que rebaixa a Constituição Federal frente ao Código de Processo Civil e ao Regimento interno do Supremo Tribunal Federal[299].

Finda e confirmada atribuição dos efeitos vinculantes e erga omnes no julgado da ADI nº 3.406/RJ[300] da inconstitucionalidade do artigo, sob o mesmo

[295] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 3.406/RJ (antecipação de voto). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 2.

[296] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[297] O ministro Marco Aurélio considera que a competência do art. 52, X da CRFB, é constitutiva e não declaratória, como sustentaram a maioria.

[298] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 3.406/RJ (antecipação de voto). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 1-2.

[299] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 3.406/RJ (ata). Relatora: ministra Rosa Weber. Brasília, 29 nov. 2017. p. 12

[300] Atualmente (09/03/2019) se encontra em suspensão, enquanto se aguarda o julgamento dos embargos de declaração.

prisma da defesa e incompatibilidade com normas já anteriormente citadas, valerá em todo o território nacional, e isso trará uma mudança nas relações entre os poderes Legislativo e Judiciário, já que a função prevista no art. 52, X, CF[301] passaria para o Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Senado Federal dar publicidade ao ato com a divulgação da resolução suspensiva no Diário Oficial, ao mesmo tempo que presunção de legitimidade da norma pública perderia sua eficácia e deixará de integrar o sistema jurídico brasileiro, cabendo aos estados-membros editarem suas próprias leis, proibitivas do amianto.

Na perspectiva da teoria formulada por Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos interpretes da constituição, explica que no processo constitucional, em especial ao do controle constitucional pela via direta, todos os agentes públicos e os agentes particulares estão juridicamente e socialmente envolvidos ao proferimento da decisão (sentença)[302].

O processo de julgamento das ADI's citadas nesta pesquisa, especialmente a convocação da audiência pública realizada no dia 24 e 31 de agosto de 2012, permitiu a inserção desses interpretes da Constituição e suas percepções acerca dos direitos de exploração comercial e mineral do amianto e os direitos acerca do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saúde pública e redução de riscos ocupacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[301] Edição de resolução suspensiva de leis ou atos normativos federais, e assim a norma deixa de valer para toda a sociedade.

[302] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos intérpretes da **constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 27.

Conclui-se que o instrumento de audiências públicas está integrado ao poder judiciário e está cumprindo o seu objetivo de integrar os cidadãos e sociedade civil organizada com o poder público, e, no caso do poder judiciário, para democratizar o exercício da jurisdição. Sendo assim, os julgamentos das ADI's nº 3.406/RJ[303], nº 3.937/SP[304] e nº 4.066/DF[305], onde os dados que foram levados para a audiência

[303] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[304] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[305] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a

realizada nos dias 24/08/2012 e 31/08/2012, foram relevantes para a decisão de inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 9.055/95[306], vedando a comercialização do mineral em todo o Brasil, favorecendo os direitos de saúde, do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da redução de riscos ocupacionais.

Ressalta-se que o STF, em realização de sua função de Corte Constitucional, destacou que aqueles julgamentos recentes não estão fazendo juízo de valor aos dados técnicos-científicos do processo, mas sim avaliando o aspecto jurídico da norma permissiva do amianto editada pelo poder público, a qual parte de uma

---

exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[306] BRASIL. Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 09 mar. 2019. Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

escolha política, com normas constantes da constituição, especialmente os direitos à saúde (art. 196, CF), meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF) e redução de riscos ocupacionais (art. 7, XXII, CF).

Esses três direitos acima expostos prevaleceram nos últimos julgados e acabaram por declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade por incompatibilidade, com base nos dados apresentados à Corte, em sede de audiência pública. A Corte destacou que não poderia deixar de considerar esses dados para as suas decisões, dada a relevância dos assuntos e os impactos aos cidadãos.

Na sistemática de julgamento dessas ações, a ADI nº 3.406/RJ[307] declarou incidentalmente a aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculante ao controle de constitucionalidade difuso, o que vincularia de imediato todos os níveis do poder judiciário e, assim como ocorre com as declarações de inconstitucionalidade das ADI puramente abstratas, a dispensa de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal. Dessa forma, não caberia nova propositura de ações isoladas sobre esse tema, e se daria por encerrado a discussão sobre a permissibilidade do amianto no território nacional, e seus efeitos valeriam para todos os membros federativos, pessoas físicas e jurídicas (de direito público e privado), e o âmbitos da

[307] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 3.579/2001 do estado do rio de janeiro. substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. legitimidade ativa ad causam. pertinência temática. art. 103, IX, da constituição da república. alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. inocorrência. competência legislativa concorrente. art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. convenções nºs 139 e 162 da oit. convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. regimes protetivos de direitos fundamentais. inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. proteção insuficiente. Arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. constitucionalidade material da lei fluminense nº 3.579/2001. improcedência. declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. efeito vinculante e erga omnes. Relator: Rosa Weber. Requerente: Confederação dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=15339388321&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

administração pública (poder executivo), e num primeiro momento ao poder legislativo[308].

Essa decisão reflete nos fundamentos da separação dos poderes, em especial às funções dos poderes Legislativo e Judiciário. Sobre as ADI's nº 3.937[309] e nº 4.066[310], o debate volta-se, com maior abordagem, ao campo ambiental, onde este

[308] É importante ressaltar que as decisões do poder judiciário, em sede de controle abstrato, não vinculam ou proíbem o Poder Legislativo em editar nova norma com conteúdo semelhante, contudo, essa nova edição legislativa não obsta que a nova norma posterior seja objeto de reclamação constitucional.

[309] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[310] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066/DF. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. art. 2º, caput e parágrafo único, da lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam. Associação nacional dos procuradores do trabalho – ANPT. Associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho – ANAMATRA. Art. 103, IX, da constituição da república. Representatividade nacional. Pertinência temática. Mérito. Amianto. Variedade crisotila (asbesto branco). Fibra mineral. Consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Relação de causalidade. Reconhecimento oficial. Portaria nº 1.339/1999 do ministério da saúde. Posição da organização mundial da saúde – oms. Risco carcinogênico do asbesto crisotila. Inexistência de níveis seguros de exposição. Limites da cognição jurisdicional. Questão jurídico-normativa e questões de fato. Análise da jurisprudência. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Fonte positiva da autorização para exploração econômica do asbesto crisotila. Lei nº 9.976/2000. Legislação federal específica e posterior. Indústria de cloro. Uso residual. Transição tecnológica. Situação específica não alcançada pela presente impugnação. Tolerância ao uso do amianto crisotila no art. 2º da lei nº 9.055/1995. Equacionamento. Livre iniciativa. Dignidade da pessoa humana. Valor social do trabalho. Direito à saúde. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo.



trabalho se fundamenta, pois, ressaltam a importância que aquela audiência conferiu à Corte, dando maior legitimidade para suas decisões, ouvindo as partes que serão afetadas por elas.

Assim, o risco que o amianto representava, num primeiro momento, eram controversos na comunidade científica, o STF, à época, decidiu pela legitimidade da exploração mineral e industrial do amianto e dessa forma preservou a ordem econômica (especialmente a arrecadação tributária pelos entes envolvidos nas primeiras ações diretas).

A ministra Ellen Gracie, relatora da ADI nº 2.396-9/MS[311] destacou que, naquele momento, entre as competências do Supremo Tribunal Federal, dispostas na Constituição, não estava previsto a atribuição de juízo de valor à dados científicos, sob pena de descumprir seu papel constitucional, argumento que foi reforçado nas ações estudadas nesta pesquisa (ainda que a abordagem tenha sido direcionada de

---

Limites dos direitos fundamentais. Compatibilização. arts. 1º, IV, 170, caput, 196 E 225, caput e § 1º, V, da CF. audiência pública (adi 3.937/sp) e amici curiae. Contribuições ao debate. Jurisprudência do órgão de apelação da organização internacional do comércio – omc. Proibição à importação de asbesto. Medida justificada. art. XX do acordo geral sobre tarifas e comércio – gatt. Proteção da vida e da saúde humana. Convenções nºs 139 e 162 da oit. Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. Regimes protetivos de direitos fundamentais. supralegalidade. Compromissos internacionais. Inobservância. art. 2º da lei nº 9.055/1995. Proteção insuficiente. arts. 6º, 7º, XXII, 196 e 225 da constituição da república. Quórum constituído por nove ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência e quatro votos pela improcedência. art. 97 da constituição da república. art. 23 da lei nº 9.868/1999. Não atingido o quórum para pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Relator: Rosa Weber. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

311 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

outra forma nos últimos julgados), e correlacionou que o princípio informativo da ordem econômica se coadunava com dignidade da pessoa humana, uma vez que "o Estado do Mato Grosso do Sul nada tem a ganhar com a proibição [...]"[312].

Nessas primeiras ações, propostas pelo Governador do Estado de Goiás contra leis estaduais de São Paulo (ADI nº 2.656/SP[313]) e Mato Grosso do Sul (ADI nº 2.396/MS[314]), não houve qualquer análise ou apresentação de dados científicos, de forma que apenas foram julgados os aspectos jurídicos do embate dos direitos à saúde, meio ambiente e riscos ocupacionais em face dos direitos à ordem econômica e financeira, as competências legislativas de cada ente, e o próprio pacto federativo.

Naquele momento o entendimento voltou-se prioritariamente a favor do estado de Goiás, a qual alegou prejuízos tributários, econômicos e até sociais com a

[312] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 2.396-9/MS (voto). Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Relatora: ministra Ellen Gracie Northfleet, p. 610. Brasília, 26 set. 2001

[313] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

[314] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

proibição da exploração do amianto, ainda que houvesse dúvida sobre a real periculosidade das fibras do amianto.

O julgamento da ADI nº 2.396/MS[315] destacou que os estudos progrediriam futuramente e revelariam, oportunamente, a real periculosidade dos riscos do amianto do tipo crisotila e que, conforme fossem avançando, caberiam às autoridades sanitárias adotarem as medidas necessárias para garantir a saúde (tanto ocupacional, como coletiva). Foi conferido à Corte apenas o dever de "verificar a ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional"[316].

A posterior, e o que chama atenção para o deslinde dos julgamentos atuais, é o que foi chamado de "inconstitucionalidade progressiva". Segundo o voto do ministro Dias Toffoli, desde o primeiro julgamento sobre esse assunto os estudos científicos avançaram substancialmente e, assim, conforme os estudos se pacificavam no viés de periculosidade, a constitucionalidade julgada num primeiro momento, foi progressivamente perdendo a sua validade.

Até o pronunciamento do voto na ADI nº 3.937/SP[317] de agosto de 2017 e lavados em conta o lapso temporal de 2003 (data do julgamento das ADI's nº

[315] Op. Cit.

[316] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI nº 2.396-9/MS (voto). Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Relatora: ministra Ellen Gracie Northfleet, p. 614. Brasília, 26 set. 2001.

[317] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa

2.656/SP[318] e nº 2.396/MS[319]), somado com dados sobre a saúde dos trabalhadores que exerciam profissões ligadas à manipulação com o amianto, os estudos técnico-científicos concluíram não haver nível de exposição segura ao asbesto branco, assim a constitucionalidade de exploração se perdeu completamente quando foi julgada.

A participação dos atores nacionais (públicos e privados) e internacionais, por meio de seus agentes na audiência pública, que durou cerca de um pouco mais de 5 horas, apresentaram seus pontos e estudos para demonstrarem ao julgador (ministro Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) um direcionamento acerca da utilização, ou não, do amianto nos ambientes industriais e comerciais. Aos favoráveis procurou-se demonstrar que o risco podia ser controlado, e que mesmo que oferecesse alguma porcentagem de risco, essa periculosidade de exposição limitar-se-

concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.

[318] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

[319] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

ia estritamente ao ambiente industrial, não podendo, dessa forma, falar em risco para a saúde pública.

Aos contrários ao uso do amianto, os argumentos foram para demonstrar aos julgadores a capacidade lesiva, tanto em ambientes industriais, como os seus arredores e persistindo por toda a cadeia de consumo, de forma que o resíduo final[320], bem como os ambientes a qual foram extraídos o mineral (danos com previsão de recuperação natural estimados em no mínimo 30 anos).

Os expositores, especialmente os representantes do poder público (Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho e Ministério da Previdência Social[321]), apresentaram as ações políticas de suas competências que já demonstravam o tratamento de periculosidade com o amianto.

As entidades da sociedade civil, por sua vez, buscaram mostrar os danos à saúde dos expostos ao amianto, as sequelas graves desenvolvidas ou as que resultaram na morte precoce (maioria dos casos), que evidenciava, ainda, danos à integridade da cadeia econômica (perda da mão de obra e gastos do poder público para o tratamento das neoplasias e outros males, sobretudo respiratórios).

A teoria de Peter Häberle sobre os interpretes da constituição, ficaram demonstradas durante o processo constitucional do amianto, e bem mais nitidamente quando da realização da audiência pública, já que nela pode-se demonstrar a força pluralista (contrários e a favor da exploração comercial do

[320] O descarte do produto, seja de forma irregular na natureza, como a regular, com tentativa de reaproveitamento/reutilização dos materiais composto por amianto.

[321] Os ministérios do Trabalho e Previdência social, atualmente (09/05/2019), fazem parte da estrutura administrativa do Ministério da Economia.

asbesto), que por sua vez, conferem publicidade e refletir a realidade da constituição[322].

Entre as considerações acerca desse julgamento está o próprio fato de que o Supremo tem sido demandado para a concretização de direitos fundamentais sensíveis e não legislados pelo Poder Legislativo, e dessa forma acabar por absolver o bônus da concretização dos direitos fundamentais (que é um objetivo do judiciário no próprio processo constitucional) ao ponto que absorve também o ônus desse ativismo (principalmente pelas consequências contramajoritárias das decisões).

Um outro ponto é a própria vedação do judiciário em seu papel institucional de proferir a decisão judicial (exercício jurisdicional, vedação ao *non liquet*), quando da ausência de atuação institucional dos poderes representacionais (Executivo e Legislativo) sobre determinado assunto, e por isso a inserção das audiências públicas é uma forma de aperfeiçoamento do exercício da função judicial, e afim, também, de proporcionar legitimidade, não do exercício da jurisdição, mas sim da própria titularidade da soberania (o povo).

Essa mesma necessidade de legitimidade poderia ser justificada com a própria elevação de importância das decisões dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, na sistemática fundada pelo novo Código de Processo Civil de 2015[323], que tem aberto o debate de haver uma aproximação das práticas jurídicas tal como acontece nos sistema da *common*

[322] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 38.

[323] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 e março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

law (*stare decisis*), ainda que estruturalmente nosso sistema judicial seja *civil law* (tradição romana-germânica).

Portanto, desde a nova codificação civil iniciou-se um novo jeito de decidir, um novo tipo de processo, uma nova relação entre os poderes. E essa mesma relação precisará de ajustes, debates sobre a própria separação dos poderes, compatibilidades dos instrumentos e aperfeiçoamento da jurisdição (objeto da regulação processual), em especial com o escopo desde trabalho, na jurisdição constitucional e a contribuição de interpretações e demonstrações de compatibilidade de normas com as audiências públicas.

Sem a audiência pública realizada, o Supremo não experimentaria essa proximidade com pontos de vistas e fundamentos diferentes, que foram imprescindíveis para as decisões finais do amianto/asbesto, onde o jurídico, o científico, o político e o econômico se encontraram para um grande debate democrático com o poder jurisdicional do Estado, especialmente aquele que julga a constitucionalidade da lei (e consequentemente as escolhas políticas do poder legislativo), e que não deixam de impactar na vida do cidadão.

REFERÊNCIAS

ACORDO nacional para extração, beneficiamento e utilização segura e responsável do amianto crisotila 2013 a 2015. Disponível em: http://www.sinticomex.org.br/ckfinder/userfiles/files/ ACT%20CNTA%202015.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2º Ed., 2018.

ALMEIDA, D. R. *Representação além das eleições*. Repensando as Fronteiras entre Estado e Sociedade. Jundiaí: Paco Editorial. 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EXPOSTOS AO AMIANTO. Amianto no Brasil. Disponível em: https://www.abrea.com.br/o-amianto/amianto-no-brasil.html. Acesso em: 10 mar. 2019.

BACKES, A. L., AZEVEDO, D. B.; ARAÚJO, J. C.. Audiencias Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: *a sociedade na tribuna*, 2009. Disponível em: Câmara dos Deputados: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1882. Acesso em: 10 mar. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: *exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, tomo I. São Paulo: Saraiva, 1995.

BLATT, Paulo Roberto, SALDANHA, Jania Maria Lopes. O caso do amianto: conjuntura internacional e jurisprudencia do STF. *Revista Eletronica do curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, 2007.

BORGES, Heloísa Bot; FERNANDES, Valdir. O uso do amianto no Brasil: o embate entre duas racionalidades no Supremo Tribunal Federal. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 175-194, abr/jun. 2014.

BRASIL. [(Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.396/MS*. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 2.210/01, do estado de mato grosso do sul. ofensa aos artigos 22, I e XII; 25, § 1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV. Inexistência. afronta à competência legislativa concorrente da união para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da constituição federal. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375387. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.656/SP*. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei paulista. Proibição de



importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto. Governador do estado de goiás. Legitimidade ativa. Invasão de competência da união. Brasília, 08 maio 2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador - PNSST*. 2004. Disponível em: Ministério da Saúde: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_seguranca_saude.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF.* Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. decreto nº 4.887/2003. procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. ato normativo autônomo. art. 68 do adct. direito fundamental. eficácia plena e imediata. invasão da esfera reservada a lei. art. 84, IV e VI, "A", da cf. inconstitucionalidade formal. inocorrência. critério de identificação. autoatribuição. terras ocupadas. desapropriação. art. 2º, caput e §§ 1º, 2º e 3º, E ART. 13, caput e § 2º, do decreto nº 4.887/2003. inconstitucionalidade material. inocorrência. improcedência da ação. Brasília, 08 fev. 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pd f. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Ementa: estado – laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde – dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=136389880&ext=.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Remessa "Ex Officio" nº 607/SC em Ação Civil 200.72.01.000607-8/SC*. Ementa: Processo civil. direito ambiental. nulidade de audiência pública. descumprimento do prazo fixado na resolução do conama nº 9/87. - O Estudo de Impacto Ambiental, assim como o respectivo Relatório de Impacto Ambiental, são norteados pelos princípios da publicidade e da

participação pública que visam a ampla discussão da comunidade acerca da obra ou atividade a ser licenciada. - O art. 2º, parágrafo 1º, da Resolução nº 09/87 do CONAMA, prevê 45 dias, contados a partir da data de recebimento do RIMA, para ser fixado edital e anunciado, pela imprensa local, a abertura de prazo para a solicitação de audiência pública. - Impossibilitada a eficaz participação na audiência pública da autora por descumprimento do prazo legal, é ineficaz a convocação e a designação da audiência na data estabelecida pelo IBAMA. - Remessa oficial improvida. Autor: Associação de moradores amigos e proprietários de pontal do norte e figueira do pontal. Réu: Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relatora: Des. Federal Silvia Goraieb. Curitiba, 22 set. 2004. Disponível em: https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1165739/remessa-ex-officio-reo-607. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: ministro Carlos Britto, Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=AC&docID=611723. Acesso: 09 mar. 2019.BRASIL. (24 de out de 2007). Mandado de Segurança (MS) 12.459/DF (2006/0273097-2). Superior Tribunal de Justiça (STJ).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/*

SP. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei

geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Marco Aurélio. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Industria. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/download Peca.asp?id=313831911&ext=.pdf. Acesso em: 09 mar. 2019.BRASIL. (2008). Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Audiências Públicas realizadas*. Disponível em: : http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável*. Dossiê Amianto Brasil. Relator: Edson Duarte. 2010.

BRASIL. *Diário Oficial da União (DOU)*. n. 194, Seção 1, p. 140, out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Reclamação nº 4335/AC.* Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Brasília, 20 mar. 2019. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991*. Promulga a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm . Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 2.350, de 15 de outubro de 1997*. Regulamenta a Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2350.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000*. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm. Acesso em:10 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 5.360, de 31 de janeiro de 2015*. Promulga a Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, adotada em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5360.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 875, de 19 de julho de 1993*. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/ Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Lei Orgênica do Ministério Público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/ L9882.htm. Acesso: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.976, de 03 de julho de 2000*. Dispõe sobre a produção de cloro e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l9976.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012*. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-ms-1823-2012.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 1.851, de 09 de agosto de 2006*. Aprova procedimentos e critérios para envio de listagem de trabalhadores expostos ao asbesto/amianto nas atividades de extração, industrialização, utilização, manipulação, comercialização, transporte e destinação final de resíduos, bem como aos produtos. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-ms-1823-2012.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Resolução n° 307, de 5 De julho de 2002*. (C. N. Ambiente-CONAMA). Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para gestão dos resíduos da construção civil. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/ legiabre.cfm?codlegi=307. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. *Resolução nº 452, de 2 de julho de 2012*. (C. N. Ambiente-CONAMA). Dispõe sobre os procedimentos de controle da importação de resíduos, conforme as normas adotadas pela Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=676. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Súmula Vinculante 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRIDGES. *Interim Report Issued in Canada-France Asbestos Case*. 2000. Disponível em https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/interim-report-issued-in-canada-france-asbestos-case. Acesso em 12 de nov de 2018.

CAMAZANO, Joaquín Brage. *Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiente de Peter Häberle y Konrad Hesse.* México: Porrua, 2005.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública. *Ciência e Saúde Coletiva*, São Paulo, p. 903-911. 2003.

COSTA, M. T. *No país, queda de braço entre os que produzem com e sem a fibra*. 2012. O Globo. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/rio20/no-pais-queda-de-braco-entre-os-que-produzem-com-sem-fibra-4947322. Acesso em: 10 mar. 2019.

DIAS, Elizabeth Costa; CARNEIRO, Ana Paula; NAHAS, Cláudia Márcia Silva; FARIA, Mário Parreiras; SILVA, Thais Lacerda. Atenção à saúde dos trabalhadores expostos à poeira de sílica e portadores de silicose, pelas equipes da atenção básica/saúde da família (protocolo de cuidado). 2017. Disponível em: http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/LIVRO%20SILICOSE%20v%2024%20maio%202017.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

FARIA, Cássio Juvenal; MAZZILLI, Hugo Nigro; CARRAZZA, Roque Antonio. Algumas considerações sobre o princípio federativo. *Justitia*, online, p. 1-4. 1989.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Revista Eletronica de Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 230-237, 2002.

FILHO, J. D. *Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORDILLO, A. (2014). *Tratado de Derecho Admistrativo*. Buenos Aires: F.D. A., 2014.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autônoma*. México: Porrua, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HARRISON, P. T.; LEVY, L. S.; PATRICK, G.; PIGOTT, G. H.; SMITH, L. L. *Comparative hazards of chrysotile asbestos and its substitutes: a European perspective*. Environmental Health Perspectives, p. 607-611, 1999.

LEARY, Warren. Appeals Court Strikes Down Major Parts of Federal Asbestos Ban. *New York Times*, out. 1991. Disponível em: https://www.nytimes.com/1991/10/22/us/appeals-court-strikes-down-major-parts-of-federal-asbestos-ban.html. Acesso em: 10 mar. 2019.

MARINO, Aline Marques; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Questionamentos decorrentes da utilização do amianto a partir da ADI 2.656-9/SP. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, pp. 141-168, jan/jun. 2015.

MAZZILLI, H. N. *O Inquerito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, R. M. Processo Administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 147-169. 2003.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, sepração dos poderes e deliberação*. Constitutional Courts and Deliberative Democracy. Oxford: Oxford University Press. p. 160, 2013

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. Brasília, Saraiva, 2011.

MENDES, GIlmar Ferreira. Papel do Senado no controle Federal de constitucionalidade, o: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, v. 41, p. 149-169, abr./jun. 2004.

MENDES, René. Asbestos (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, p. 7-29, jan./fev. 2001.

NETO, Celso de Barros Correia. *Com quantos votos de faz uma lei inconstitucional?* Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional. Acesso em: 04 dez. 2018.

OLIVEIRA, A. A.; GARCIA, G. M.; RODRIGUES, B. F.; SOUZA, L. L.; LAGE, L. P.; CHAVES, P. M.; CHIAVEGATTO, C. V. Impacto do amianto na saúde dos brasileiros. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research – BJSCR*, online, v. 22, p. 82-85, mar./maio, 2018.

SÃO PAULO. *Lei nº 10.813, de 24 de maio de 2001*. Dispõe sobre a proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/ alteracao-lei-10813-24.05.2001.html. Acesso em: 09 abr. 2019.

SÃO PAULO. *Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007*. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/alteracao-lei-12684-26. 07. 2007.html. Acesso em: 09 abr. 2019.

SILVA, L. S.; SANTOS, M. G.; PAULINO, V. J. Audiências Públicas: histórico, conceito, carácteristicas e estudo de caso. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 237-257, out./dez. 2015.

SOARES, F. D. *Direito Administrativo de Participação: cidadania, direito, estado e município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

USP pesquisa substituição do amianto. 2007. Financiadora de Estudos e projetos - FINEP. Disponível em: https://bv.fapesp.br/namidia/noticia/10612/usp-pesquisa-substituicao-amianto/. Acesso em: 10 mar. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Environmental Health Criteria 203*. 1998. Disponível em: International Programme on Chemical Safety: http://www.inchem.org/documents/ehc/ehc/ehc203.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA DA ADPF/347

Sarah Aline Theodoro Nascimento Lino

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu na Colômbia, como um mecanismo para reconhecer a violação de Direitos Fundamentais existente no Sistema Penitenciário Colombiano, decorrentes de atos omissivos por parte dos diferentes órgãos do Estado. No Brasil o ECI foi declarado na ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal, onde se constatou a falta de políticas públicas para solucionar o caos em que se encontra as prisões brasileiras, tendo como principal problema a superlotação das celas, em razão da falta de vagas, bem como da não realização de audiência de custódia.

Palavras-chave: Violação. Direitos Fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Prisões.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo abordar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário brasileiro, a partir da análise da ADPF 347/DF, tendo em vista a noção de Direito Fundamental e a sua violação como causa da crise do Sistema Prisional.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordado como surgiu o do Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, a partir da análise de decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia. O presente trabalho usará o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) abordado por George Marmelstein, utilizaremos o

estudo feito por ele e outros autores para entender como surgiu o conceito do ECI e a sua aplicação, a partir do seu texto, analisaremos os pressupostos para caracterização da violação aos Direitos Fundamentais, que irão nortear a pesquisa.

A violação de Direitos Fundamentais dos presos, em razões de atos omissos do Poder Público, reconhecida pela Corte Colombiana em suas decisões, será observada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para analisar se na esfera federal e estadual do Estado há violação de direitos, decorrentes da falta de políticas públicas ou até mesmo do descumprimento da lei, pelos diferentes entes que compõem os poderes do Estado.

É importante salientar, a Constituição Federal de 1988 traz diversos direitos fundamentais em seu texto, em especial os dos art. 6º que mostram uma tentativa para diminuir as desigualdades sociais, tendo o Poder Judiciário o deve de atuar na defesa das minorias para garantir a efetividade desses direitos, bem como ser um fiscal das políticas públicas. Assim, devem ser analisados se estão presentes os pressupostos para a caracterização do que conheceremos como Estado de Coisas Inconstitucional. (SILVA, 2017)

No segundo capítulo será analisado o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil por meio da ADPF 347 do Supremo Tribunal Federal proposta pelo partido PSOL, que requereu o reconhecimento do ECI no Sistema Penitenciário Brasileiro e também pleiteou diversas providências para sanar as violações existentes, decorrentes de omissões do Estado, por meio de autoridades públicas envolvidas em todas as esferas (união, estados e DF).

Com a violação de direitos cada vez mais é necessário recorrer ao Poder Judiciário, procurando instrumentos que forcem o Estado a cumprir com os seus

deveres, afim de resolver a situação caótica de coisas inconstitucionais. (DUARTE; DUARTE NETO, 2016)

A violência urbana, o aumento da criminalidade, são problemas em regra das grandes cidades do Brasil que vem desde a década de 80. O que pressionou uma mudança nas políticas de segurança, principalmente sobre o Poder Judiciário com aumento de processos para serem julgados e nas prisões gerando uma crise dentro da instituição. (ADORNO, 1991)

A partir do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, por meio das violações de Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, em Convenções Internacionais que o Brasil é signatário e na legislação infraconstitucional. Será abordado as violações existentes no sistema prisional reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal e o seu papel como defensor das minorias.

A presente pesquisa não pretende analisar o Estado de Coisas Inconstitucional como uma forma de ativismo judicial, mas sim como um mecanismo processual para sanar as violações dos Direitos Fundamentais dos presos, que por meio do Poder Judiciário, no caso em análise, do Supremo Tribunal Federal, irá coordenar o diálogo entre os Poderes do Estados para criação de políticas públicas, capazes de fazer cessar as violações de direitos.

Cumpre destacar, no Brasil existem diversas regras que regulam o sistema penal, mas não são cumpridas, o que reflete a debilidade das prisões brasileiras, que funcionam em condições desumanas e violam os direitos dos presos. A pena como forma de ressocialização não cumpre com a sua função. (ADORNO,1991)

Cabe reiterar, abordaremos o papel do Estados de Coisas Inconstitucional, como um mecanismo de sanar as violações existentes no sistema prisional, através da decisão proferida pelo STF, na ADPF 347, bem como, será elencada as determinações do STF para a solução da violação massiva dos Direitos Fundamentais dos presos.

No terceiro capítulo será averiguado o cumprimento das determinações imposta pelo STF, a nossa análise se delimita a alínea "g" da ADPF 347/DF, que se refere a realização de audiência de custódia, para que seja viabilizado a presença do preso perante a autoridade judicial, dentro de um prazo razoável estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Mencionaremos o que é a Audiência de Custódia e sua previsão legal. Vale descartar, a nossa principal preocupação é averiguar se existe a correlação entre a falta de realização das Audiências de Custódia, com a superlotação do Sistema Penitenciário Brasileiro, conforme foi exposto pelo partido PSOL na ADPF 347/DF.

Pensar que os problemas que acontecem dentro dos presídios não afetam a sociedade é um equívoco e aqui se encontra a importância da minha pesquisa. É necessário saber até que ponto as violações de direitos previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional existem, causam danos aos presos e a necessidade de criação de mecanismos por parte das autoridades públicas, capazes de sanar o problema do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Por fim, será averiguado se a determinação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal têm sido observadas pelos diferentes órgãos estatais e quais políticas públicas foram implantadas para resolução dos problemas enfrentados na ADPF 347/DF, usaremos dados do Conselho Nacional de Justiça, para mostrar a

eficácia que a Arguição de Preceitos Fundamentais teve dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

1 O CONCEITO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), nasceu na Corte Constitucional Colombiana, diante de um quadro de violações de Direitos Fundamentais dos indivíduos e possui como intuito "permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público". (MARMALSTEIN, 2015, p. 241)

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) também pode ser conceituado, como um mecanismo jurídico que reconhece uma violação generalizada de Direitos Humanos Fundamentais. E para superar o quadro de violação é necessário a atuação de todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) para que sejam encontradas soluções capazes de findar as inconstitucionalidades declaradas.

O objetivo do Estado de Coisas Inconstitucional é impulsionar o Estado para que sai da inércia e crie políticas públicas necessárias para findar a violação de direitos que ocorre em massa, devido a omissão dos órgãos estatais. (PEREIRA, 2017, p.177-178)

Vale ressaltar, o ECI acontece em casos que afetam um grande número de pessoas vulneráveis, que alegam a mesma violação de direitos. Sendo reconhecido pelo judiciário como um quadro de violações generalizada e massiva, onde são demandadas diversas entidades responsáveis pela implementação de políticas públicas, para que acabe com a violação de Direitos Fundamentas. (PEREIRA, 2017, p.177)

> O papel do juiz constitucional é assumir as vozes das minorias esquecidas, ou seja, dos grupos que dificilmente têm acesso aos organismos políticos, a Corte reconheceu que os mecanismos de proteção jurídica mais tradicionais não eram eficazes para solucionar o problema, já que mesmo com a propositura de diversas ações judiciais denunciando a gravidade da situação, as autoridades continuavam omissas no seu papel de garantir o respeito aos direitos dos presos. (MARMALSTEIN, 2015, p. 245-246)

Com a violação de direitos cada vez mais é necessário recorrer ao Poder Judiciário, procurando instrumentos que forcem o Estado a cumprir com os seus deveres, o ECI vem para ser a última medida, quando todas as outras ferramentas do sistema jurídico não forem capazes de resolver a situação caótica de coisas inconstitucionais. Será necessário a atuação de diversos órgãos para trazerem soluções ao estado de coisas que atingem toda uma coletividade, os diversos agentes estatais atuarão juntos para que aconteça as modificações necessárias. (DUARTE; DUARTE NETO, 2016, p. 300-301)

Nesses termos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirmar:

> Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirmar legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades (CAMPOS, 2017).

É importante salientar, o Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado por uma violação de direitos, decorrente de uma omissão de autoridades pública, que para serem resolvidas irão exigir a atuação de diversos órgãos para realizarem as



mudanças estruturais, não fica a cargo do judiciário a criação de políticas públicas. Lembrando que a decisão proferida pela corte atinge todos que tem seus direitos violados, até mesmo aqueles que não ingressam em juízo, pois busca soluções que possam ser aplicadas em todos os casos, evitando decisões fragmentadas. (PEREIRA, 2017, p. 177-178)

Ainda no que se refere a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional é necessário existir falhas de estrutura do Estado e a falta delas dentro dos órgãos que são responsáveis por impedirem a violação de Direitos Fundamentais. Assim, de forma coordenada o judiciário irá designar responsabilidades as autoridades públicas competentes, para que achem medidas cabíveis para solucionar os problemas e findar as violações. (PEREIRA, 2017, p.177-178)

O bom funcionamento de um Estado exige que os seus poderes dialoguem entre si e quando necessário atuem juntos, para que seja preservado o estado de direitos, o respeito aos Direitos Fundamentais e todo o regramento constitucional. Assim, atuação judicial se limita a possibilitar o diálogo entre os órgãos responsáveis para construírem a solução dos problemas existentes. (DUARTE; DUARTE NETO, 2016, p. 313)

1.1 A origem do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), foi declarado pela primeira vez na *Sentencia de Unificación (SU) 559* proferida pela Corte Colombiana, no ano de 1997. Ao analisar um caso em que autoridades recusaram direitos previdenciários cabíveis aos professores. Ao instaurar o ECI, os juízes tinham como objetivo apurar se havia falhas do Estado ao garantir certos direitos. Assim, foi possível a constatação de uma deficiência nos órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações e concluiu que

existia uma violação massiva de Direitos Fundamentais. (MARMALSTEIN, 2015, p. 242)

> A evolução jurisprudencial do ECI ocorreu, originalmente, em um caso emblemático julgado em 1998 (T 153/98), envolvendo a crise dos presídios, cujos problemas de fundo eram muito semelhantes ao do Brasil (superlotação e privação de direitos). Em uma ação individual interposta por um preso que denunciava violações de seus direitos mais básicos, a Corte ampliou o escopo original da demanda e chegou à conclusão de que o problema não se restringia ao presídio em que o demandante estava, mas abrangia todo o sistema penitenciário colombiano. No diagnóstico apresentado, foram realizadas diversas diligências visando avaliar a situação carcerária do país (MARMALSTEIN, 2015, p.245)
>
> A corte acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de "tragédia diária dos cárceres". Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a corte: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país (CAMPOS, 2017)

É importante salientar, as ordens emanadas pela Corte Constitucional da Colômbia não atingiram os efeitos pretendidos, "os principais defeitos acusados foram a pouca flexibilidade das ordens, especialmente em face dos "departamentos" locais, e a falta de monitoramento pela própria corte, da fase de implementação da decisão." (CAMPOS, 2017)

O grande problema não foram as ordens contidas na sentença proferida pela Corte Colombiana, o erro consistiu em acreditar que bastava impor algumas determinações capazes de solucionar o problema estrutural existente no sistema

carcerário Colombiano, que essas seriam executadas de imediato pelos órgãos responsáveis, não houve um diálogo entre os envolvidos, para se analisar a possibilidade de cumprir tal medidas ordenadas. O que não significa afirmar, que no caso brasileiro a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional não seria eficaz. (CAMPOS, 2017)

Vale ressaltar, após os casos citados anteriormente, o Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicado em outras situações fáticas, tendo como função base acabar com a violação dos Direitos Fundamentais do indivíduo, através de mecanismos jurídicos e processuais, que possibilitassem um diálogo entre os diversos órgãos do Estado, para que atuassem juntos, criando políticas públicas que resolve-se o problema estrutural do sistema. (MARMALSTEIN, 2015, p. 250)

Outra decisão importante foi a T025/2004 proferida pela Corte Constitucional Colombiana, onde se discutiu o direito dos migrantes internos, nela foram elencados fatores utilizados para determinar se uma determinada situação pode ser entendida como um Estado de Coisas Inconstitucional, para que fosse possibilitado o diálogo entre os órgãos responsáveis, afim de se atingir o resultado pretendido. São eles: (MARMALSTEIN, 2015, p. 242)

> (1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (6) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (7) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial,

> caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica. (MARMALSTEIN, 2015, p. 242)

Ao instaurar o ECI a ideia central era suprir a ausência de mecanismos que protegem os Direitos Fundamentais do indivíduo, através de decisões judicias que alcançariam a todos afetados pela violação de direitos e não só aqueles que ingressaram com uma ação, a partir da constatação de um quadro generalizado de violação sistêmica. Assim, sendo chamado para compor o processo todos os órgãos violadores dos direitos, mas também aqueles que de alguma forma poderiam contribuir para a solução global do conflito. (MARMALSTEIN, 2015, p. 250)

> Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirmar legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2017)

Mediante os fatos supracitados anteriormente, a principal função da Corte Constitucional "é a de coordenar um processo de mudança institucional através da emissão de ordens de "desbloqueio" que costumam emperrar a burocracia estatal e de um processo de monitoramento contínuo sobre as medidas adotadas pelo poder público" (RODRIGUEZ GRAVITO; RODRIGUEZ FRANCO, 2010, p. 250).

1.2 Pressupostos para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional

Para configuração do Estado de Coisas Inconstitucional é necessário está presente três pressupostos: a violação de Direitos Fundamentais, uma falha

estrutural estatal e uma falta de coordenação entre os diversos poderes e o terceiro a superação dessas violações. (MARMALSTEIN, 2015, p. 251)

No que se refere ao primeiro pressuposto, a violação de Direitos Fundamentais deve afetar um número amplo de pessoas, ou seja, ser uma violação sistêmica, generalizada e massiva. O segundo pressuposto se refere a inércia dos órgãos estatais, há uma omissão das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações, que gera a violação de direitos. Há uma falta de coordenação entre as atividades administrativas e legislativas, que acabam necessitando da interferência do poder judiciário para um diálogo entre os órgãos. (MARMALSTEIN, 2015, p. 251)

E por fim, o terceiro pressuposto tem relação com as medidas necessárias para que ocorra a superação do quadro de violação massiva. Através do diálogo entre os diversos órgãos responsáveis pela criação de políticas públicas que resolvam os problemas. (MARMALSTEIN, 2015, p. 251-252)

> Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira "falha estatal estrutural", que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2017)

Devem ser seguidos alguns passos para identificação do quadro de violação dos direitos fundamentais:

> (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário (h) realização de audiências públicas e medidas auxiliares para avaliar o cumprimento do plano; (i) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa e ordens mais detalhadas. (MARMALSTEIN, 2015, p. 251)

Cabe ao poder judiciário estabelecer como os órgãos responsáveis irão agir para a execução de políticas públicas, que solucionem as falhas estruturais. O poder judiciário será um intermediador de todos os envolvidos, para a criação de obrigações com o fim de superar o ECI, além de ser um fiscal dos agentes estatais a fim de garantir que eles cumpram os planos elaborados, sua principal função é de fiscalizador, um coordenador institucional dos poderes.

Por meio do Estado de Coisas Inconstitucional haveria um destravamento das instituições, assim as demandas daqueles que são excluídos pela política, passarão a ser ouvidas e decididas. Os indivíduos dessa maneira terão garantido os Direitos Fundamentais, ao ter acesso ao meio político. (SILVA, 2017.)

> Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do



> Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados. (CAMPOS, 2017)

O papel do Judiciário no Estado de Coisas Inconstitucional é de fiscalizador, um coordenador institucional dos poderes, ele não será o responsável pela criação de políticas públicas, irá apenas tirar o Estado da inércia e possibilitará o diálogo em todas as esferas estatais. (SILVA, 2107.)

2 DA ADPF 347

2.1 Do relatório

A ADPF 347/DF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL com o intuito de ser reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional dentro do Sistema Penitenciário Brasileiro, com fundamento em uma pesquisa elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, para que as medidas cabíveis fossem tomadas, afim de cessar as violações dos Direitos Fundamentais dos presos. (BRASIL, 2015, p. 3)

O PSOL alegou que através de ações e omissões dos poderes, tanto na esfera federal, como estadual e municipal, os direitos dos presos são lesionados. A situação em que se encontra atualmente os presídios, configura uma realidade totalmente diferente daquele que a Constituição Federal de 1998 assegura, Direitos

Fundamentais como à saúde e segurança dos presos, não tem sido respeitado pelo Estado. (BRASIL, 2015, p.3)

Um dos grandes problemas apontados pelo PSOL, é a superlotação dos presídios brasileiros, que fere vários direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, podendo citar como exemplo o tratamento desumano dos indivíduos, que mesmo estando presos devem ser protegidos pelo Estado. Esse partido ainda alega que com a falta de criação de vagas nos presídios que supra a população carcerária, o Estado mostra que não respeita os preceitos constitucionais e também os legais. (BRASIL, 2015, p. 3-5)

A omissão dos órgãos administrativos consiste em não criar número de vagas dentro dos presídios capaz de suportar toda a população carcerária existente, gerando consequências como a falta de segurança dos presos, de acesso a saúde e assistência social, ou até mesmo uma alimentação precária. Esses fatos expostos anteriormente estariam acontecendo, em razão de um contingenciamento dos recursos do fundo penitenciário pela União, que muitas vezes não repassa aos estados as verbas devidas, para que criem políticas públicas de melhoria para o sistema prisional. (BRASIL, 2015, p. 9-10)

Vale ressaltar, foi alegado que o Brasil não cumpre as determinações de acordos assinados internacionalmente, não observa os artigos contidos na Convenção de Direitos Humanos, podemos citar o artigo 7.5 desse documento, que prevê o direito a realização de audiência de custódia, uma das ferramentas que poderiam ser utilizadas para evitar a superlotação do sistema penitenciário. (BRASIL, 2015, p. 3-5)

É importante salientar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já interviu no Brasil e esse já foi condenado a adotar medidas que acabem com a

situação de risco, bem como proteja tanto a integridade pessoal, como a psíquica e moral dos indivíduos privados de sua liberdade nas diversas penitenciárias do país. Além, dentro da nossa jurisprudência encontramos decisões que reconhece a falta de estrutura do sistema carcerário:

> Evocando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, menciona trechos do voto do ministro Teori Zavascki nos quais consignado que "em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis" e, na prática, "os presos não têm direitos". O ministro Luís Roberto Barroso teria assentado que "mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação". Cita intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem "situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país". (BRASIL, 2015, p. 5)

Convém lembrar, foi destacado que o Poder Legislativo é influenciado pelos meios de comunicação, pela opinião da própria sociedade, por isso não cria Politicas Criminais sensíveis ao sistema prisional. Já a responsabilidade do Poder Executivo recai na falta de estruturas das penitenciarias, causando a não separação dos detentos de acordo com o crime que cometeu, afetando não só a população carcerária, mas toda a sociedade, pois esse caos tem feito aumentar o número de reincidência. (BRASIL, 2015, p.12-14)

Em relação ao mérito o PSOL destacou alguns problemas como a superlotação dos presídios, a falta de separação de presos preventivos daqueles que já estão cumprindo a sua pena, gerando o que se chama de falhas de estruturas na criação de políticas públicas, comparando as prisões a "verdadeiros infernos



dantescos". Além das situações expostas anteriormente foram destacadas as seguintes situações:

> Celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos Argumenta que, hoje, o número deve ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Se somadas as prisões domiciliares, o Brasil passaria a Rússia. Em 25 anos, verificou-se majoração de mais de 650%. O déficit seria de, pelo menos, 206.307 vagas, o qual aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos. Destaca que outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição. Alega a banalização da adoção da medida constritiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, evidenciando-se uma "cultura do encarceramento". Aponta, mais, inexistir separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos. Ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido –, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene. Enfatiza comporem as minorias sexuais outro grupo a sofrer com o encarceramento inadequado. Consoante realça, esses indivíduos ficam expostos, constantemente, a abusos sexuais,

> inclusive a servidão, contraindo doenças sexualmente transmissíveis. (BRASIL, 2015, p.15)

Diante das situações fáticas expostas anteriormente, foi sustentado que há um cenário de violações massivas e generalizadas dos Direitos Fundamentais dos presos, contrariando o princípio da dignidade humana enunciado na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III. Além de ser vedado a tortura, o tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"), bem como o dispositivo legal que determina o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII). (BRASIL, 2015, p. 6-7)

Ressalta-se que a situação exposta é decorrente de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a elucidação do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ainda foi mencionado que o quadro fático caracteriza o que a Corte Constitucional da Colômbia definiu como "Estado de Coisas Inconstitucional", sendo, ante a gravidade das violações de Direitos Fundamentais, necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, no exercício do papel contra majoritário próprio das cortes constitucionais, para que ocorra a proteção da dignidade de grupos vulneráveis, que não possuem uma voz ativa na política. (BRASIL, 2015, p. 6-7)

É importante salientar, o Poder judiciário seria um defensor das minorias, no caso, de grupo rejeitados pela sociedade. Assim, a ideia central da ADPF 347, não é a criação por parte do Tribunal de soluções rígidas ou a imposição de políticas públicas, e sim a intervenção do Poder Judiciário, como um intermediador de diálogos entre os diversos órgãos estatais para que esses em uma atuação em conjunto busquem soluções para a crise do Sistema Penitenciário.



Diante do exposto anteriormente, o partido PSOL requereu que fosse reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro, pois o Poder Judiciário é o legitimado para coordenar o diálogo entre os diferentes órgãos, que compõem os demais poderes do Estado, capazes de acabarem com o quadro caótico de violação a Diretos Fundamentais. (BRASIL, 2015, p. 9)

Ademais, o partido PSOL apresentou medidas que acredita ser um passo inicial para a mudança necessária que precisa ocorrer no sistema penitenciário brasileiro, podendo ser citada algumas, nos seguintes termos:

> a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena



privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, pede que:

a) haja a declaração do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-

> se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do "estado de coisas inconstitucional" na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; [...] (BRASIL, 2015, p. 9-12)

O processo foi concluso e foi para julgamento no STF.

2.2 Determinações

Os ministros do supremo votaram em concordância, seguindo o voto do relator Ministro Marco Aurélio, para deferir parcialmente as medidas cautelares dispostas na peça inicial da ADPF /347.

Como mencionado acima, o Ministro relator foi o Marcos Aurélio e esse entendeu que a ADPF 347 traz como problemática o dever existente de o Poder Público solucionar o déficit de vagas para presos, através de melhorias nos presídios que já temos ou investindo na construção de novos. Mas, não se limita apenas a isso a discussão, pois a arguição busca a efetivação das leis penais e processuais que existem no ordenamento jurídico brasileiro, visando minimizar a crise penitenciária, além da utilização eficiente dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e criação de políticas públicas voltadas ao sistema prisional. (BRASIL, 2015, p. 21-24)

> Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema "campeão de audiência", de agrado da opinião pública. Ao contrário,

> trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar". (BRASIL, 2015, p.3).

É importante salientar, diante de todas as situações narradas no relatório da ADPF 347, os ministros seguindo posicionamento do relator concordaram com a alegação apresentada pelo partido PSOL e entenderam que há uma crise no Sistema Penitenciário Brasileiro, em razão de uma generalizada violação de Direitos Fundamentais garantidos aos presos pela Constituição Federal, podemos destacar o trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

> Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada "Lei de Execução Penal", na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo

> Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. (BRASIL, 2015, p.15)

Após apreciar os pedidos da medida cautelar na arguição, esses foram deferidos parcialmente por maioria seguindo o voto do Ministro Marco Aurélio (relator), podendo citar o pedido cautelar contido na "alínea G". Nela foi determinado aos tribunais e juízes, o dever de observar o art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificadas pelo Brasil por meio de decreto, para que no prazo de até noventa dias, seja realizada audiências de custódia, devendo o preso comparecer "perante a autoridade judiciária" dentro de um prazo de 24 horas, contados a partir do momento da prisão. (BRASIL, 2015, p. 209-210)

Vale ressaltar, a cautelar da alínea "h" também foi deferida pelos ministros, com ela foi determinado que "a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos" (BRASIL, 2015, p.209-210).

Ademais, é importante frisar o voto do Ministro Roberto Barroso:

> Há um pedido definitivo que é um pedido de apresentação de um plano, pelo Governo Federal, no prazo máximo de três meses. Eu penso que, até para nós julgarmos o mérito desta Ação, quando chegar a hora, nós precisamos de informações vindas do Governo Federal: um diagnóstico adequado do sistema; um diagnóstico - que pode ser até que exista, mas não está nos autos - que diga respeito ao número de vagas faltantes; que diga respeito aos custos; que diga respeito a sabermos quanto disso é obrigação ou possibilidade da União Federal; quanto disso caberá aos Estados, já que, em última análise, enfrentar esse problema adequadamente exigirá que os Estados também apresentem planos de enfrentamento e superação do problema. (...) Portanto, eu gostaria de dar uma medida

> liminar de ofício, uma cautelar de ofício, para determinar ao Governo Federal que encaminhe - e aí eu acho que três meses é um prazo muito curto; eu acho que um prazo de um ano, talvez 18 meses, mas eu imaginaria um ano - ao Relator um diagnóstico da situação em termos quantitativos e em termos pecuniários, para que tenhamos elementos adequados para, quando chegar a hora, podermos julgar o pedido definitivo. De modo que, além das três cautelares que eu estou deferindo, Presidente, eu estou acrescentando esta quarta, de ofício, para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de um ano, um diagnóstico da situação do Sistema Penitenciário e as propostas de solução que cogita para a solução desses problemas, em harmonia com os Estados-membros da Federação. (BRASIL, 2015, p. 77)

Por fim, além de deferir as medidas cautelares citadas anteriormente, o tribunal acolheu e reajustou a sugestão apresentada pelo Ministro Roberto Barroso, para a concessão de uma medida liminar de ofício, determinando que a União, Estados e em especial o Estado de São Paulo, informe ao Supremo Tribunal Federal a situação do seu sistema prisional. (BRASIL, 2015, p.210)

O julgamento foi presidido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em plenário, no dia 09.09.2015.

3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Como mencionado no capítulo anterior, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), determinou a apresentação dos presos no prazo de 24 horas perante a autoridade judiciária, para a realização da audiência de custódia.

É importante ressaltar, a Audiência de Custódia é um instrumento processual, bem como um direito do preso em flagrante de ser imediatamente conduzido a autoridade judicial. O objetivo é possibilitar ao juiz analisar a legalidade

dessa prisão, além de observar se todos os Direitos Fundamentais do indivíduo foram respeitados.

Neste mesmo sentindo o doutrinador Caio Paiva conceitua Audiência de Custódia da seguinte maneira:

> A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015, p. 31).

Ao analisar a origem da audiência de custódia, observa-se que a sua previsão legal surge no âmbito do Direito Internacional, no cenário pós Segunda Guerra Mundial, onde surge organismos com a finalidade de proteção dos Direitos Fundamentais do indivíduo. (ANDRADE, 2016, p. 16).

Vale ressaltar, a Convenção Europeia para Proteção e Liberdades Fundamentais (CEDH), em 1950, na cidade de Roma, "firmou normas no sentido de demonstrar a necessidade da condução, sem demora, de toda pessoa detida ou presa à presença física de um juiz ou outra autoridade habilitada por força de lei para exercer tais funções" (VIANA, 2018, p.). Assim, após a CEDH, outros documentos internacionais passaram a discutir e disciplinar a audiência de custódia.

Analisando o contexto histórico legal da Audiência de Custódia, após a Convenção Europeia (CEDH), temos a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, denominada de Pacto São José da Costa Rica, que regulamento expressamente a audiência de custódia em seu art. 7.5, ratificada pelo Brasil no Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõem:

> 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992)

Convém lembrar, temos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, adotado em uma sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, previu "a imposição de apresentar o mais rápido possível, a pessoa detida à presença de um magistrado. (ANDRADE, 2016). Sendo retificado pelo Brasil no Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992:

> Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992)

A audiência de custódia possibilita a liberdade provisória do preso, dessa forma ela atua diretamente como uma solução para a falta de vaga prisional no Sistema Penitenciário Brasileiro (VIANA, 2017, p.1). Entendimento firmado pelo CNJ: "A realização da audiência de custódia visa, também, a redução da superpopulação carcerária brasileira, pois, o Brasil é o terceiro país no mundo que mais encarcera os seus indivíduos."

Além de, ser um instrumento que garante o cumprimento do disposto no art. 5º da Constituição federal, ao vedar a tortura. Nesse sentindo, Ana Paula Favarin:

> A realização da audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante é iniciativa que encontra respaldo em normas internacionais, sendo mecanismo de prevenção e de combate à tortura, visando também à humanização e a garantia de efetivo controle judicial das prisões provisórias.

Ademais, a Audiência de Custódia é uma forma do Poder Judiciário trabalhar dentro dos padrões de eficiência e legalidade, conforme entendimento do defensor Caio Weis:

> A realização da audiência de custódia aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência.

Cumpre destacar, mesmo o Brasil sendo signatário de diversos tratados internacionais, ratificados pelo Congresso nacional, o direito do preso a Audiência de Custódia não era satisfeito em todo território nacional. Por isso, o Partido PSOL entendeu necessário apresentar uma Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, para que a legislação existente no ordenamento jurídico passasse a ser respeitada.

O grande problema a ser enfrentando pela justiça criminal era adequar a legislação penal brasileira, bem como o Código de Processo Penal, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) é signatário. Lembrando que os TIDH possuem natureza constitucional, sendo necessário adequar as disposições contidas no CPP, ao previsto nesses acordos internacionais. (VIANA, 2017, p.1)

Assim, Caio Paiva e Aury Lopes Junior possuem o seguinte entendimento:

> O processo penal certamente é o ramo do Direito que mais sofre (ou melhor, que mais se beneficia) da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo exagero se falar, atualmente, que para se alcançar um devido processo, esse deve ser não apenas legal e constitucional, mas também convencional. (PAIVA; LOPES JR, 2014).

A Audiência Custódia tem intima ligação com o que dispõem o art. 306 do Código de Processo Penal, assim nada impossibilita a sua aplicação em conjunto. O artigo mencionado dispõe que o juiz deve ser comunicado imediatamente após a prisão do indivíduo, a audiência de custódia vem como um mecanismo que possibilita o magistrado não apenas receber o auto de prisão em flagrante, mas ele terá a oportunidade de analisar o seu cabimento e legalidade diante do preso.

3.1 Audiência de Custódia e eficácia da ADPF 347

Como mencionado no capítulo anterior, a Audiência de Custódia foi apresentada como um mecanismo para a solução do quadro caótico existente no Sistema Penitenciário Brasileiro, denominado de Estado de Coisas Inconstitucional, em razão de diversas violações a Direitos Fundamentais do preso.

Na ADPF 347 o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a partir da decisão prolatada, o Poder Judiciário deveria se submeter as disposições contidas no Pacto São José da Costa Rica e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, respeitando o prazo de 24 (vinte quatro) horas para a apresentação perante a autoridade judiciária competente do preso em flagrante. (BRASIL, 2015, p. 210)

O Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável por fiscalizar o trabalho do Poder Judiciário, além de sua eficiência, editou uma resolução para regulamentar a apresentação do preso perante a autoridade judicial, dentro do prazo estabelecido, para dá efetividade a determinação contida na ADPF/347. A Resolução 213 foi editada na data de 15 de dezembro de 2015, mas só começou a produzir seus efeitos no dia 1 de fevereiro de 2016. (MARCÃO, 2017)

> A Resolução aponta dentre seus diversos fundamentos o disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o art. 7º, item 5, do Pacto

> de São José da Costa Rica), bem como o art. 96, I, letra "a", da Constituição Federal, que "defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos" e a determinação imposta por ocasião da apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, na qual o Supremo Tribunal Federal fixou a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente. (MARCÃO, 2017)

A previsão da realização da Audiência de Custódia e do prazo de 24h se encontra no artigo 1º, da Resolução 213 do CNJ, que fixou como termo inicial para a contagem do prazo a data da comunicação da prisão a autoridade judicial competente, nos seguintes termos:

> Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (CNJ,2015)

A comunicação da prisão em flagrante será feita mediante o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com a realidade de cada Estado, mas não será dispensado a observação prevista no 1º da Resolução 213/CNJ, conforme art. 2º do CNJ.

Cumpre destacar, quando se tratar de preso com prerrogativa de função, apresentação ocorrerá da seguinte maneira:

> Nos casos em que a prisão em flagrante envolver pessoa sujeita a competência originária de Tribunal – foro privilegiado por prerrogativa de função –, a apresentação do preso *poderá* ser feita ao juiz que o presidente do Tribunal ou relator designar para esse fim. Portanto, a audiência poderá ser realizada no Tribunal ou por juiz de primeiro grau, e é inegável que a apresentação ao juiz de primeiro grau designado atende aos ideais de celeridade e economia, na medida em que permite a

> realização dos rituais na comarca em que os fatos se deram, muitas vezes distante do Tribunal. (MARCÃO, 2017)

É importante salientar, ao preso em razão de cumprimento de mandando de prisão cautelar ou definitiva, também será assegurando o direito a apresentação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas perante a autoridade judicial, conforme o art. 13, da Resolução 213/CNJ e será aplicado o disposto na resolução quando cabível ao caso em concreto.

A garantia constitucional prevista no art. 5, inciso LV, da Constituição Federal, da ampla de defesa, também é assegurada ao preso na Audiência de Custódia, bem como o direito de atendimento reservado e prévio do acusado com o seu advogado ou defensor público constituído. (MARCÃO, 2017)

Os agentes policiais que foram responsáveis pela prisão do acusado ou qualquer outro ato praticado durante investigação policial, não poderão presenciar a audiência (MARCÃO, 2017). Sendo no artigo 8º da Resolução 213/CNJ disposto todos os fatos que deverão ser esclarecidos pela autoridade judicial em audiência.

> "Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:
>
> I – esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
>
> II – assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
>
> III – dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
>
> IV – questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

> V – indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
>
> VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
>
> VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que [...]"

É importante reiterar que o papel do juiz é averiguar a legalidade da prisão, assim, ele deve proceder da seguinte maneira:

> Ato contínuo, o juiz esclarecerá ao cidadão detido qual a finalidade do ato, ou seja, analisar a legalidade da prisão em flagrante; verificar eventuais maus-tratos ou torturas no período em que o flagranteado esteve em poder dos agentes de segurança pública; analisar a necessidade ou não da manutenção da restrição da liberdade, decretar a prisão preventiva, relaxar a prisão em caso de ilegalidade ou conceder a liberdade provisória, com ou sem os vínculos das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). (ANDRADE; 2016, p. 108).

Após a oitiva do preso em Audiência de Custódia, o juiz concederá ao Ministério Público e a Defesa técnica o direito de fazer perguntas referente ao ato analisado, podendo posteriormente requerem o relaxamento da prisão, a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória, bem como aplicação de outras medidas, conforme art. 8º, §1º, da Resolução 213/CNJ.

Ademais, todo o funcionamento da Audiência de Custódia, bem como os procedimentos a serem seguidos pelo Poder Judiciário, estão previstos na Resolução 213/CNJ, para que seja garantindo ao indivíduo o respeito aos seus Direitos Fundamentais e que a confirmação da sua prisão ocorra dentro do prazo legal, conforme previsto na legislação.

3.2 Dados do CNJ sob a implantação de Audiências de Custódia no Brasil

O Conselho Nacional de Justiça apresentou dados que mostram a implementação da Audiência de Custódia, neles estão o número de audiências realizadas, bem como os seus resultados após a autoridade judicial analisar a legalidade das prisões. Segundo CNJ:

> Implantar o projeto Audiências de Custódia em todas as Unidades da Federação foi uma das metas do Conselho efetivamente cumprida, com a instituição do projeto no Distrito Federal, em 14 de outubro de 2015. O projeto Audiência de Custódia consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, e poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. (CNJ, 2017)

Segundo estatísticas do CNJ no período do 2015 até junho de 2017, podemos observar o seguinte:

- .. Total de audiências de custódia realizadas: 258.485
- .. Casos que resultaram em liberdade: 115.497 (44,68%)
- .. Casos que resultaram em prisão preventiva: 142.988 (55,32%)
- .. Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: 12.665 (4,90%)
- .. Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: 27.669 (10,70%) (CNJ, 2017, grifo do autor)

Analisando os dados estatísticos de cada estado em separado, podemos observar que o estado de São Paulo, foi o estado que mais realizou Audiências de Custódia. Tendo em vista que, foram realizadas 56.682 (cinquenta e seis mil, seiscentos e oitenta e duas) audiências, sendo 26.106 (vinte e seis mil e cento e seis) presos colocado em liberdade provisória, totalizando 46.06% (quarenta e seis e seis por cento) das prisões realizadas.

Na região sudeste podemos citar Minas Gerais, onde foram realizadas 19.031 (dezenove mil e trinta uma) Audiências de Custódia, 52,24% (cinquenta e dois, vinte e quatro por cento) corresponde as prisões preventivas e 47,76% (quarenta e sete, setenta e seis por cento) das audiências realizadas se transformaram em liberdade provisória.



Outro dado importante a ser ressaltado, é o do estado do Rio de Janeiro onde foram realizadas 8.559 (oito mil, quinhentos e cinquenta e nove) Audiências de Custódia, dessas 42,56% (quarenta e dois, cinquenta e seis por cento) foram

convertidas em liberdade provisória e 57,44% (cinquenta e sete, quarenta e quatro por cento) corresponde as prisões preventivas decretadas.



No Distrito Federal, foram realizadas 14.585 (quatorze mil, quinhentos e oitenta e cinco) Audiências de Custódia. Sendo concedido a liberdade provisória a 7.523 (sete mil, quinhentos e vinte e três) presos, um percentual de 51.58% (cinquenta e um, cinquenta e oito por cento). Já 7.062 prisões foram convertidas em prisões preventivas, o que corresponde a 48.42% (quarenta e oito, quarenta e dois por cento) das prisões realizadas.



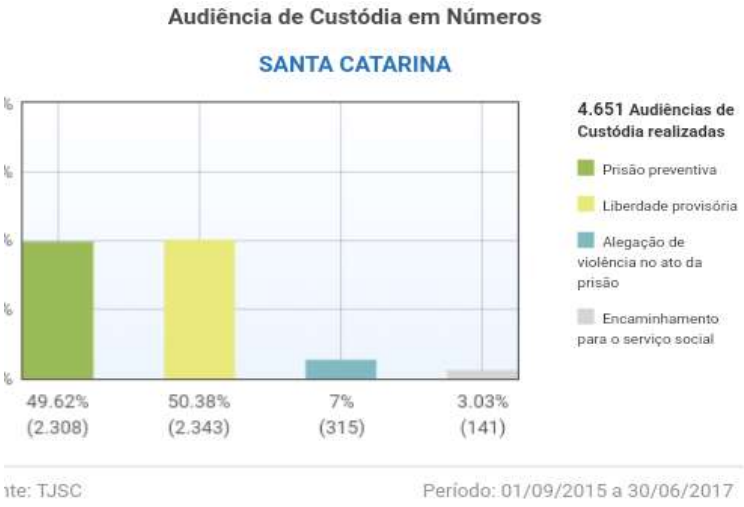
Em estados como o do nordeste brasileiro, podemos citar os números do Estado do Ceará onde foram realizadas 11. 210 (onze mil, duzentos e dez) Audiências de Custódia, sendo decretada 6.662 (seis mil, seiscentos e sessenta e duas) prisões preventivas, totalizando um percentual de 59.43% (cinquenta e quarenta e três por cento), além de serem concedidas 4.548 (quatro mil, quinhentos e quarenta e oito) liberdades provisórias, corresponde a 40.57% (quarenta e cinquenta e sete por cento).



Na região norte, temos o estado de Tocantins que realizou 1.217 (mil, duzentos e dezessete) Audiências de Custódia, sendo 481 (quatrocentos e oitenta e uma) prisões foram convertidas em liberdade provisória e 736 (setecentos e trinta e seis) em prisões preventivas.



Na região sul no estado de Santa Catarina foram realizadas 4.651 (quatro mil, seiscentos e cinquenta uma) Audiências de Custódia, onde 2.343 (dois mil, trezentos e quarenta e três) prisões foram convertidas em liberdade provisória e 2.308 (dois mil, trezentos e oito) em prisão preventiva.



É importante reiterar, a superlotação é um dos grandes problemas do sistema penitenciário, tendo em vista o número de presos provisórios em que se quer foram julgados em primeira instância, bem como aqueles que se encontravam custodiados antes da ADPF 347 e da implantação das Audiências de Custódia.

> Outro ponto significativo é que, de acordo com dados oficiais, em dezembro de 2014, cerca de 41% do contingente de presos no Brasil era composto por presos provisórios, isto é, que sequer haviam sido condenados pela justiça brasileira em primeiro grau de jurisdição, um dado revelador de que o *uso da prisão provisória* no país se tornou abusivo. Além disso, mais da metade dos presos provisoriamente estavam custodiados há mais de 90 dias, que é o "prazo previsto para encerramento da instrução preliminar do procedimento do Júri e pouco superior à soma dos prazos do procedimento

> ordinário para encerramento da instrução e prolação da sentença". (PEREIRA,2017, p.171)

Analisando os dados expostos acima, podemos perceber que a determinação do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, foi cumprida com sucesso, as Audiências de Custódia foram implementadas e estão sendo realizadas por todo o país. Mas, o mais importante a ser ressaltado, essas Audiências de Custódia, tem sido eficazes como solução para o quadro caótico do Sistema Penitenciário, pois estão resultando em liberdades provisórias dos presos, assim, o problema de superlotação do Sistema Penitenciário e a falta de vaga, tem diminuído.

Ademais, apesar do número de conversão em prisão preventiva ainda ser maior do que o de liberdade provisória, percebemos que houve uma diminuição significa número de pessoas que ficam encarceradas até o trânsito em julgado da decisão, o que ajuda no problema de superlotação carcerária, exposto na ADPF/347.

CONCLUSÃO

Reiterando o disposto na introdução, o presente trabalho tinha como objetivo analisar a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro, tendo como objeto de estudo da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 347 (ADPF/347) do Supremo Tribunal Federal. A partir do reconhecimento da violação de Direitos Fundamentais, seria observado a eficácia das determinações proferidas pela ADPF/347, sendo questionada a sua eficácia como mecanismo de solução do quadro caótico do sistema prisional.

No primeiro capítulo foi exposto o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, podendo ser conceituado como um estado de violação generalizada de Direitos Fundamentais do indivíduo, por parte de autoridades públicas, em razão de seus atos omissivos, diante dos problemas de uma coletividade.

Ainda no primeiro capítulo estudamos a origem do Estado de Coisas Inconstitucional, que surgiu na Colômbia através de uma decisão proferida pela Corte Constitucional, a Sentencia *de Unificación (SU) 559*, onde foi constatado uma falha nas prestações de políticas públicas dos órgãos, que garantia o direito dos indivíduos.

É importante ressaltar, o Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado por uma violação de direitos, decorrente de uma omissão de autoridades públicas, que para serem sanadas irão exigir a atuação de diversos órgãos para realizarem as mudanças estruturais, não fica a cargo do judiciário a criação de políticas públicas.

Mediante os fatos estudados no primeiro capítulo, foi compreendido e estabelecido os critérios para a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, bem como fixados os seus pressupostos para serem aplicados nos casos em que se reconhecem a violação de Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo foram mencionados os principais pontos da ADPF/347, para que fosse possível identificar se realmente há o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, segundo entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal e Federal e se esse está de acordo com os conceitos explanados no primeiro capítulo.

A superlotação dos presídios foi apontada como um dos grandes problemas do sistema Penitenciário que afeta todos os estados brasileiros, o que se observa é que não é de interesse dos governantes resolverem esse problema.

Vale ressaltar, o ambiente pequeno para muitos presos, a falta de higienização, as condições sanitárias precárias, tem causado a proliferação de doenças no meio dos detentos. Não há nos presídios funcionários da área da saúde

suficiente, nem medicamentos para atender as necessidades da população carcerária, também foram problemas expostos na ADPF/347.

Vale ressaltar, no Brasil existem diversas regras que regulam o sistema penal, mas não são cumpridas, o que reflete a debilidade das prisões brasileiras, que funcionam em condições desumanas e violam os direitos dos presos. Além das, Convenção Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário.

Ao final do segundo capítulo, foi possível que assim como na Colômbia, perceber que o Brasil enfrenta um grande problema de violação massiva dos Direitos Fundamentais dos presos, ocasionado pela omissão dos poderes públicos, em realizar políticas públicas voltadas a essa população carcerária, essa foi a ideia extraída do julgamento da ADPF/347.

Cumpre destacar que das medidas cautelares deferidas pelo Supremo Tribunal na ADPF/347, a disposta na alínea "g", que determinou ao Poder Judiciário observar o prazo de 24 (vinte e quatro horas) para a apresentação do preso em flagrante, conforme documentos internacionais que o Brasil é signatário, podendo ser destacado o Pacto São José da Costa Rica, foi a estudada neste trabalho.

E o último capítulo, apresentou como objetivo principal observar a eficácia das determinações do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da ADPF/347, tendo como ponto de delimitação o estudo da Audiência de Custódia, para que essa fosse analisada como um possível mecanismo de solução para enfrentar o quadro caótico de superlotação do sistema carcerário e a falta de vagas nos presídios.

A Audiência de Custódia, apesar de ser um mecanismo de controle da legalidade das prisões realizadas pela autoridade policial, essa não era observada

anteriormente a ADPF/347, pelo Poder Judiciário, o que ocasionou a apresentação da arguição estudada.

Como pode ser observado no último capítulo, a audiência de custódia através do Conselho Nacional de justiça foi implementada e realizada em todo o país, sendo cumprido a determinação do Supremo Tribunal Federal na ADPF/347, tendo total eficácia a medida empregada, pois diversos presos foram colocados em liberdade provisória para responder ao processo, como consequência temos a diminuição das demandas por vagas no Sistema Penitenciário para presos provisórios.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ADORNO, Sergio. Sistema Penitenciário No Brasil – problemas e desafios. Revista da USP. n. 9, p. 65-78, mar., abr., mai., 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo n. 254, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 678/92**. Ano, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. **Decreto nº 592/92**. Ano, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 de abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF - Distrito Federal. Ementa: Relator: Ministro Marco Aurélio.Disponívelem:http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 22 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados estatístico/ Mapa de Implantação, Ano, Disponível em: www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 26 abr. 2019.

DUARTE, Júlia Karolline Vieira; NETO, Júlio Gomes Duarte. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): O remédio estrutural para a efetivação dos Direitos Fundamentais perante um diálogo entre os poderes da união. Revista da ESMAL, Maceió, n. 1, p. 298-321, 2016.

FAVARIN, Ana Paula. A audiência de custódia frente à superlotação carcerária. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/456708909/a-audiencia-de-custodia-frente-a-superlotacao-carceraria. Acesso em:

MARCÃO, Renato - Audiência de apresentação/custódia (Resolução CNJ 213/15), 2017, Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252023,31047-Audiencia+de+apresentacaocustodiaResolucao+CNJ+21315. Acesso em: 26 mar. 2019

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica, *in*:OLIVEIRA, Paulo Augusto de (org.); LEAL, Gabriel Prado (org.). Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. V. 1.

PAIVA, Caio; LOPES JR., Aury. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Ano, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal. Acesso em: 13 jul. 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PEREIRA, Luciano Menneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. RIDH, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017.

SILVA, Laís Almeida Cavalcanti. O Compromisso significativo e a ADPF 347/DF. 2017. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso Graduação em direito: - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, 7 -23 p.

VIANA, Hudson Campos. Audiência de custódia: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/70446/audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/2. Acesso em: 26 mar. 2019

WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. Rede de Justiça Criminal p. 1-12, 2013. Disponível em: https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.

VIOLAÇÃO À LAICIDADE DO ESTADO E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADI Nº 4439

Thiago Caixeta de Queiroz Miranda

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de fazer uma análise sobre os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 (ADI), ação esta que requeria a declaração de inconstitucionalidade do preceito legal que permite o ensino religioso em sua modalidade confessional nas escolas públicas, constante no Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, tratando-se de um modelo de ensino cujo conteúdo pode seguir os ensinamentos de uma religião específica. Assim sendo, a discussão versará sobre a incompatibilidade dessa forma de ensino nas escolas públicas com a laicidade do Estado. Além de abordar essa problemática, será levantada a hipótese em que, diante da liberdade de cátedra do professor e da liberdade religiosa do aluno, possa haver um cenário de colisão de direitos fundamentais em sala de aula. Para isso, se conceituará, em um primeiro momento, como o princípio laicidade é entendido no Brasil; após isso, tratará do acordo entre o Brasil e a Igreja Católica que instituiu o ensino religioso confessional nas escolas públicas, bem como o contexto histórico deste ensino no país, seguida pela análise das liberdades que estão inseridas na problemática do trabalho; por fim, será realizada uma análise sobre os argumentos que levaram ao entendimento do Supremo Tribunal Federal de permitir o ensino religioso confessional, seguido por um exercício hipotético sobre os possíveis efeitos que possam ocorrer desta decisão.

Palavras-chave: Estado Laico. Ensino Religioso. Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Colisão de Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Liberdade Religiosa. Liberdade de Cátedra.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tratar dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, que requeria a suspensão da eficácia do § 1º do art. 11 do Estatuto da Igreja Católica no Brasil, preceito legal este que permite a prática do ensino religioso nas escolas públicas em sua modalidade confessional, que se trata de um modelo de ensino que permite ao professor ensinar a sua religião aos alunos. Nesta decisão, restou decidido que o ensino religioso em sua modalidade confessional é compatível com a laicidade do Estado brasileiro, assim como não violaria a liberdade religiosa do aluno, visto que a participação nas aulas seria facultativa.

Diante desse entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o que se pretende aqui é discutir a possibilidade dessa modalidade de ensino, considerando que a Constituição Federal de 1988 assegura ser o Brasil um Estado laico, o que torna questionável a possibilidade de o próprio Poder Público fornecer aulas em escolas públicas que são atreladas a uma religião específica, sobretudo porque a Lei de Diretrizes e Bases da Educação veda o proselitismo nas escolas públicas.

Assim sendo, a presente discussão tratará da relação histórica entre o Brasil e a Igreja, analisando também as Constituições brasileiras que precederam a atual, especificamente nos preceitos legais tratavam dos aspectos religiosos e que forjaram a laicidade no país.

Em complemento, usará como embasamento o histórico do ensino religioso no Brasil, com o intuito de demonstrar como decorreu o processo de

secularização do ensino, que se iniciou como o ensino de religião até o momento em que foi considerado leigo.

Por conseguinte, diante da chegada à fase em que se estabeleceu o princípio da laicidade, com o intuito de se averiguar como este princípio pode ser visualizado na atual Constituição Federal, será feita uma observação a alguns preceitos constitucionais que levam a esse entendimento, como, por exemplo, a norma que assegura que qualquer cidadão tem o livre-arbítrio de aderir a alguma religião e de realizar a respectiva manifestação religiosa; tal como a norma que determina a imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto, o que abrange os diversos credos existentes no Brasil e induzem à conclusão da neutralidade estatal. Assim, diante da análise sobre o princípio da laicidade, será possível, portanto, compreender como o ensino religioso em sua modalidade confessional entra em conflito com a laicidade estatal.

Paralelamente, este trabalho também tem o intuito de fazer um exercício hipotético sobre como, na prática, o ensino religioso confessional nas escolas públicas pode propiciar a violação da liberdade religiosa do aluno, visto que, diferentemente do que foi sustentado pelos defensores desta modalidade de ensino, a facultatividade nas aulas é, em grande parte das escolas públicas brasileiras, praticamente irrealizável.

Para embasar esse entendimento, será mostrado o cenário fático das escolas públicas brasileiras, com base em pesquisas empíricas que demonstraram a ausência de capacidade dessas escolas em proporcionar uma alternativa aos alunos que não queiram participar das exposições religiosas. Nessa linha, o objetivo será demonstrar que restará a esses estudantes tão somente a participação em aulas de ensinamentos religiosos que não correspondem ao seu credo.

A análise também irá expor os argumentos de diversas entidades religiosas que participaram do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 e sustentaram que, para que se possa garantir as liberdades de expressão, religiosae de cátedra no Brasil, seria necessário permitir que o professor pudesse dar aula de sua crença nas escolas públicas, pois, caso contrário, estaria cerceando as referidas garantias do professor. Neste ponto, se explanará como os direitos fundamentais podem ser limitados, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Gilmar Mendes.

Utilizando do entendimento desses autores, a discussão se direcionará à colisão de direitos fundamentais, considerando que se de um lado há a liberdade de cátedra do professor, do outro lado haverá a liberdade religiosa do aluno que, eventualmente, podem entrar em conflito, causando a colisão de direitos fundamentais em sala de aula.

Portanto, o enfoque será de demonstrar que, neste panorama, a consequência da adoção do ensino religioso confessional nas escolas públicas terá como resultado a tendência de onerar ainda mais as minorias religiosas, que terão pouca representatividade nas salas de aula, criando a desarmonia em um ambiente público, proporcionada pelo próprio Estado, que, ao invés de compatibilizar a pluralidade, estará subjugando as crenças de menor representação.

1 O ESTADO LAICO, AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, RELIGIOSA E DE CÁTEDRA NO PANORAMA BRASILEIRO

Inicialmente, antes tratar da problemática do trabalho, que se trata da decisão do Supremo Tribunal Federal de permitir o ensino religioso confessional nas escolas públicas, deve-se realizar um breve exame sobre o que se entende por laicidade,

tratando do seu histórico e da sua vigência no ordenamento jurídico; não obstante, este capítulo buscará expor as liberdades de expressão, de cátedra e religiosa como direitos fundamentais, exposição esta que servirá para, no último capítulo, demonstrar como as duas últimas serão passíveis de colisão diante da possibilidade da confessionalidade nas escolas públicas.

1.1 A Laicidade no Direito Brasileiro

Para que se possa verificar a presença da laicidade no direito brasileiro, deve- se ter ciência dos diferentes relacionamentos existentes entre a religião e os Estados, e, para isto, na obra "Acordo Brasil-Santa Sé comentado", Ives Gandra Filho elencou os principais modelos:

Inicialmente, o autor discorreu sobre o "Integrismo", tendo apresentado que neste modelo existe uma intrínseca relação entre Estado e Religião, em que a legislação integra matérias religiosas e o Estado é confessional, possuindo até mesmo uma religião oficial[1]. Assim, por exemplo, pode-se observar países como Egito e os Emirados Árabes, que adotam o islamismo como a religião oficial do Estado.

A segunda vertente seria o "Ateísmo", em que se nega qualquer credo religioso. Neste caso, há oposição e perseguição às instituições religiosas, podendo-se citar como exemplo de país que o tenha adotado a União Soviética. Atualmente, é usado na República Popular da China e na Coreia doNorte[2].

[1] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; BALDISSERI, Lorenzo. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012. p.354

[2] MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; BALDISSERI, Lorenzo. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012. p. 356

Além destas duas, há menção ao modelo chamado de "Laicismo Anticlerical", no qual inexiste vínculo entre a religião e o Poder Público, mas sim aversão ao que é religioso, sendo este considerado um elemento que deve permanecer tão somente na esfera privada do indivíduo[3].

Por fim, o autor descreve o "Estado Laico", no qual há separação entre Estado e Igreja, com a possibilidade de cooperação entre ambos, sendo garantida a liberdade de quaisquer crenças, posicionamento esse em que não há religião oficial adotada pelo Estado[4]. Complementando essas definições, é importante destacar que a denominação "laicismo" não se confunde com "laicidade", conforme Renata Calsing lembra, visto que, enquanto a primeira significa o repúdio ao que é religioso, a segunda traduz a não assunção dos deveres religiosos por parte do Estado[5].

Portanto, diante da exposição de tais modelos de relação Estado-Igreja, pode- se afirmar, desde já, com base em diversos fragmentos legais contidos na Constituição Federal, que o Brasil tenha adotado o modelo de Estado laico em suas relações com as religiões, buscando a separação entre o Estado e a Igreja, conforme será melhor exposto adiante.

Sendo assim, a presente discussão será direcionada ao modelo da laicidade estatal, que, ao se buscar o significado de laicidade na obra "O Dicionário de Política", de Norberto Bobbio, assim a define:

3 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; BALDISSERI, Lorenzo. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012. p. 356

4 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; BALDISSERI, Lorenzo. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012. p. 355

5 CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Julio Estron; SANTOS, Carolina Costa. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 07-388, ago. 2017. ISSN 2238-0604.
Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1232. Acesso em: 4 set. 2018

> "[...] A teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarando como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia 'laicista', se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.
>
> [...] na medida em que garante, em todas as confissões, liberdade de religião e de culto, sem implantar em relação às mesmas nem estruturas de privilégios nem estruturas de controle, o Estado leigo não apenas salvaguarda a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso, mas, ao mesmo tempo, defende a autonomia das Igrejas em suas relações com o poder temporal, que não tem o direito de impor aos cidadãos profissão alguma de ortodoxia confessional. A reivindicação da laicidade do Estado não interessa, apenas, às correntes laicista mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram, no Estado leigo, as garantias para o exercício da liberdade religiosa"[6]

Diante dessa definição de laicidade, de acordo com Cesar Ranquetat, esta surgiu com a evolução dos direitos e garantias fundamentais e da necessidade de se desvincular o Estado da religiosidade, sendo a neutralidade diante das religiões uma postura primordial, com base no modelo proposto pelo liberalismo do século XIX, que tinha a pretensão de trazer a liberdade para todas as religiões7.

A laicidade como um princípio, conforme Joana Zylbersztajn mostra, é defendida em três outros princípios propostos pela Declaração Universal da Laicidade no Século XXI, que assim os elencou: o primeiro deve ser o respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; o segundo seria a autonomia da política e da sociedade civil em relação às normas religiosas e

[6] BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v.1. p. 670

[7] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008

filosóficas particulares; e, por fim, o terceiro trata da ausência de discriminação direta ou indireta contra os seres humanos8.

Neste sentido, segundo Zylbersztajn, o princípio da laicidade seria uma garantia da liberdade de crença e a restrição da atuação estatal, o qual busca assegurar que o Estado não ceda às imposições religiosas. Por isto, a laicidade impede a discriminação, visto que o Poder Público não privilegia nem cria embaraços a nenhum tipo de denominação religiosa ou às pessoas sem crença, o que relaciona, desta forma, a laicidade com a democracia, liberdade e igualdade9.

Logo, a Administração Pública tem a responsabilidade de assegurar a laicidade, devendo ser firme quanto ao respeito da diversidade de posicionamentos religiosos, e isso inclui o ensino na educação pública, que não pode ensinar determinada religião específica em detrimento das demais, conforme se demonstrará na presente discussão.

No que se refere à previsão do princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988, cumpre ressaltar que não há assertiva expressa neste preceito legal que determine a sua adoção. Contudo, Joana Zylbersztajn assim entende:

> "A laicidade do Estado brasileiro não é expressa na Constituição Federal, o que não quer dizer que não haja a diretriz constitucional para a laicidade. Considero que o princípio está garantido pelo texto constitucional, a partir da interpretação de seu conjunto"[10]

[8] ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 36

[9] ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 37

[10] ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 05

Portanto, não sendo a postura do Estado brasileiro matéria controversa, é seguro afirmar que atualmente existe a adoção da separação entre Estado e Igreja, sendo pertinente observar que isto nem sempre ocorreu, como se demonstrará adiante, em análise ao histórico da laicidade no país.

1.2 Aspectos Históricos da Laicidade nas Constituições Brasileiras

No Brasil, a laicidade se deu através de um processo de construção histórica e, para que se saiba como esta conquista se realizou, devem ser observados os eventos que contribuíram para que se chegasse à laicidade do Estado brasileiro, através de uma breve análise dos preceitos constitucionais que precederam ao atual estado de laicidade no país.

É relevante ressaltar que, assim como Ranquetat lembra, os processos de laicização de cada país não se universalizam, já que as sociedades tinham as suas características próprias que permitiram esse avanço. Assim, por exemplo, a laicização brasileira se diferencia substancialmente da francesa, cada qual tendo o seu contexto11.

Desta forma, deve-se observar que, à época da colonização, Portugal era um Estado confessional, com os seus atos públicos vinculados à Igreja Católica Apostólica Romana, o que deu início ao Brasil ligado a uma confissão específica12.

Conforme consta no artigo "Estado, Igreja e liberdade religiosa na 'Constituição política do Império do Brazil', de 1824", por ser um Estado ligado à fé,

[11] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008

12 RANQUETAT JÚNIOR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008

o Império português se encarregou de espalhar o cristianismo para além de suas fronteiras, como determinava Padre António Vieira:

> "Os outros homens por instituição divina têm só obrigação de ser católicos: o português tem obrigação de ser católico e apostólico; os outros cristãos têm obrigação de crer a fé, o português tem obrigação de a crer, e mais a de propagar"[13]

Cássia Maria Ganem lembra que, no período colonial brasileiro, a Igreja Católica impunha a sua hegemonia no país, com o difundido receio de que aquele que não fosse católico iria enfraquecer a estrutura colonial na qual a Igreja tinha parcela de responsabilidade e, por isso, a heresia era considerada um crime[14].

Ressalte-se que a separação da Igreja era indesejada tanto pelos grupos conservadores quanto pelos grupos liberais, que buscavam manter o vínculo entre Estado-Igreja, porque temiam eventuais mudanças políticas no país[15]. Desta forma, o Brasil Colônia, o Reinado e o Imperial foram expressões de um Estado confessional. No que se refere aos preceitos legais, afirma Casamasso, a primeira Constituição brasileira tinha o seu sentido autoritário, o qual incluía o Estado ter o controle sobre assuntos relacionados à religião[16].

---

13 CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e liberdade religiosa na "constituição política do império do Brazil", de 1824". In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19.,2010, Fortaleza, Anais [...]. Fortaleza, 2010. p. 6167-6176. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf. Acesso em: Acesso em: 5 abr. 2019

14 GANEM, Cássia Maria Senna. Estado laico e direitos fundamentais. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-estado-laico-e-direitos-fundamentais/view Acesso em: 3 out. 2018

15 CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Julio Estron; SANTOS, Carolina Costa. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 07-388, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1232. Acesso em: 4 set. 2018

16 CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e liberdade religiosa na "constituição política do império do Brazil", de 1824". In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19.,2010, Fortaleza Anais [...]. Fortaleza, 2010. p. 6167-6176. Disponível em:

Nesta Constituição, a religião era tão determinante para as ações públicas, que seu artigo 103[17] determinava que, para a aclamação do Imperador, deveria haver um juramento, que consistiria em manter a religião católica romana, sugerindo, ainda, uma ordem hierárquica: primeiro a Igreja Católica, depois o Império e, posteriormente, a Constituição[18].

Apesar de ter adotado uma religião específica como oficial, deve-se observar que essa mesma Constituição do Império garantiu, em seu artigo 5º, a liberdade para a prática doméstica de outras religiões, *in verbis*:

> "Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo."[19]

Foi desta forma que o Estado brasileiro manteve suas relações com as religiões: permitiu a prática das religiões não católicas somente na esfera privada, enquanto adotou a religião católica como oficial. Tal postura se manteve até a chegada da República, quando começou a se estabelecer a laicidade do Estado, conforme se pode observar no artigo 72 da Constituição de 1891, que garantia a

---

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf. Acesso em: Acesso em: 5 abr. 2019

[17] Art. 103. 0 Imperador antes do ser acclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber."

[18] CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e liberdade religiosa na "constituição política do império do Brazil", de 1824". In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19.,2010, Fortaleza, Anais [...]. Fortaleza, 2010. p. 6167-6176. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf. Acesso em: Acesso em: 5 abr. 2019

[19] BRASIL. [Constituição (1824)]. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Constituição política do Império do Brasil. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 7 out. 2018

todos os indivíduos e todas as confissões religiosas o direito a exercer publicamente e de forma livre o seu culto20.

Assim, a Constituição de 1891 criou os alicerces para a separação entre o Poder Público e a Igreja, que logo após foi reforçada pelo Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, escrito por Rui Barbosa, tendo estabelecido a divisão definitiva entre os dois entes, proibindo que o Estado estabeleça preferência por alguma religião específica21.

Em análise à Lei Maior de 1891, Joana Zylbersztajn entende que a laicidade estatal no Brasil foi delineada neste período, tendo sido, por exemplo, a "única Constituição Republicana Democrática que não mencionou deus em seu preâmbulo"22. Além disso, essa Constituição também declarou o direito à igualdade (art.72, §2º) e à manutenção dos seus direitos independentemente da crença religiosa (art.72, §28), tendo estabelecido, ainda, que somente os casamentos civis seriam reconhecidos.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1934, voltou-se a reconhecer a religião na esfera pública. Com o reconhecimento do casamento religioso, que voltou a ser reconhecido em seus efeitos civis, bem como com a

[20] Art.72, § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum." BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 08 out. 2018

[21] Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas." BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119- A.htm. Acesso em: 9 out. 2018

[22] ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 20

representação diplomática junto à Santa Sé e, por fim, com o estabelecimento do ensino religioso nas escolas públicas23.

Após a Constituição de 1934, a Constituição Federal de 1937 manteve restrita a relação entre Estado e Igreja, assegurada a liberdade religiosa da mesma forma como na Constituição de 1934, conforme constava no parágrafo §4º de seu artigo 122, que previa a liberdade de consciência e o exercício de culto24. No que se refere aos demais temas, esta Constituição não mencionou sobre o casamento religioso ou mesmo sobre a representação da Santa Sé. Além disso, ainda garantiu que o ensino religioso poderia ser matéria das escolas públicas, mas sem que fosse de oferta obrigatória25.

Posteriormente, a Constituição de 1946 voltou a garantir os efeitos civis do casamento religioso, assegurando que o ensino religioso seria de matrícula facultativa, mas desta vez seria ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno; segundo o artigo 196, neste período, retomou-se a representação diplomática junto à Santa Sé.

Por fim, durante a ditadura militar, as Constituições de 1967 e 1969 praticamente mantiveram as características da Constituição de 1946, ocorrendo

[23] ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 28

[24] Art.122, §4º todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes". BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 10 out. 2018

25 "Art. 133 - O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de freqüência compulsória por parte dos alunos". BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 10 out. 2018

pequenas alterações, como a retomada de igualdade de todos perante a lei, não distinguindo por motivos de crença religiosa26.

Portanto, diante desta análise quanto ao tema da religião em todas as Constituições que precederam a atual, observa-se que a laicidade no Brasil estava apenas em formação, em que nem mesmo a Constituição de 1891 estabeleceu a efetivação do princípio da laicidade estatal que a Constituição de 1988 procura estabelecer, como se verá adiante, no exame desta Lei Maior.

1.3 A Laicidade na Constituição Federal de 1988

Conforme já exposto, ainda que não haja nenhuma passagem constitucional que manifestamente preconize a laicidade estatal, a Constituição Federal deve ser observada como um todo, devendo-se atentar aos diversos dispositivos que indicam esse entendimento.

Esta constatação pode ser feita através da análise de alguns fragmentos constitucionais, como, por exemplo, o preceito legal que afirma ter o Brasil adotado a democracia como regime político, somada às garantias de igualdade e de liberdade dadas pela Constituição[27]. Dentre os elementos que contêm a laicidade estatal de forma implícita, a garantia de ser o país um Estado Democrático de Direito se destaca, porque este respeita e garante os direitos fundamentais de todos os cidadãos, não se admitindo que a vontade da maioria se sobreponha aos direitos das minorias, o que livra a sociedade da hostilidade ao pluralismo, incluindo o aspecto religioso.

26 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 25

27 ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 58

Além disso, acrescente-se, ainda, a liberdade de crença assegurada pela Constituição[28] que, segundo Gilmar Mendes entende, significa ter o livre-arbítrio de aderir a alguma religião e realizar a respectiva manifestação religiosa[29].

Destaca-se também o inciso I do artigo 19 da Constituição Federal[30], que é uma regra que sugere a laicidade estatal como um princípio constitucional, visto que veda ao Estado prejudicar qualquer religião, bem como possibilita a cooperação entre ambos, o que se amolda ao modelo de "Estado Laico" exposto por Ives Gandra Filho.

Portanto, expostos alguns dos elementos constantes na Constituição Federal de 1988 que são capazes de firmar o entendimento da adoção do princípio da laicidade pelo Brasil, resta comprovado que a Constituição cidadã não mantém mais estreitas relações com a Igreja, razão pela qual se deve prezar pela concretização desse princípio, que efetiva a democracia e traz harmonia para toda a sociedade.

Assim, dentre as liberdades que um Estado laico traz, encontra-se o direito de liberdade de expressão, que contém dentro a liberdade religiosa e a liberdade de cátedra, podendo tais liberdades eventualmente se colidirem, mostrando-se

---

[28] Art.5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 13 out. 2018

[29] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 271

[30] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 12 out. 2018

relevante, portanto, a discussão sobre qual seria o alcance destas garantias, que serão tratadas na seção a seguir.

1.4 A Liberdade de Expressão, a Liberdade Religiosa e a Liberdade de Cátedra como Direitos Fundamentais

Inicialmente, com vista ao objeto do presente trabalho, que se trata da colisão destes direitos fundamentais, deve-se ressaltar que este tema será abordado em dois aspectos, em que neste momento se discorrerá sobre as características dessas liberdades e, posteriormente, será posto em confronto com o objeto desta exposição, que se trata da possibilidade que o professor de ensino religioso em escolas públicas tem de ensinar a sua crença em sala de aula.

Desta forma, esta seção deve ser iniciada com o esclarecimento de que as liberdades de expressão, religiosa e de cátedra são entendidas, cada uma com sua singularidade, como a autodeterminação da pessoa sem censura estatal ou mesmo da sociedade aos seus fins existenciais, sem, contudo, impedimentos a eventuais intervenções em caso de abuso destas garantias.

No que se refere à liberdade de expressão, a sua análise histórica deve ser iniciada ao se observar que esta já era prevista desde o *Bill of Rights* inglês de 1689, tendo essa prerrogativa emergido como forma de defesa contra a censura e autoritarismo estatal[31], dando ao indivíduo a liberdade de expressar seus pensamentos sem que fosse necessária a permissão do Poder Público.

Apesar de ter sido uma garantia retirada durante a Ditadura Militar, período em que houve o controle e a censura estatal, com o ressurgimento da democracia e o advento da Constituição Federal de 1988, essa garantia foi

[31] NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 346

restabelecida, consagrando o direito que o cidadão tem de se expressar, como se pode observar, dentre outros preceitos legais, no artigo 220 da Lei Maior[32].

Conceituando esse direito, a obra "Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação" explica que a liberdade de expressão seria uma garantia derivada de um imperativo moral, com base na proteção da autonomia individual, toda expressão do indivíduo seria definir a sua própria identidade[33]. Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que a liberdade de expressão tutela todas as convicções que não entrem em conflito com outros direitos fundamentais, sendo o direito a uma abstenção por parte do Estado[34].

Apresentadas as características da liberdade de expressão, passa-se agora à análise da liberdade religiosa, que é uma garantia contida no âmbito da liberdade de expressão. Portanto, no que se refere à liberdade religiosa, de acordo com o que Alexandre de Moraes ensina, tem-se que esta garantia seria um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação[35]. Assim, essa garantia, segundo expõe o autor português Paulo Pulido Adragão na obra "A Liberdade religiosa e o Estado", começa com a ideia de tolerância religiosa, através dos defensores na escola racionalista do Direito natural, com a posterior contribuição de John Locke, tendo este teórico a concepção de que o Estado não

32 "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 15 out. 2018

33 SANKIEVICZ, Alexandre. Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23

34 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 235

35 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 53

pode tutelar o que é privado, estando neste meio a Igreja, visto que seria uma comunidade privada[36].

Na história da liberdade religiosa, o dualismo entre a ordem religiosa e a ordem política formou o elemento básico da liberdade, que, na história humana, só conhecia o monismo político-religioso[37], vindo o dualismo a ter sua aparição expressiva na tradição constitucional norte-americana, em que Thomas Jefferson observava a diferença de opiniões na religião algo vantajoso para a sociedade, aí assegurando a liberdade religiosa como um valor fundamental.

Assim, dada a referência histórica, no tocante à liberdade religiosa no Brasil, é possível afirmar que o país está alinhado com esses valores e busca garantir e promover esse direito. Este entendimento é consoante ao de José Afonso da Silva, que complementa observando que a liberdade religiosa é subdividida em outras três liberdades: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa[38].

Ao se observar o ordenamento jurídico interno, é possível encontrar demonstrações do respeito à liberdade religiosa através de diversos fragmentos constitucionais, como, por exemplo, quando a Constituição determina a possibilidade de prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório aos indivíduos que alegarem imperativo de consciência[39]. Não obstante, também

[36] ADRAGÃO, Paulo Pulido. A liberdade religiosa e o Estado. Lisboa: Almedina, 2002. p. 16

37 ADRAGÃO, Paulo Pulido. A liberdade religiosa e o Estado. Lisboa: Almedina, 2002. p. 60.

38 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 250.

39 "Art. 143, § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 17 nov. 2018

assegura a liberdade religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva[40], sendo isso mais uma demonstração de proteção a essa garantia, que é um direito subjetivo, proporcionado mesmo a quem se encontra preso.

Outro ponto a ser evidenciado é que o legislador buscou evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião ao determinar a imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto, sendo essa uma característica que merece destaque, já que resta notória a tentativa de abranger os diversos credos existentes em uma sociedade plural como a brasileira. Desta forma, é assim que o Poder Público busca garantir e incentivar a liberdade religiosa, com o intuito de permitir a todos que professem suas crenças sem censura, destacando-se que isto se aplica, ainda, também aos indivíduos que não possuam nenhuma fé.

Por outro lado, no que diz respeito à liberdade de cátedra, tem-se que esta é um princípio que assegura a liberdade de aprender e ensinar, com a devida autonomia didático-científica. Esse princípio, segundo Alexandre de Moraes, se traduz como "um direito do professor, que poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente"41. Consoante a esse entendimento, Uadi Lammêgo Bulos, ao tratar dos princípios constitucionais do ensino, conceitua a liberdade de ensinar como a liberdade de cátedra, que seria um direito subjetivo que o docente tem para ensinar aos seus alunos sem indevidas interferências[42].

[40] "Art. 5º, VII – É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 17 nov. 2018

[41] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 611

42 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1583

De forma semelhante a esses dois autores, José Afonso da Silva chama a liberdade de cátedra de "liberdade de transmissão e recepção do conhecimento", pois afirma ser esta mais ampla que aquela. Segundo o autor, a liberdade de ensinar estaria dentro da manifestação do pensamento, tendo, contudo, a Constituição a inserido em uma visão pluralista de ideias. Quanto ao seu conteúdo, o autor considera ter duas dimensões: a primeira seria uma dimensão subjetiva, que envolve a liberdade do professor de transmitir o conhecimento; a segunda dimensão seria a objetiva, na qual o docente tem o direito de escolher o objeto de ensino a ser transmitido, desde que condicionado aos currículos escolares[43].

Complementando os conceitos sobre a liberdade de ensino, o artigo "Liberdade de Cátedra e a Constituição Federal de 1988: Alcance e Limites da Autonomia Docente" adverte sobre as limitações desta garantia, que não pode ser vista como plena, *in verbis:*

> "A liberdade de cátedra (no sentido de liberdade de ensinar atribuída aos membros do corpo docente) deve ser vista como uma garantia do professor de expressar livremente seus pontos de vista acadêmicos (de forma fundamentada) sobre os conteúdos sob sua responsabilidade (não lhe sendo permitido, entretanto, sonegar aos alunos o acesso aos demais pontos de vista); não deve, em sentido oposto, ser vista como a plena liberdade no direcionamento das disciplinas e conteúdos sob sua responsabilidade."[44]

Quanto ao seu aspecto histórico, essa liberdade era prevista na Constituição de 1934, tendo sido retirada na constituição de 1937 e,

43 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 258

44 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. *In* CAÚLA, Bleine Queiroz. Diálogo ambiental, constitucional e internacional. Fortaleza: Premius, 2014, v. 2, p. 213-238. Disponível em: https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf Acesso em: 8 out. 2018

posteriormente, reintroduzida nas constituições seguintes[45]. Atualmente, é prevista no artigo 206, II, da Constituição, que assim assegura: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;"[46]

Em vista disso, tratando-se de um princípio constitucional, só poderá ser limitado quando em choque com outro princípio fundamental, como se verá no decorrer deste trabalho.

Portanto, apresentados os conceitos dessas garantias, há de se ressaltar que tais liberdades também têm os seus limites, uma vez que é manifesto o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto. Ao tratar destas limitações, Ingo Wolfgang Sarlet expõe que os direitos fundamentais podem ser restringidos por três formas: por disposição na Constituição; por norma legal promulgada; ou, como terceira alternativa, por força de colisões entre direitos fundamentais[47].

A primeira hipótese, que Marcelo Novelino chama de "restrição diretamente constitucional", ocorre quando a limitação está expressa na Constituição, constante seja no mesmo dispositivo que garante o direito ou mesmo em outro dispositivo[48]. Neste caso, um exemplo de cláusula de reserva explícita seria a liberdade de reunião, que no mesmo preceito legal que a garante, também determina o seu limite: a reunião deve ser pacífica e sem armas, sendo, portanto, uma restriçãoexplícita.

[45] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1586

[46] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 9 out. 2018

[47] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 405

[48] NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 288



Quanto à segunda possibilidade de limitação, o mesmo autor a chama de "restrição indiretamente constitucional", que se subdivide em reserva legal simples e reserva legal qualificada[49]. A reserva legal simples é aquela em que a Constituição dá ao legislador ordinário a função de restringir a liberdade, sem, contudo, delimitar o alcance desta restrição.

Esta descrição é consoante a que Gilmar Mendes deu ao abordar o tema, no qual afirma ser a reserva legal simples aquela em que a Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos individuais[50]. À exemplo desta hipótese, encontra-se o inciso VI do artigo 5º da Constituição, que garante a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, estabelecendo que esta garantia será na forma da lei, sendo este um caso de limitação feita por norma legal que não se trata da Constituição.

Na reserva legal qualificada, a Constituição impõe condições especiais para a limitação, estabelecendo os parâmetros sobre como ocorrerá a restrição. Isto é, quando não somente determina que a limitação será feita em lei, mas também impõe condições especiais sobre como a restrição deverá ser realizada[51]. Um exemplo disso é quando a Constituição determina que o sigilo das comunicações telefônicas deve ser feito somente mediante ordem judicial.

Por fim, a última hipótese de restrição dos direitos fundamentais que merece destaque é a colisão de direitos, que ocorre quando duas ou mais liberdades entram em conflito. A presente discussão se limitará ao que Marcelo

[49] NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 289

[50] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 232

[51] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 236

Novelino chama de "colisão autêntica", que decorre da colisão se dá entre os titulares dos direitos fundamentais[52].

Esta matéria, entretanto, remete à introdução da problemática, que será tratada propriamente capítulo final, abordando como a liberdade de cátedra entra em colisão com a liberdade religiosa diante o ensino religioso confessional nas escolas públicas.

Assim, antes de abordar este tópico, é necessário fazer uma análise ao que levará a esta discussão, que se trata do ensino religioso confessional nas escolas públicas, razão pela qual o item seguinte discorrerá sobre os aspectos do ensino religioso e mostrará como, na prática, ocorre a colisão de direitos fundamentais.

2 UMA ALIANÇA SECULAR: COMO O ACORDO ENTRE ESTADO E RELIGIÃO DEBILITA O PRINCÍPIO DA LAICIDADE E CAUSA A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme já estudados no primeiro capítulo, que buscou esclarecer os conceitos a respeito do princípio da laicidade e dos direitos fundamentais que envolvem a questão do ensino religioso confessional, é necessário, neste tópico, expor o acordo entre o Brasil e a Santa Sé que ensejou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, que visou impedir o ensino religioso confessional nas escolas públicas, assim como será analisado um caso concreto em que ocorreu a colisão da liberdade de expressão com a liberdade religiosa, com o intuito de se buscar entender qual a melhor forma de resolver questões semelhantes.

2.1 Uma Abordagem Histórica do Ensino Religioso no Brasil

[52] NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 299

Para que se possa ter compreensão sobre a problemática da adoção do modelo de ensino religioso confessional nas escolas públicas, é pertinente examinar a história do ensino religioso nas escolas públicas e entender a sua trajetória até o período atual. A análise deve se delimitar apenas ao período a partir da Proclamação da República, visto que, diante da singular condição constitucional da Igreja Católica no período do Império, em que o catolicismo era determinado como religião oficial, o ensino era restrito a este credo.

Dito isto, apesar de, ao longo de sua história, o Brasil ter uma estrita relação com a Igreja Católica desde o seu descobrimento, esse vínculo se desfez significativamente após a Proclamação da República, quando o país deixou de ter uma religião oficial para dar início à laicidade estatal, o que teve reflexo direto na forma como o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras seria realizado.

Como relatos desta mudança, no artigo "O ensino religioso no contexto histórico escolar de Pernambuco", Andréa Pinto expõe escritos da época, em período próximo à Proclamação da República, mostrando que já era previsto que o Brasil caminharia para a laicidade estatal, sendo perceptível, mesmo naquele momento, que a educação religiosa nos moldes do período Imperial deixaria de ser uma realidade, conforme as seguintes manifestações do Clero naquele período:

> "Sim, meus senhores, creio que o mundo-e mundo scientifico tudo dirá, e com muita razão, nas suas elevações de espirito, nas suas continuas innovações, menos que o ensino religioso seja banido do programma das nossas escolas, que são frequentadas na sua totalidade por meninos cujos pais professam a religião do Estado [...]
>
> [...] digo assim em virtude das leis que nos regem. Quando, porém, essas leis forem alteradas; quando não houver mais em nosso adorado Brasil uma religião official, quando a

> secularisação do ensino publico fôr uma realidade entre nós; [...] então levado por essa corrente de reformas modificarei minha ultima opinião, mas mesmo assim eu mestre de meninos, nascido e creado no gremio da igreja catholica, custarei a dizer que o ensino religioso seja retirado das escolas primarias e que o professor não deva tambem procurar transmitil-o aos seus alunos"[53]

Além das manifestações diante da prevista laicização, na obra "Reforma do Ensino Secundário e Superior", Rui Barbosa também abordou a questão, adotando firme posicionamento em relação ao ensino religioso nas escolas públicas, em que aduziu ser inaceitável que houvesse predominância da fé sobre a educação pública, conforme se observa:

> "As escolas primárias do Estado, bem como em todas as que forem sustentadas ou subvencionadas à custa do orçamento do Império ou de quaisquer propriedades, impostos ou recursos, seja de que ordem forem, consignadas nesta ou noutra qualquer lei geral, ao serviço da instrução pública, é absolutamente defeso ensinar, praticar, autorizar ou consentir o que quer que seja, que importe profissão de uma crença religiosa ou ofenda a outras. O ensino religioso será dado pelos ministros de cada culto, no edifício, se assim o requererem, aos alunos cujos pais o desejem, declarando-o ao professor, em horas que regularmente se determinarão, sempre posteriores às da aula, mas nunca durante mais de 45 minutos cada dia, nem mais de três vezes por semana. A qualidade de funcionário na administração, direção ou inspeção do ensino público, primário, secundário ou superior, é incompatível com o caráter eclesiástico, no clero secular ou regular, de qualquer culto, igreja ou seita religiosa"[54]

[53] PINTO, Andréa Carla Agnes e Silva. "O ensino religioso no contexto histórico escolar de Pernambuco". 1-13. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario8/_files/IcxQhg8D.pdf. Acesso em: 19 out. 2018

[54] MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: MES, 1952. v. 24, t. 2. Disponível em: http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/6055_V24_T2/PDF/6055_V24_T2.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019

Como previsto, o ensino religioso foi declarado leigo, visto que, após a Proclamação da República, o país buscou fortalecer a laicidade que, iniciada com a Constituição de 1891, esta garantia também foi se consolidando com as tendências secularizantes ao decorrer do tempo. Por isso, apesar da oposição da Igreja à laicidade na rede pública de ensino, o Brasil implantou um sistema que visava abranger a pluralidade religiosa na educação da sociedade, conforme entende Sérgio Junqueira:

> "Com a proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil a 15 de novembro de 1889, ocorre que as tendências secularizantes existentes no Império foram de fato assumidas pelo novo regime, organizado a partir do ideário positivista, que, no campo da educação, é responsável pela defesa da escola leiga, gratuita, pública e obrigatória, rejeitando, portanto, a ideologia católica que exercia o monopólio do ensino de caráter elitista" JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo. "A Concepção de uma Proposta: o Ensino Religioso em uma perspectiva pedagógica a partir do Artigo 33 da LDB." Revista Relegens Thréskeia. V.1, P. 102-129, 2012

Na Constituição de 1891, esse entendimento se solidificou no parágrafo 6º do artigo 72, o qual determinava que o ensino religioso ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo55. Por isso, como parte de um esforço de resistência pela Igreja Católica, houve questionamentos em relação ao princípio da liberdade religiosa que,

55 "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos." BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 08 dez. 2018

segundo alegavam, estabelecer o ensino leigo seria violentar a consciência dos cidadãos56.

Constante na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, conforme citado por Giseli do Prado Siqueira, eis alguns dos argumentos usados naquele período que foram contrários ao ensino religioso leigo:

> "O episcopado não pretende um privilégio exclusivista para os católicos, mas bate-se pela verdadeira liberdade de consciência que é, não a abstenção, pelo desconhecimento das crenças religiosas, como apregoam os corifeus da escola leiga; o que importa, porém é a consideração e o respeito a todos os credos, a todas as crenças em a sua justa e natural expansão. [...] Mas, para os crentes, católicos, protestantes, metodistas, calvinistas, etc. – é um verdadeiro presente de gregos a escola neutra. Seus filhos não encontram na escola um ambiente favorável à liberdade de consciência, pois o que lá existe é hostilmente indiferente a ideia religiosa. [...] A celeuma levantada em torno da circular do episcopado nasce de uma lamentável confusão [...]. É um supor que os católicos exigem obrigatoriedade do ensino do catecismo nas escolas públicas para os alunos [...]. O que eles pretendem é que a expressão – "ensino leigo" – não seja confundida, como muitas vezes acontece, com ensino ateu irreligioso"[57]

Essa fase de embate entre os defensores do ensino leigo e seus opositores se prolongou até o surgimento do Decreto nº 19.941 de 30 de abril 1931, que definiu a matrícula facultativa e a mudança da abordagem da disciplina nas

56 SIQUEIRA, Giseli do Prado. O Ensino religioso nas escolas públicas do Brasil: implicações epistemológicas em um discurso conflitivo, entre a laicidade e a confessionalidade num estado republicano. Tese (Doutorado em Ciência da Religião) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2012. p. 36

57 CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. O ensino religioso nas Constituições do Brasil, nas legislações de ensino e orientações da Igreja *apud* SIQUEIRA, Giseli do Prado. O Ensino religioso nas escolas públicas do Brasil: implicações epistemológicas em um discurso conflitivo, entre a laicidade e a confessionalidade num estado republicano. Tese (Doutorado em Ciência da Religião) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2012. p. 38

escolas, estabelecendo ser o ensino em modalidade confessional[58], demonstrando o êxito da Igreja Católica em defender o seu interesse em assegurar aulas de religião nas escolas públicas.

Posteriormente, na Constituição de 1934, apesar da oposição dos garantidores de um Estado laico, o ensino religioso nas escolas públicas foi instituído, com frequência facultativa e a confissão religiosa dos responsáveis do aluno, sendo os professores vinculados à denominações religiosas, sedimentando o referidodecreto, o que resultou, na prática, no ensino da catequese nas escolas públicas[59]. O modelo desta Constituição serviu de base para as Constituições seguintes, que não realizaram alterações significativas, sendo, contudo, matéria relevante a publicação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação em 1961, que estabeleceu serem o registro dos professores desta matéria realizado perante uma autoridade religiosa[60].

Na Constituição de 1988, o ensino religioso também foi assegurado, constando no parágrafo primeiro do artigo 210, que determina ser de matrícula facultativa, mas não especificou como esse ensino deveria ser realizado, tarefa esta que foi delegada para a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e, além desta, a matéria também foi regulada pelo acordo entre o Brasil e a Santa Sé, razão pela qual ambos serão analisados no item seguinte.

---

[58] "Art. 1º Fica facultado, nos estabelecimentos de instrução primária, secundária e normal, o ensino da religião; art. 6º Os professores de instrução religiosa serão designados pelas autoridades do culto a que se referir o ensino ministrado." BRASIL. Decreto nº 19.941 de 30 de abril 1931. Dispõe sobre a instrução religiosa nos cursos primário, secundário e normal. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931-518529-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 12 out. 2018

[59] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar A. "Religião em sala de aula: o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras." CSOnline-Revista Eletrônica de Ciências Sociais 1, 2007. p.168

[60] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar A. "Religião em sala de aula: o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras." CSOnline-Revista Eletrônica de Ciências Sociais 1, 2007. p.169

2.2 O Acordo entre o Brasil e a Santa Sé e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439

O tópico seguinte irá expor como o ensino religioso é tratado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, tendo como enfoque, também, o acordo entre o Brasil e a Santa Sé, expondo como foi instituído e qual é o seu conteúdo, com destaque para o aspecto do ensino religioso confessional nas escolas públicas.

Apesar de garantido pela Constituição Federal, a oferta do ensino religioso nas escolas públicas permaneceu quase uma década após a promulgação da Constituição sem regulamentação nacional, o que coube à Lei de Diretrizes e Bases da Educação concretizar, a qual veio a ser promulgada no ano de 1996. Originalmente, esta lei previa que o ensino religioso seria oferecido em sua modalidade confessional, e que seria proporcionado sem ônus para os cofres públicos. Entretanto, em alteração à redação do artigo 33, feita pela Lei nº 9.475 de 1997, houve a exclusão da exigência de que o ensino religioso fosse ministrado sem onerar os cofres públicos, passando a ser o Estado responsável pelo pagamento dos professores da matéria, consoante a transcrição do dispositivo:

> "Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo"[61]

Essa modificação, conforme exposto por Robson Stigar, ocorreu devido ao forte lobby, realizado, dentre outros, pelo padre Roque Zimmermann, que defendeu a lei:

[61] BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 18 out. 2018

> "O sentido da lei está em garantir que a escola de Ensino Fundamental oportunize aos alunos o acesso ao conhecimento religioso. Não é seu interesse fazer com que a escola garanta aos educandos o acesso às formas institucionalizadas de religião – isto é competência das próprias igrejas e crenças religiosas. À escola compete garantir o acesso ao conhecimento religioso, a seus componentes epistemológicos, sociológicos e históricos. Pode naturalmente, servir- se do fenômeno religioso e de sua diversidade, sem, contudo, erigir uma ou outra forma de religiosidade em objeto de aprendizagem escolar. Na aula de Ensino Religioso nossas crianças têm que ter acesso ao conhecimento religioso, não aos preceitos de uma ou de outra religião"[62]

Apesar da declaração, o ensino religioso passou a ser pago pelo Estado, que, em seguida, firmou uma concordata com a Santa Sé, tendo esta modificado substancialmente o sentido da matéria, que passaria a ter a vertente do ensino de religiões, como se verá a seguir.

No que se refere à Santa Sé, esta é uma entidade vinculada à Igreja Católica que atua nas Organizações Internacionais por meio da representação diplomática do Estado do Vaticano, um estado autônomo, sendo aquela uma entidade que tem personalidade jurídica no Direito Internacional Público, a qual pode celebrar concordatas com outros Estados em nome do Vaticano.

Uma concordata, conforme foi definida no artigo "Acordo entre Brasil e Santa Sé: um marco na relação Igreja-Estado no Brasil", seria um tipo específico de acordo que contém itens referentes ao estatuto da Igreja e questões de competência do ordenamento jurídico da Igreja e do Estado[63]. Desta forma, foi firmada uma concordata entre o Brasil e a Santa Sé, assinada no Vaticano em

[62] ZIMMERMANN, Roque. Ensino religioso; uma grande mudança. Brasília, Câmara dos Deputados. Brasília, 1998 *apud* STIGAR, Robson. Um grande lobby a favor da presença do ensino religioso na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Último Andar, n. 26, p. 088-124

[63] PEREIRA, Jairo Henrique de OS. Acordo entre Brasil e Santa Sé: Um marco na relação Igreja- Estado no Brasil. PUC RIO, Rio de Janeiro, 2012

novembro de 2008, com tramitação no Congresso Nacional ao longo de 2009, que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 2010 por meio de um decreto.

A finalidade da concordata, segundo os envolvidos em sua criação, teria o intuito de consolidar em um único instrumento jurídico a Igreja Católica no Brasil64. Em defesa desse acordo, o relator, Deputado Antônio Carlos Biscaia, declarou que a concordata "consagra a liberdade religiosa, a diversidade cultural e a pluralidade confessional em nosso país, manifestando-se, aliás, contra qualquer forma de discriminação"[65].

Contudo, antes da aprovação deste instituto, houve contestação sobre a possibilidade de existência de acordo entre o Brasil e uma entidade religiosa, visto que, em tese, ao firmar uma concordata com uma corrente religiosa específica, o Estado estaria beneficiando uma instituição em detrimento das demais. Assim, os defensores do acordo defendiam que Estado e Religião seriam instituições absolutamente separadas, ressaltando que o Brasil teria adotado o sistema de separação atenuada, o que comporta cooperação entre ambos[66], e que, ainda, o acordo seria tão somente uma cooperação, que não daria privilégios à

[64] GIUMBELLI, Emerson. "O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião." Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião v.13, M. 14, p. 119-143, 2011 *apud* CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019

[65] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Decreto Legislativo n.º 1.736, 2009. Parecer do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=684072&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PDC+1736/2009. Acesso em: 19 out. 2018

[66] GOEDERT, David Bruno. Acordo Brasil–Santa Sé: Relações tuteladas pelo direito. Revista Encontros Teológicos v. 25, n. 2, 2010. p. 135. Disponível em: https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/download/272/260. Acesso em: 3 abr. 2019

Igreja Católica, mas tão somente consolidaria o que já estava no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, aqueles contrários a esta tese alegaram que a sua aprovação violaria inciso I do artigo 19 da Constituição Federal, que veda manter relações de dependência ou aliança com entidades religiosas, e que, além disso, considerando que a Santa Sé é a única instituição religiosa sujeito de direito internacional, um acordo deste somente poderia ocorrer com a Igreja Católica, o que outorgaria privil égios a esta instituição e discriminaria as demais por parte do Estado brasileiro.

Assim, conforme citado por David Bruno Goedert, até mesmo alguns representantes religiosos se posicionaram contrários à concordata, como o Presidente do Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, que assim se manifestou:

> "A IGREJA PRESBITERIANA DO BRASIL, representada pelo Presidente do seu Supremo Concílio, diante do momento atual, em que forças organizadas da sociedade manifestam sua preocupação pela aprovação do texto do Acordo que vem labutar contra a laicidade do Estado Brasileiro e cercear a liberdade religiosa através de manifesta preferência e concessão à Igreja Católica Apostólica Romana de privilégios por parte do Estado Brasileiro, em face dos termos do Acordo entre a República Federativa do Brasil VII. – a aprovação pelo Congresso Nacional do referido Acordo conferiu privilégios históricos à Igreja Católica Apostólica Romana em nosso País, reconhecendo-os como direitos, constituindo norma legal, uma vez que acordos internacionais, conforme a Constituição de 1988, têm força de lei para todos os fins. Aquilo que a história legou, a cultura vem transformando e o Direito não pode aceitar por consolidar dissídio na sociedade brasileira, que tem convivido de forma tolerante com o legado, mas não o admitirá como imposição contrária ao direito à liberdade de

> consciência, de crença e de culto, amparado pela Carta Magna e pelo Direito Internacional."[67]

Além da discordância de outras vertentes religiosas não católicas, acadêmicos também discordam da incorporação desta concordata no ordenamento jurídico brasileiro, como Roseli Fischmann, ao afirmar que o acordo, apesar de ter recebido a roupagem de "acordo bilateral", teria, na verdade, o intuito de cristianizar [68]. Segundo a autora, o processo de criação desse acordo ocorreu em negociação com as portas fechadas entre o governo federal e a Santa Sé, lembrando a estratégia histórica da Igreja Católica de usar concordadas com os países para aumentar o seu poder político[69].

Corroborando com esta tese, conforme visto em trabalho de Emerson Giumbelli, o questionamento feito por Schwartzmann foi pertinente: "por que a insistência de Roma em aprovar um documento que nada acrescenta? [...] se o Brasil, como asseveram nossas autoridades, não está disposto a dar ao Vaticano nada que já não conste no arcabouço legal, por que a Concordata?"[70].

Partilhando desta desconfiança a respeito do acordo, em análise aos itens constantes na concordata, Dulce Xavier afirma que existem diversas vantagens indevidas dadas à Igreja Católica, como, por exemplo, o inciso I do artigo 16 do

[67] GOEDERT, David Bruno. Acordo Brasil–Santa Sé: Relações tuteladas pelo direito. Revista Encontros Teológicos v. 25, n. 2, 2010. p.138. Disponível em: https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/download/272/260. Acesso em: 03 abr. 2019

[68] FISCHMANN, Roseli. Estado laico, educação, tolerância e cidadania: para uma análise da concordata Brasil-Santa Sé. CEMOrOc, 2012. p. 66

[69] FISCHMANN, Roseli. Estado laico, educação, tolerância e cidadania: para uma análise da concordata Brasil-Santa Sé. CEMOrOc, 2012. p. 101

[70] SCHWARTZMAN, Hélio. Concordata pode gerar problema institucional. Folha de São Paulo, 13 ago. 2009 *apud* GIUMBELLI, Emerson. O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião. Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião, v. 13, n. 14, p. 119-143, 2011

acordo71, ao determinar que as prestações de serviços à entidade não geram um vínculo empregatício. Segundo a autora, na verdade, isso serviria somente para desobrigar a Igreja Católica de cumprir leis trabalhistas dos serventuários pelos trabalhos realizados72.

Além disso, o acordo dispensa o registro estatal para que as entidades católicas sejam consideradas como entes religiosos, passando a depender, agora, somente da chancela da Igreja Católica para que haja esse reconhecimento. Assim, conforme foi mostrado por Joana Zylbersztajn73, Marco Huaco afirma que essa tal dispensa seria uma discriminação por parte do regime político nas questões religiosas, visto que tira o poder decisório do Estado quando se trata da Santa Sé, o que não ocorreria com as demais instituições religiosas.

Além desses itens que geraram irresignações, no que se refere ao ensino religioso, o acordo assim dispõe:

> "Art. 11, §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil,

[71] Art.16, I - O vínculo entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos e equiparados é de caráter religioso e portanto, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira, não gera, por si mesmo, vínculo empregatício, a não ser que seja provado o desvirtuamento da instituição eclesiástica." BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007- 2010/2010/decreto/D7107.htm. Acesso em: 20 out. 2018

[72] XAVIER, Dulcelina; LOREA, Roberto; FISCHMANN, Roseli. Brasil e Vaticano o (des) acordo republicano, Brasília: CFEMEA, 2009. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/263/CFEMEA_Brasil_e_Vaticano_o_desacordo_republicano.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 2 de abr. 2019

[73] HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. *In* Roberto Arruda Lorea Em Defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado *apud* ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 186

> em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação"[74]

Desta forma, o texto prevê que o ensino religioso deve ser ministrado em sua modalidade confessional. Em busca do que se entende por ensino religioso confessional, nos moldes como disposto neste dispositivo, Debora Diniz assim explica:

> "[...] Ensino confessional: o objetivo do ensino religioso é a promoção de uma ou mais confissões religiosas. O ensino religioso é clerical e, de preferência, ministrado por um representante de comunidades religiosas [...]"75

Nesse sentido, o conteúdo das aulas do ensino religioso em sua modalidade confessional seria não uma exposição crítica das religiões, mas um ensino de uma religião específica aos alunos. Assim, como resultado deste dispositivo, surgiu o debate sobre a legalidade de um acordo entre o Estado e a Igreja que determina ser o ensino religioso nas escolas públicas realizado em sua modalidade confessional. Em razão disto, o acordo entre o Brasil e a Santa Sé foi motivo de Aç ão Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, proposta pelo Ministério Público Federal, que alega ser inconstitucional a disposição que visa permitir que o ensino religioso seja ensinado em sua modalidade confessional.

Para tanto, sustenta que a manutenção desta modalidade de ensino viola a laicidade estatal, visto que o professor seria um ente do Estado que estaria professando uma crença em ambiente público, financiado com verbas públicas, e que, na prática, o Poder Público estaria beneficiando determinados credos que

[74] BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7107.htm. Acesso em: 20 out. 2018

[75] DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e o ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco; Letras Livres; UnB, 2010. p. 45-46

têm maior poder de influência, especialmente a Igreja Católica, em detrimento das religiões de menor representação[76].

Por outro lado, dentre um dos pontos aduzidos pelos defensores do ensino religioso confessional, está o de que o professor teria a liberdade de expressão, religiosa e de cátedra assegurada pela Constituição Federal. Isso porque, conforme se pode observar na manifestação como *Amicus curiae* da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, argumenta-se que para que se assegure a liberdade de expressão e religiosa no Brasil, seria de suma importância que o professor tivesse total autonomia para professar sua crença nas salas de aula[77].

Desta forma, surgiu a problemática a respeito da violação da laicidade do Estado que essa modalidade de ensino causaria, além da divergência resultante do conflito de duas garantias: de um lado, a garantia do exercício do direito de cátedra por parte do professor e, de outro lado, a liberdade religiosa que os alunos têm, o que inclui a não participação nas aulas de religião, que, na prática, não podem optar pela não participação nas aulas, como se verá durante este trabalho.

Portanto, expostos os alicerces para que se analise as duas problemáticas trazidas neste trabalho, que se tratam da possível violação ao princípio da laicidade e da colisão entre os direitos fundamentais, antes que se adentre no tópico sobre a possibilidade do ensino religioso confessional, a subseção

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Brasília, 30 jul. 2010. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADI%204439.pdf/view Acesso em: 8 nov. 2018

[77] Memorial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. p. 21. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170831-09.pdf. Acesso em: 29 out. 2018

seguinte abordará outra perspectiva, que se trata da visualização prática de como as liberdades podem eventualmente colidir, conforme o item a seguir.

2.3 A Colisão da Liberdade Religiosa com a Liberdade de Expressão e o Consequente Risco à Laicidade do Estado

Como a questão sobre a colisão de direitos fundamentais já foi apresentada, a exposição neste tópico será com exemplos de casos ocorridos no Brasil e em outros países. Para isto, deve ser iniciada com uma exposição de um evento notório no Brasil a respeito do exercício destes direitos, fato este em que deixa claro como pode ocorrer a colisão de direitos fundamentais.

Assim, como exemplo de diversos litígios semelhantes já ocorridos, é conveniente analisar o caso de uma ação proposta pelo Ministério Público Federal, na qual um apresentador de programa televisivo proferiu ofensas e declarações preconceituosas contra os ateus, tendo relacionado um homicídio à ausência de crença, incitando, por consequência, o ódio contra as minorias. Em sua defesa, a emissora alegou que o apresentador estaria exercendo o seu direito constitucional de liberdade de expressão e pensamento, ressaltando se tratar de um direito fundamental[78]. Por outro lado, o Ministério Público Federal aduziu que o autor ultrapassou os limites da liberdade de expressão, diante da hostilidade das declarações, o que entrou em colisão com a liberdade de crença[79].

[78] BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública nº 0023966-54.2010.403.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. e União Federal. Juiz: Paulo Cezar Neves Junior. São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Senten%C3%A7a_ACP_Datena.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018

79 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública nº 0023966-54.2010.403.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. e União Federal. Juiz: Paulo Cezar Neves Junior. São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Senten%C3%A7a_ACP_Datena.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018

Diante desta colisão de direitos fundamentais, restou decidido que, além de ter exorbitado o seu direito de manifestação, o autor violou a liberdade religiosa, o que inclui a ausência de crença e, ainda, transgrediu a laicidade estatal, por ter realizado este tipo de transmissão em rede nacional, a qual conta com a concessão do Estado[80].

Com este julgado, pôde-se depreender que, para a resolução dos casos de colisão de direitos fundamentais, mostra-se necessário que o julgador realize um juízo de valor sobre o exercício de direitos fundamentais.

Essa decisão é consoante ao que o ministro Luís Roberto Barroso ensina, ao afirmar que para se solucionar questões de colisão de direitos fundamentais, deve haver uma ponderação, com a aplicação das garantias em maior ou menor intensidade, pautados na proporcionalidade ou razoabilidade[81]. Desta forma, no que se refere ao objeto do presente trabalho, a experiência desta colisão dos direitos fundamentais de liberdade de expressão com a liberdade religiosa pode servir como base para a análise que será feita a respeito do ensino religioso confessional nas escolas públicas.

Além disso, não bastasse a colisão de direitos fundamentais que o ensino religioso confessional possibilita, há de se observar o risco que a laicidade do Estado sofre quando o próprio Poder Público atua ativamente no ensino de religiões aos alunos das escolas públicas, o que levanta o questionamento sobre se há, de fato, a efetiva laicidade no Brasil.

---

[80] BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública nº 0023966-54.2010.403.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. e União Federal. Juiz: Paulo Cezar Neves Junior. São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Senten%C3%A7a_ACP_Datena.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018

[81] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 377-378

Como um parâmetro para o Brasil, é pertinente examinar como outros países democráticos, que também adotam o modelo laico de Estado para se relacionar com as religiões, lidaram com controvérsias semelhantes. Assim, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi provocada para se manifestar sobre o caso "*Engel v. Vitale*" em que uma escola pública determinava que deveria ser praticada uma prece cristã diariamente, na qual a participação dos alunos nesses atos religiosos seria facultativa.

No julgamento, restou decidido que os atos governamentais não deveriam abranger tais preces, em razão de não poder haver um programa religioso conduzido pelo governo, independentemente de ser facultativo, visto que o Estado não pode se posicionar[82].

Este entendimento americano é consoante ao do Tribunal Constitucional Espanhol, que foi provocado para decidir sobre questão semelhante, na qual fez a reflexão no sentido de que um país que aclama o pluralismo, a liberdade religiosa e a laicidade em seu ordenamento jurídico, deveria comportar a ideologia da neutralidade nos locais de ensino público[83].

Assim, conforme já fora afirmado, a decisão que permite o ensino religioso confessional traz duas problemáticas: a primeira se traduz no risco da laicidade do Estado, que ocorre quando as aulas, pagas com verbas públicas, são ministradas por agentes estatais com determinado conteúdo religioso, visando o ensino de uma religião específica. A segunda se trata da colisão de direitos fundamentais, visto que, ao permitir que o professor ensine sua religião,

[82] *Engel v. Vitale apud* CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico, coletânea de artigos. Brasília, CNMP, 2014. vol.1. p. 37

[83] GIMENO, Blat. *Relaciones Laborales em Empresas Ideológicas apud* CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico, coletânea de artigos. Brasília, CNMP, 2014. vol.1. p. 19

manifestando sua liberdade de cátedra, o aluno poderá, por consequência, ter sua liberdadereligiosa violada.

Portanto, se faz necessário o exame sobre quais as razões elencadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 que levaram ao entendimento de permitir o ensino religioso confessional nas escolas públicas.

3 UMA ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DA ADI Nº 4439 E SEUS CONSEQUENTES EFEITOS

Por fim, considerando que no primeiro capítulo deste trabalho buscou-se realizar a conceituação do princípio da laicidade e das liberdades de expressão, religiosa e de cátedra; no segundo capítulo se expôs o acordo entre o Brasil e a Santa Sé e um caso concreto de colisão de direitos fundamentais; este último capítulo tratará da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a ADI nº 4439, com o intuito de visualizar quais são os seus efeitos práticos.

3.1. A Violação ao Princípio da Laicidade: uma análise sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal

Esta parte da presente exposição tem o objetivo de demonstrar que a alegação feita pelos legisladores do Acordo Brasil-Santa Sé, pelas entidades que participaram da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 e pelos ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram a favor da confessionalidade, de que a proibição do ensino religioso confessional violaria a liberdade de cátedra dos professores e, por isso, tal garantia não poderia ser atenuada, não se trata do melhor entendimento.

Para tanto, serão feitas aqui duas linhas argumentativas: inicialmente, se discorrerá sobre como permitir o ensino religioso confessional viola a laicidade estatal; posteriormente, se abordará o aspecto da liberdade religiosa do aluno, demonstrando a possível ocorrência da colisão de direitos fundamentais em sala de aula. Apresentado este intento, e no sentido do que se desenvolveu ao longo do trabalho, torna-se possível embasar as posteriores conclusões sobre o tema, a começar pela seguinte análise do julgamento da referida ação.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 dividiu a opinião dos ministros do Supremo Tribunal Federal, restando para a Ministra Cármen Lúcia o voto de desempate, que resultou em cinco votos a favor da procedência da ação e seis votos contrários, ocasionando na improcedência do pedido e sedimentando o entendimento de que é possível o ensino religioso confessional nas escolas públicas brasileiras.

Segundo esse entendimento, o ensino religioso em escolas públicas deve ser de presença expressamente discricionária para o aluno, ainda que sua oferta seja dentro do horário escolar padrão. Sua fundamentação se baseia na premissa de que as aulas confessionais respeitam a laicidade, em que o Estado pode promover a pluralidade de crenças e a tolerância através de aulas cujo conteúdo seja confessional.

Por outro lado, os votos divergentes discordaram de forma substancial dessa compreensão, sendo um exemplo disso o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que defendeu ser apenas a forma não confessional de ensino nas escolas públicas a compatível com a Constituição Federal. Nesta concepção, o conteúdo que estaria em harmonia com a laicidade seria o que abordasse o fenômeno

religioso de forma neutra, expondo os aspectos históricos e dimensões sociais das diferentes religiões[84].

Além disso, explica que um dos conteúdos da laicidade estatal é a "dimensão pessoal", que impede que os representantes da religião sejam admitidos enquanto tais como agentes públicos[85]. A afirmação do ministro Luís Roberto Barroso se compatibiliza com a "Teoria do Órgão" de Otto Gierke, pela qual, conforme José dos Santos Carvalho Filho ensina, tem-se que:

> "A vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. [...] a característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence"[86]

Sendo assim, Otto Gierke fez a analogia do órgão como se tratasse de um corpo humano, em que o Estado tem seus órgãos administrativos como se fossem seus braços, efetivando as suas vontades através de seus agentes e, assim, a vontade de seus agentes seria a vontade do Estado. Nesta diretriz, quando um professor público atua ensinando uma religião específica, não sendo nem mesmo necessário que se trate de um professor graduado, mas tão somente um representante religioso, ocorre evidente violação à neutralidade do Estado, pois, conforme a referida teoria, tratar-se-ia de um Estado que doutrina religiosamente através de seus agentes.

---

[84] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ensino-barroso.pdf. Acesso em: 2 jan. 2019

85 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ensino-barroso.pdf. Acesso em: 2 jan. 2019

86 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. São Paulo: Atlas, 2017. p. 40

Isso significa dizer que o próprio Estado está adotando ativamente uma religião e ensinando crenças específicas, agindo em contrariedade à vedação expressa do inciso I do art. 19 da Constituição Federal e dos demais institutos que garantem a neutralidade confessional estatal.

A defesa do ministro Luís Roberto Barroso encontrou amparo no voto do ministro Celso de Mello, que seguiu nesta direção, conforme se pode inferir da seguinte transcrição de sua manifestação:

> "A Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia sob uma perspectiva de índole confessional, devendo sustentar seu julgamento em razões eminentemente não religiosas, fundada no pluralismo de ideias, por uma República laica e não confessional. Não somente assegurando a prática religiosa e seu exercício, mas também obstando que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho do Estado para impor aos demais cidadãos suas diretrizes religiosas.
>
> [...] Por isso o ensino religioso não pode ser confessional, pois a não confessionalidade do ensino público traduz a laicidade do Estado, sendo este modelo um fator obstativo que a escola pública atue como aparelho ideológico ou agente fomentador de determinada confissão religiosa"[87]

Ao assim entender, o ministro Celso de Mello saiu em defesa de um Estado laico, tendo advertido sobre a ameaça de uma indevida apropriação do aparelho estatal por parte de grupos fundamentalistas para propagar aos alunos suas convicções religiosas. Em continuação, o ministro Celso de Mello prosseguiu observando que esta modalidade de ensino possibilita a exclusão das minorias, sendo uma responsabilidade do Supremo Tribunal Federal resguardá-las dos excessos que podem sofrer, *in verbis*:

[87] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf. Acesso em: 5 jan. 2019



> "Cabe observar o papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos da intolerância, da discriminação e da exclusão jurídica."
>
> "O fato de o Catolicismo constituir, hoje, a religião preponderante no Estado brasileiro não autoriza que se produza, em nosso país, um quadro de submissão de grupos confessionais minoritários à vontade hegemônica da maioria religiosa, o que comprometeria o postulado da laicidade do Estado, pois o regime democrático não tolera nem admite a opressão de qualquer minoria, inclusive religiosa, por grupos confessionais majoritários.
>
> Se entender possível o ensino religioso de conteúdo confessional, esta Suprema Corte marginalizaria e diminuiria o papel social dos indivíduos que professam fé religiosa diversa ou que simplesmente não professam religião alguma, retirando-lhes a condição de igualdade em face dos que pertencem aos grupos confessionais hegemônicos.
>
> Disso tudo resulta que o princípio da laicidade do Estado será respeitado, tratando-se de ensino religioso, se este não tiver conteúdo confessional, pois nesse específico domínio, o aparelho estatal, para manter posição de estrita neutralidade axiológica, não poderá viabilizar, na escola pública, a ministração de aulas que se refiram a uma ou a algumas denominações religiosas"[88]

Tal argumentação é respaldada no que John Rawls apresenta como "Princípio de Justiça", ao abordar os conceitos da diferença, em que afirma ser necessário buscar a maior igualdade possível, através de arranjos institucionais,

[88] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf. Acesso em: 5 jan. 2019

visto que a minoria teria a sua vontade dirimida quando as suas pretensões entram em conflito com as da maioria[89].

Assim, é de vasta contribuição a evocação do ministro Celso de Mello quanto à responsabilidade que o Supremo Tribunal Federal tem de proteger as minorias dos riscos da intolerância e da discriminação. Tais riscos foram os que Ana Maria Cavalieri constatou, afirmando que "nas escolas visitadas, um consenso implícito que faz com que, quando se fala em religião, todos remetam exclusivamente às religiões cristãs"[90].

Portanto, sendo um entendimento nas escolas que, quando se trata de religião, somente as predominantes são representadas, se mostra clara a ausência de defesa das religiões minoritárias, tal como a pouca ou nenhuma representação que os alunos destes seguimentos terão, sofrendo, assim, um tratamento desigual, orquestrado pelo próprio Poder Público e com autorização dada através da posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, em que os votos vencedores discorreram de forma semelhante, sendo relevante discutir aqui somente alguns destes votos.

Discordando do argumento de que o ensino religioso confessional violaria a laicidade do Estado, o ministro Ricardo Lewandowski declarou em seu voto:

> "[...] a meu sentir, não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico: ao contrário, ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma

[89] RAWLS, John. *A Theory of Justice.* Harvard University Press, 1971 *apud* SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 175

[90] CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

> sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes."[91]

Neste entendimento, o voto do ministro versou sobre a possibilidade de se conciliar a religião com a democracia, afirmando que a laicidade se trata de uma proteção das minorias e que inexiste uma muralha separando as cosmovisões, já que, se assim fosse, não seria admissível a menção do nome de "Deus" no preâmbulo da Constituição Federal.

Apesar de bem pontuar a extensão do princípio da laicidade, a referida parceria entre democracia e religião em busca do bem comum não parece ser a mais adequada quando se trata do ensino religioso confessional, pois, conforme já demonstrado nos votos contrários à confessionalidade, existem percalços nessa associação entre Estado e religião. Diante de tais inconvenientes, Debora Diniz entende que a matéria lecionada em escolas públicas "deve promover valores compartilhados e reconhecer a diversidade moral dos estudantes, dois preceitos éticos incompatíveis com o proselitismo religioso e a confessionalidade do ensino"92.

Além disso, o voto prosseguiu fazendo menção de que se a Constituição não tratasse de ensino confessional, não haveria razão para que houvesse um preceito constitucional garantindo o ensino religioso e, assim, não se pode questionar que o ensino deve ser de religião.

[91] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019

[92] DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e o ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco; Letras Livres; UnB, 2010. p. 38

Entretanto, a Constituição somente previu o ensino religioso nas escolas públicas, sem discorrer sobre qual a modalidade de ensino deveria ser adotada, incumbindo à Lei de Diretrizes e Bases da Educação definir a forma como será realizado este ensino. Desta forma, ao se realizar uma análise sobre a legislação responsável por regular o ensino público, tem-se que ali se pode entender ser incabível a modalidade confessional no ensino religioso nas escolas públicas.

Nesse sentido, Debora Diniz assim discorreu a respeito da interpretação do conjunto de preceitos legais que trata do tema:

> "A Lei de Diretrizes e Base institui que o ensino religioso nas escolas públicas deve assegurar 'o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo' [...]
>
> [...] é clara a restrição à confessionalidade no ensino religioso, traduzida nos termos da lei como proibição ao proselitismo religioso e garantia do respeito à diversidade cultural e religiosa do país. No entanto, a multiplicidade de interpretações sugere que há uma má compreensão do próprio significado de ensino religioso ou de proselitismo, bem como das fundações e objetivos dessa disciplina para a promoção da cidadania, confrontando a Lei.9.475/1995, que proíbe o proselitismo"[93]

Portanto, superada a análise sobre a violação da laicidade do Estado, a seguinte discussão tratará do aspecto da liberdade religiosa, que foi o principal argumento usado para que se admitisse o ensino religioso confessional.

3.2 A Impraticável Facultatividade da Participação nas Aulas Confessionais

[93] DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e o ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco; Letras Livres; UnB, 2010. p. 47

Nessa vertente, como já exposto anteriormente, na manifestação como Amicus Curiae na ADI nº 4439, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que para garantir a liberdade religiosa e de cátedra no Brasil, seria necessário permitir que o professor pudesse dar aula de sua crença nas escolas públicas94.

Em consonância com essa defesa, o ministro Alexandre de Moraes evidenciou em seu voto a necessidade de se resguardar a liberdade de manifestação do pensamento, *in verbis*:

> "Tolerância, que vem sendo defendida nesta Corte, relacionada à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero a partir da diversidade de opiniões em sala de aula sobre os mesmos fenômenos, em inúmeras ações promovidas pelo Ministério Público e com a participação de várias das entidades participantes da presente ADI.
>
> Estranhamente, pretende-se transformar essa correta tolerância e defesa da diversidade de opiniões em sala de aula, defendida para todas as demais manifestações de pensamento, em censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, mesmo em disciplinas com matrícula facultativa, transformando o ensino religioso em uma disciplina neutra com conteúdo imposto pelo Estado em desrespeito à liberdade religiosa.
>
> [...] A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também que possam causas transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias

[94] Memorial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. p. 21. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170831-09.pdf. Acesso em: 29 out. 2018

> e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e de tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo"[95]

Além dessa posição, o ministro Dias Toffoli também defendeu a manifestação religiosa do professor, asseverando:

> "O direito à liberdade de crença, portanto, guarda íntima relação com o direito à manifestação do pensamento, seja do pensamento religioso, seja das ideias agnósticas, sendo um contrassenso que a exteriorização do pensamento de uns seja tolhido em nome da proteção da liberdade de crença de outrem.
>
> [...] E esse direito, associado ao direito à livre manifestação do pensamento, traduz a impossibilidade de o Estado proibir a vivência, na esfera pública, de uma cosmovisão pelos indivíduos que assim o desejem. A proteção à liberdade individual de crenças e ao direito de exercê-las, portanto, desautoriza a criação de sobreposição jurídica de um credo em detrimento de outro, como desautoriza, ainda, a sobreposição do credo à descrença e vice-versa [...]"[96]

Neste voto, afirmou-se que a liberdade de expressão e religiosa não podem ser restringidas pelo Estado, que deve assegurar esse direito fundamental, ainda que isso se manifeste na possibilidade de o professor ensinar a sua religião para os seus alunos na sala de aula de uma escola pública.

Portanto, no entendimento dessas manifestações, seria plenamente possível conciliar o ensino religioso confessional com a liberdade religiosa, tudo isso sendo balizado e harmonizado pelo caráter facultativo das aulas de religião. Cumpre observar que, de fato, se observado pelo aspecto meramente formal, não

[95] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018

[96] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Dias Toffoli. Brasília, 21 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-adi- ensino-religioso.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018

existiria a colisão de direitos fundamentais em sala de aula, considerando que somente participariam das aulas aqueles que concordassem com o seu conteúdo.

Contudo, em análise ao aspecto material desse entendimento, a facultatividade da participação nas aulas confessionais resta prejudicada, considerando a realidade das escolas públicas brasileiras, em que esse plano factual não se altera com a simples declaração de facultatividade, razão pela qual, tacitamente, só restará ao aluno a participação em aulas ainda que não se coadunam com o seu credo.

Tal conclusão encontra amparo na pesquisa realizada por Ana Maria Cavalieri, publicada no artigo "O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas", que se trata de um estudo realizado em 2007, época em que somente o estado do Rio de Janeiro permitia o ensino religioso confessional, que teve como enfoque mostrar, na prática, como os professores ministravam a matéria confessional.

Como resultado, a autora constatou a falta de estrutura para que se efetive a facultatividade, demonstrando que a lei está distante da prática, tendo assim descrito:

> "[...] a descrição contida na Lei n.3.459 é clara quanto ao caráter confessional do ensino religioso. Entretanto, a falta de infraestrutura que propicie a sua efetivação, ao lado da reelaboração de significados feita pelos profissionais da educação relativa aos objetivos dessa disciplina, tem levado a uma prática muito distante do estipulado pela lei [...]
>
> [...] em nenhuma das escolas da amostra se faz a separação dos alunos de acordo com sua religião. O número pequeno de professores por escola, muitas vezes de um só credo, as dificuldades de reorganizar as turmas dentro do horário regular e a opinião dos professores sobre a inadequação do ensino

> religioso confessional no espaço escolar, impedem a prática desse tipo de ensino [...]"[97]

Assim, diferentemente do que foi afirmado nas manifestações favoráveis à confessionalidade, essa pesquisa mostra a evidente realidade da grande maioria das escolas públicas brasileiras: a infraestrutura dessas escolas não permite que haja a separação dos alunos que não desejam participar das aulas confessionais.

Ainda de acordo com esse estudo, mesmo que o aluno queira realizar outra atividade, existem dificuldades:

> "[...] outro empecilho à separação em grupos é a inexistência de atividades alternativas para os alunos que não tenham professor disponível de seu credo ou que não queiram assistir às aulas de Ensino Religioso. Em nenhuma das escolas estudadas existe esse tipo de oferta"[98]

Desta forma, no que diz respeito ao plano fático da grande maioria das escolas públicas, não restará ao aluno nenhuma alternativa senão a participação nas aulas confessionais. Assim sendo, o resultado que se terá é a combinação do ensino de religião em um ambiente em que o aluno é compelido a participar, de uma modalidade de ensino que, nas palavras da antropóloga Debora Diniz, "se confundiria com educação religiosa, semelhante àquela oferecida pelas comunidades religiosas para a formação de membros de um determinado grupo"[99].

---

[97] CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019

[98] CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019

[99] DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e o ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco; Letras Livres; UnB, 2010. p. 14

Por essa abordagem, diante da predominância do cristianismo, a educação será para a formação desses membros, que predominará diante das minorias, de acordo com o que Ana Maria Cavalieri lembra:

> "[...] o ensino religioso nas escolas do Rio tem-se mantido inteiramente no âmbito das religiões católica e protestante. A inexistência de estruturas de poder burocratizadas entre as religiões afro-brasileiras e o não apoio das principais associações espíritas ao ensino religioso nas escolas levou a um reduzidíssimo número de professores dessas confissões [...]"[100]

Corolário disso é a desarmonia que o ambiente público proporcionará, visto que, ao invés de compatibilizar a pluralidade, estará subjugando as crenças de menor representação.

Isso porque, considerando o que Pierre Bourdieu conceitua como "Habitus", tem-se que a pressão social leva à interiorização das estruturas sociais, resultando no aprendizado inconsciente do que é considerado o comportamento padrão da sociedade, em que o dominado incorpora os valores e tende a reproduzi-los101. Por isso, não pode ser outro o entendimento de que haverá a violação à liberdade religiosa do aluno dissidente, contrariando a real função do ensino religioso nas escolas públicas, que é justamente de fomentar a tolerância e o respeito à diversidade.

Um caso semelhante ocorreu em 2007, quando a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu a lide na qual a Turquia, que em tese assegurava o ensino religioso não confessional, estava, na prática, instruindo os alunos sobre a corrente sunita do

[100] GIUMBELLI, Emerson. "O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião." Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião v.13, M. 14, p. 119-143, 2011 *apud* CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019

[101] BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 *apud* CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico, coletânea de artigos. Brasília, CNMP, 2014. vol.1. p. 143

Islã, em prejuízo dos demais alunos que professavam religiões distintas102. Neste julgado, a referida Corte decidiu que tal postura violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos, visto que ia de encontro com a liberdade religiosa do aluno, por não haver o pluralismo, diante da ausência da neutralidade contida nas aulas ministradas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existem casos em que há uma norma formalmente constitucional, mas que, na sua pragmática, seria inconstitucional. Assim ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que versava sobre a superlotação do sistema penitenciário nacional, em que restou decidido que quando há violação de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas, inércia das autoridades para resolver a situação e a solução de tais transgressões exigir a atuação de uma pluralidade de autoridades, estaria configurado o "estado de coisas inconstitucional"103.

Assim sendo, quando existe um hiato grande entre a forma e a realidade, o Supremo Tribunal Federal ponderou que seria possível intervir, reconhecendo a importância da proteção dessas garantias, sobretudo quando se refere a direitos das minorias, justificando a atuação do Poder Judiciário.

Por essa ótica, tendo a Suprema Corte decidido dessa forma quando há um abismo entre a norma e a sua aplicação, seria possível entender que a violação da

[102] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ensino-barroso.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019

[103] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, 9 set. 2015. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 6 mar. 2019

liberdade religiosa de um número amplo de alunos, proporcionada pelo próprio Estado, se assemelharia a um "estado de coisas inconstitucional", considerando a facultatividade como algo que deveria ser e a obrigatoriedade de participação nas aulas como o que na realidade é.

Portanto, conclui-se que a mera facultatividade do ensino religioso não é capaz de evitar um indesejado doutrinamento, já que a recusa à frequência às aulas impõe um ônus exagerado e até mesmo inviabiliza a prerrogativa da presença nas exposições religiosas. Como resultado, tendo por base a realidade em que o aluno é compelido a permanecer no mesmo local em que ocasionalmente se ministrará aulas que não correspondem com a sua crença, o que se tem é colisão da liberdade religiosa do aluno com a liberdade de cátedra do professor.

3.3 A Liberdade Religiosa do Aluno em Colisão com a Liberdade de Cátedra do Professor

Como o último item, tem-se a discussão sobre a colisão de direitos fundamentais, em que se vislumbrará como tais garantias podem ser tratadas diante do impasse instaurado, sendo o intuito da presente exposição o de concluir que a conclusão do Supremo Tribunal Federal, de que a liberdade de cátedra deve se sobrepor à liberdade religiosa, não foi a melhor decisão.

Assim, no sentido que se expôs durante o presente trabalho, compreende-se que a colisão de direitos fundamentais pôde ser observada nessa ação e, visto que a liberdade religiosa e de cátedra não são meramente regras a serem interpretadas, a solução deve ser buscada através da ponderação de princípios, em que devem ser consideradas as circunstâncias do caso. Isso se deve, como Ronald Dworkin explicou, ao fato de que, na regra, há uma norma que impõe uma relação de causa e consequência de tudo ou nada e, havendo um

caso que preenche os pressupostos da regra, implica dizer que todas as consequências desta norma também se aplicam e, assim sendo, assegura que somente as regras ditam resultados[104].

Contudo, no princípio, a dimensão não é de validade, mas sim uma dimensão de peso relativo. O princípio pode ser relevante para um determinado problema, mas não estipula uma solução particular. Isso significa que, na colisão dos princípios, se deve dar o peso adequado a cada princípio observando cada caso concreto[105].

Dito isso, o Supremo Tribunal Federal tem tratado das questões envolvendo a liberdade de expressão com entendimentos que se alternam entre a sua garantia e a sua mitigação. Como exemplo da abordagem dada pela Suprema Corte no sentido de proteger a liberdade de expressão, cita-se o julgamento da ADI nº 4.815, que tratou da publicação de biografias sem a prévia autorização da pessoa biografada, ocasião em que envolvia um caso de colisão de direitos fundamentais. Nesse julgado, restou decidido que a liberdade de expressão deve prevalecer sobre o direito à privacidade, tendo o ministro Marco Aurélio salientado que, havendo conflito entre o interesse individual e o coletivo, deve-se dar primazia ao segundo[106].

---

[104] DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1978 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 288.

105 DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press, 1978 apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 289

[106] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815. Autor: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Relatora: min. Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: Dhttp://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709. Acesso em: 07 mar. 2019

Em direção oposta, entretanto, o Supremo Tribunal Federal também já assumiu a posição pela mitigação da liberdade de expressão, ao decidir pela improcedência da ADI nº 5136, que questionou um artigo da Lei 12.663/2012 (Lei Geral da Copa), preceito legal este que fazia ressalvas à liberdade de expressão quando posta em conflito com a dignidade da pessoa humana.

Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

> "Não é verdade, contudo, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Há hipóteses em que essa acaba por colidir com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos. Tais tensões dialéticas precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade."
>
> "[...] há de se perquirir-se, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz [...]"[107]

No aspecto da liberdade religiosa, o Supremo Tribunal Federal também já deliberou de forma contrária à sua ampla aplicação, como na ADI nº 2806, que questionou uma lei do estado do Rio Grande do Sul que assegurava amplas prerrogativas aos que alegassem a liberdade religiosa em face aos atos públicos.

Nesse julgado, o então ministro Sepúlveda Pertence assim declarou:

> "[...] seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos 'dias de guarda' religiosas? [...]

[107] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5136. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: min. Gilmar Mendes. Brasília, 1 jul. 2014. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799. Acesso em: 7 mar. 2019

> considero realmente violados, no caso, princípios substanciais, a partir do '*due process*' substancial e do caráter laico da República"[108]

Por fim, quanto à liberdade de cátedra, o Supremo Tribunal Federal já suspendeu uma lei estadual denominada "escola livre" que vedava a prática de doutrinação política e ideológica pelos professores que imponham aos alunos opiniões político-partidárias, religiosas ou filosóficas.

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, a referida lei violava o artigo 206 da Constituição Federal, que assegura a liberdade de ensino, tendo assim se manifestado:

> "[...] a toda evidência, os pais não podem pretender limitar o universo informacional de seus filhos ou impor à escola que não veicule qualquer conteúdo com o qual não estejam de acordo. Esse tipo de providência – expressa no art. 13, § 5º – significa impedir o acesso dos jovens a domínios inteiros da vida, em evidente violação ao pluralismo e ao seu direito de aprender. A educação é, justamente, o acúmulo e o processamento de informações, conhecimentos e ideias que proveem de pontos de vista distintos, experimentados em casa, no contato com amigos, com eventuais grupos religiosos, com movimentos sociais e, igualmente, na escola."
>
> "[...] está presente no aludido dispositivo a intenção de impor ao professor uma apresentação pretensamente neutra dos mais diversos pontos de vista – ideológicos, políticos, filosóficos – a respeito da matéria por ele ensinada, determinação que é inconsistente do ponto de vista acadêmico e evidentemente violadora da liberdade de ensinar."[109]

---

108 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2806. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: min. Ilmar Galvão. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 23 abr. 2003. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266928. Acesso em: 7 mar. 2019

109 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5537. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino - CONTEE. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 21 mar. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019

Logo, verificada a volatilidade na postura do Supremo Tribunal Federal quando se refere às liberdades de expressão, religiosa e de cátedra, o procedimento adequado para a resolução da colisão de direitos fundamentais exposta no presente trabalho seria uma ponderação de quais valores necessitam maior amparo no presente momento em que se encontra a sociedade brasileira.

Desta forma, a Suprema Corte entendeu que não seria razoável atenuar a liberdade de cátedra do professor em favor da liberdade religiosa do aluno, amparando, assim, a liberdade de cátedra do professor em sua plenitude.

Portanto, no sentido em que se buscou demonstrar nesta discussão, tem-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal não se mostrou a mais adequada, visto que a atenuação da liberdade de cátedra do professor no momento das aulas não afetaria o núcleo essencial desta garantia, mas tão somente asseguraria a liberdade religiosa do aluno, que é o maior vulnerável nesta situação.

CONCLUSÕES

Com a análise do tema proposto, tornou-se possível verificar que a adoção do ensino religioso nas escolas públicas em sua modalidade confessional não oferece a melhor experiência que a escola pública pode realizar. Isso porque, conforme se tentou demonstrar neste trabalho, a confessionalidade apresenta uma clara violação ao princípio da laicidade, visto que este não pode permitir que o espaço público se torne palco de doutrinações religiosas e nem mesmo deve pagar para que os professores ensinem religiões de uma crença específica, pois, caso contrário, o Estado estaria adotando uma postura ativa no aspecto religioso, realizando um programa religioso conduzido pelo governo, o que a história mostrou ser uma prática perigosa.

Sendo assim, o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, ao tratar do ensino religioso confessional, além de ir de encontro à laicidade do Estado, também viola diversos preceitos legais que buscam a pluralidade no ambiente escolar, primeiramente pela própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que determina ser inadmissível o proselitismo nas escolas públicas, assim como, para citar outras normas, o artigo 13, § 1º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto nº 591/1992), ao dispor que a educação deve favorecer a compreensão e tolerância entre os grupos religiosos[110]; bem como o Protocolo Adicional de São Salvador (Decreto nº 3.321/1999), que assegura ser a educação orientada pelo pluralismo ideológico[111].

Isso porque a confessionalidade não se compatibiliza com a pluralidade, pois não une os indivíduos, mas tão somente os separa em blocos, nestes contendo aqueles que concordam com o que será exposto e determinando aos que discordam que se retirem. Agindo desta forma, a referida divisão lembra os

[110] "Art. 13, § 1º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz." BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

111 Art. 13, § 2º. Os Estados-Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm também em que a educação deve tornar todas as pessoas capazes de participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e de conseguir uma subsistência digna; bem como favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, e promover as atividades em prol da manutenção da paz." BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 11 abr. 2019

atos de segregação que eram praticados nas escolas nas escolas norte-americanas que, no caso de *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte norte-americana reconheceu ser inaceitável, posto que a escola é um lugar de promoção da cidadania e igualdade[112]. Assim sendo, segregar os alunos conforme sua religião contribui para a perpetuação da discriminação das minorias, o que vai de encontro ao ideal da existência do ensino religioso, que visa o exercício de tolerância.

Paralelamente, além de violar o princípio da laicidade, o que se pode concluir é que a confessionalidade nas aulas públicas também proporciona a eventual colisão de direitos fundamentais, visto que há uma profunda distância entre o que contém na lei e o que as escolas públicas brasileiras realmente podem oferecer, pois basta observar a realidade grande maioria destas escolas, que não têm estrutura para oferecer uma alternativa aos que não desejam participar do ensino de religião, restando a estes somente a participação indesejada nos ensinamentos.

Por isso, em observância à realidade factual das escolas públicas, não se pode permitir que em nome da liberdade de ensinar haja uma irrestrita manifestação da liberdade de cátedra do professor, considerando que também deve ser observada a liberdade religiosa da criança.

Neste conflito, a solução menos gravosa, ao menos no presente momento da realidade brasileira, seria a de se atenuar a liberdade de ensino do professor no sentido de que não ensine sua própria religião aos alunos, para que se

112 Brown v. Board of Education apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 461. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 jun. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto_312038140.pdf. Acesso em: 11 mar. 2019

preserve a liberdade religiosa do aluno, visto que este apresenta maior vulnerabilidade e merece maior amparo do Poder Público, pois a própria Constituição determina que as crianças e adolescentes merecem absoluta prioridade ao assegurar seus direitos.

Tal afirmativa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, que tem suma importância quando ocorre colisão de direitos fundamentais. Logo, é possível verificar que restringir a liberdade de ensino para buscar proteger outro bem de igual hierarquia tem a adequação necessária, sendo proporcional exigir a não manifestação do professor naquele momento.

Neste ponto, cabe fazer dois adendos: o primeiro é que mitigar a liberdade de ensino do professor nas salas de aula não afeta o núcleo essencial desta garantia e nem esvazia a possibilidade de manifestações religiosas por parte do docente; o segundo é que não se está tratando de uma busca pela inibição da educação religiosa, já que o ensino de uma religião específica pode ser buscado livremente nos locais das instituições religiosas, seja em forma de catequese ou assemelhados.

Portanto, feitas estas considerações, depreende-se que o melhor entendimento seria a adoção do ensino religioso nas escolas públicas em sua modalidade não confessional, com uma abordagem neutra sobre o aspecto religioso, cujo intuito seja o de apresentar a diversidade de crenças visando fornecer o conhecimento sobre a pluralidade de credos, sem que o professor tome partido por nenhuma das ideias e correntes expostas, visando a harmonização na convivência de pessoas com diferentes crenças, com a inibição da hostilidade ao que é diferente, tendo como resultado a preservação da

laicidade do Estado brasileiro, bem como não ocorrência da colisão de direitos fundamentais em sala de aula.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. A liberdade religiosa e o Estado. Lisboa: Almedina, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v.1.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 *apud* CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico, coletânea de artigos. Brasília, CNMP, 2014. vol.1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ensino-barroso.pdf. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 30 ago. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Min. Dias Toffoli. Brasília, 21 set. 2017. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-adi-ensino-religioso.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4815. Autor: Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Relatora: min. Cármen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2806. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: min. Ilmar Galvão. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 23 abr. 2003. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266928. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Autor: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, 9 set. 2015. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 6 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 461. Autor: Procuradoria Geral da República. Relator:

min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 jun. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/texto_312038140.pdf. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5136. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: min. Gilmar Mendes. Brasília, 1 jul. 2014. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799. Acesso em: 7 mar. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5537. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino - CONTEE. Relator: min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 21 mar. 2017. Lex: jurisprudência STF. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Carta de Lei de 25 de março de 1824. Constituição política do Império do Brasil. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 7 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 10 out. 2018

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm. Acesso em: 9 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 19.941 de 30 de abril 1931. Dispõe sobre a instrução religiosa nos cursos primário, secundário e normal. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931- 518529-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7107.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439. Autor: Procuradoria Geral da República. Brasília, 30 jul. 2010. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADI%204439.pdf/view Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública nº 0023966-54.2010.403.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. e União Federal. Juiz: Paulo Cezar Neves Junior. São Paulo, 24 jan. 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Senten%C3%A7a_ACP_Datena.pdf. Acesso em: 2 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Julio Estron; SANTOS, Carolina Costa. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 07-388, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1232. Acesso em: 4 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Decreto Legislativo n.º 1.736, 2009. Parecer do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=684072&fil ename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PDC+1736/2009. Acesso em: 19 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. São Paulo: Atlas, 2017.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e liberdade religiosa na "constituição política do império do Brazil", de 1824". *In:* ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19.,2010, Fortaleza, Anais [...]. Fortaleza, 2010. p. 6167-6176. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf. Acesso em: Acesso em: 5 abr. 2019.

CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. O ensino religioso nas Constituições do Brasil, nas legislações de ensino e orientações da Igreja *apud* SIQUEIRA, Giseli do Prado. O Ensino religioso nas escolas públicas do Brasil: implicações epistemológicas em um discurso conflitivo, entre a laicidade e a confessionalidade num estado republicano. Tese (Doutorado em Ciência da Religião) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2012.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico, coletânea de artigos. Brasília, CNMP, 2014. vol.1.

DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana e CARRIÃO, Vanessa. Laicidade e o ensino religioso no Brasil. Brasília: Unesco; Letras Livres; UnB, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Harvard University Press, 1978 *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FISCHMANN, Roseli. Estado laico, educação, tolerância e cidadania: para uma análise da concordata Brasil-Santa Sé. CEMOrOc, 2012.

GANEM, Cássia Maria Senna. Estado laico e direitos fundamentais. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos- fundamentais-estado-laico-e-direitos-fundamentais/view Acesso em: 3 out. 2018.

GIUMBELLI, Emerson. "O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião." Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião v.13, M. 14, p. 119-143, 2011 *apud* CAVALIERI, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

GOEDERT, David Bruno. Acordo Brasil–Santa Sé: Relações tuteladas pelo direito. Revista Encontros Teológicos v. 25, n. 2, 2010. p. 135. Disponível em: https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/download/272/260. Acesso em: 3 abr. 2019.

JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo. "A Concepção de uma Proposta: o Ensino Religioso em uma perspectiva pedagógica a partir do Artigo 33 da LDB." Revista Relegens Thréskeia. V.1, P. 102-129, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; BALDISSERI, Lorenzo. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012.

Memorial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. p. 21. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170831-09.pdf. Acesso em: 29 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: MES, 1952. v. 24, t. 2. Disponível em: http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/6055_V24_T2/PDF/6055_V24_T2.p df. Acesso em: 5 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Jairo Henrique de OS. Acordo entre Brasil e Santa Sé: Um marco na relação Igreja-Estado no Brasil. PUC RIO, Rio de Janeiro, 2012.

PINTO, Andréa Carla Agnes e Silva. "O ensino religioso no contexto histórico escolar de Pernambuco". 1-13. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario8/_files/IcxQhg8 D.pdf. Acesso em: 19 out. 2018.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar A. "Religião em sala de aula: o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras." CSOnline-Revista Eletrônica de Ciências Sociais 1, 2007.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008.

RAWLS, John. *A Theory of Justice.* Harvard University Press, 1971 *apud* SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. *In* CAÚLA, Bleine Queiroz. Diálogo ambiental, constitucional e internacional. Fortaleza: Premius, 2014, v. 2, p. 213-238. Disponível em: https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf. Acesso em: 8 out. 2018.

SANKIEVICZ, Alexandre. Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWARTZMAN, Hélio. Concordata pode gerar problema institucional. Folha de São Paulo, 13 ago. 2009 *apud* GIUMBELLI, Emerson. O Acordo Brasil-Santa Sé e as relações entre Estado, sociedade e religião. Ciencias Sociales y Religión/Ciências Sociais e Religião, v. 13, n. 14, p. 119-143, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SIQUEIRA, Giseli do Prado. O Ensino religioso nas escolas públicas do Brasil: implicações epistemológicas em um discurso conflitivo, entre a laicidade e a confessionalidade num estado republicano. Tese (Doutorado em Ciência da Religião) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2012.

XAVIER, Dulcelina; LOREA, Roberto; FISCHMANN, Roseli. Brasil e Vaticano o (des) acordo republicano, Brasília: CFEMEA, 2009. Disponível em:

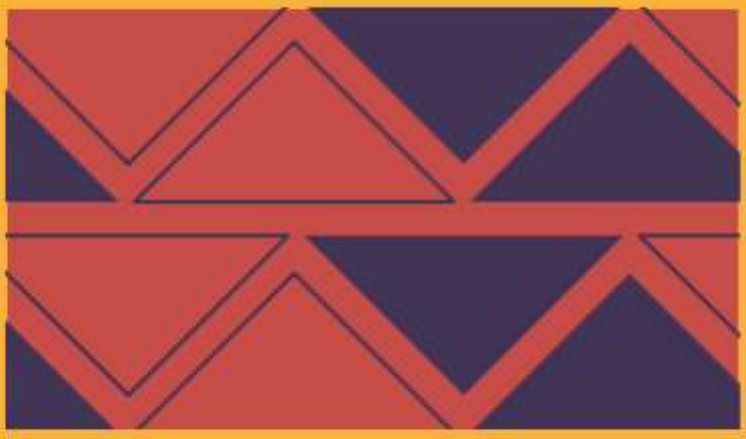
http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/263/CFEMEA_Brasil_e_Vaticano_o_desacordo_republicano.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 2 de abr. 2019.

ZIMMERMANN, Roque. Ensino religioso; uma grande mudança. Brasília, Câmara dos Deputados. Brasília, 1998 *apud* STIGAR, Robson. Um grande lobby a favor da presença do ensino religioso na atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Último Andar, n. 26.

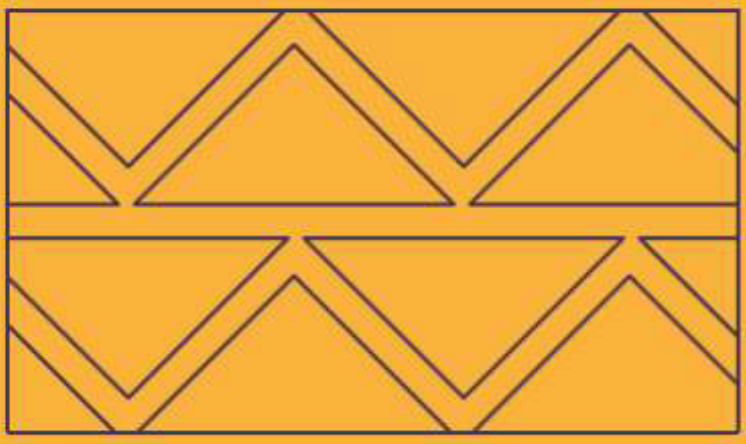
ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Direito Processual Civil



CEUB

UM ENSAIO SOBRE O EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E UMA REFLEXÃO SOBRE A RESULTÂNCIA DESSE INSTITUTO A PARTIR DO TEMA REPETITIVO 988

Amanda Ribeiro Lemos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do efeito vinculante no Recurso Especial Repetitivo à luz do julgamento paradigma do Tema Repetitivo 988. O primeiro capítulo faz um breve histórico dos institutos utilizados pelo Poder Judiciário com vistas a alcançar um julgamento mais célere e isonômico, bem com discute questões controvertidas relacionadas ao efeito vinculante dos precedentes. No segundo capítulo, há um breve relato dos REsp 1.696.396 e do REsp 1.704.520, dos debates ocorridos durante as sessões de julgamentos e das polêmicas em torno da taxatividade das decisões interlocutórias agraváveis. No terceiro capítulo, há uma análise do acórdão proferido em sede de Recurso Especial Repetitivo, no qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC.

Palavras-chave: Recurso Especial Repetitivo. Efeito vinculante. Tema 988. Agravo de Instrumento. Taxatividade mitigada

1 EFEITO VINCULANTE NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E SOCIAL

O presente estudo objetiva estudar as perspectivas políticas, dogmáticas e sociais do mecanismo Jurídico Processual do Recurso Especial Repetitivo, a partir da

análise do julgamento dos REsp 1.696.396 e do REsp 1.704.520 que analisaram a taxatividade rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

É notório que nos últimos anos os poderes legislativo e judiciário empenharam-se em democratizar o acesso à justiça a fim de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes. Não obstante, o amplo acesso da sociedade à justiça não foi acompanhado de planejamento capaz de conferir uma estrutura adequada e suficiente para atender ao crescimento dessas demandas o que ocasionou, consequentemente, a sobrecarga do Poder Judiciário.

Assim, diante dessa nova conjectura jurídica-social e da impossibilidade do Poder Judiciário de oferecer uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o legislador passou a imprimir mudanças nos procedimentos criando novos filtros e mecanismos processuais capazes de conferir praticidade e celeridade aos julgamentos.

Tais medidas fizeram-se necessárias, e, por que não dizer, fundamentais, de modo especial no âmbito das Cortes Superiores, uma vez que esses filtros visam impedir que os Tribunais Superiores atuem como uma terceiriza instância, apreciando decisões oriundas dos Tribunais Regionais que já aplicaram o entendimento adotado nesses órgãos de cúpula.

Nesse sentido, o instituto do Recurso Especial Repetitivo representa um dentre tantos outros mecanismos consagrados pelo legislador com vistas a restringir o volume de demandas no poder judiciário e acelerar o julgamento dessas.

Isso, pois esse instituto possibilita, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal por

amostragem, mediante a seleção de recursos que representem, de maneira adequada, a controvérsia[1].

Ou seja, representam a possibilidade de o Poder Judiciário acolher o preceituado no artigo 5º, inciso LXXVIII,[2] razoável duração do processo, sem violar o disposto no inciso XXXV[3] do mesmo dispositivo, Princípio da Igualdade.

Entretanto, a aplicação desse mecanismo terá consequências. Algumas evidentemente positivas, como a celeridade de julgamento, o "desafogamento" do Superior Tribunal de Justiça e, precipuamente, um julgamento isonômico em causas que possuam idêntica controvérsia. Outras, entretanto, precisarão ser ponderadas e analisadas com cautela pelos aplicadores do direito. Eis o Tema Repetitivo 988, o qual será o objeto de análise do presente artigo.

Nessa perspectiva, o presente trabalho objetiva analisar o efeito vinculante do Recurso Especial Repetitivo a partir do julgamento do Tema Repetitivo 988, com o intuito de suscitar os debates sobre o tema e contribuir academicamente para a

[1] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Repetitivos e IAC. Brasília. 2018. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>. Acesso em: 20 abr. 2018.

[2] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.

[3] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.

ampliação do estudo acerca desse instituto, sem, contudo, a pretensão de esgotar o assunto.

1.1 PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1988): REESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de proceder à análise de forma mais aprofundada das questões atinentes ao instituto do Recurso Especial Repetitivo, faz-se necessário apresentar a retrospectiva histórica do Poder Judiciário brasileiro a fim de propiciar a compreensão de suas estruturas, funcionamento e competências.

Pretende-se, sucintamente, relatar os motivos que ensejaram a formação do Superior Tribunal de Justiça, o qual fora instituído pela Constituição Federal de 1988, bem como compreender o papel assumido por esse órgão de cúpula após a reorganização do Poder Judiciário, com vistas a assegurar a preservação do estado federado e da tutela da ordem jurídica.

Isso, pois, durante muito tempo, buscou-se democratizar o acesso à justiça por meio de estudos capazes de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes.

Não obstante, o amplo acesso da sociedade à justiça não foi acompanhado de planejamento capaz de conferir uma estrutura adequada e suficiente para atender ao crescimento dessas demandas, o que ocasionou a sobrecarga do Poder Judiciário.

Tal situação subsiste no âmbito do Poder Judiciário há anos, anterior, inclusive, à Constituição da República de 1988. Alguns autores, como Carlos Mário

da Silva Velloso[4], relatam o que foi denominado, em meados dos anos sessenta, como Crise do Supremo Tribunal Federal - STF, consistente na impotência desse órgão em dar vazão à enorme quantidade de recursos que eram de sua competência.

Após inúmeras tentativas frustradas, a solução encontrada pelos juristas foi a criação de um novo tribunal. Dessa forma, preconizada estava a criação do que viria a ser o Superior Tribunal Justiça- STJ. Sobre essa questão:

> Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais, que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu armal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga (Revista de Direito Público e Ciência Política, cit.[5])

A finalidade almejada com a criação de um novo tribunal consistia, em suma, em atribuir ao STF apenas matérias constitucionais, de modo a permitir que essa corte as analisasse com maior cautela e tempo, uma vez que ao novo tribunal, o STJ, competiria a qualidade de guardião do direito federal comum.

Em síntese, com esse novo órgão, ao qual competiria o julgamento dos recursos extraordinários relacionados ao direito federal, objetivava-se reorganizar o

[4] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Direito Constitucional: organização dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46048/44206>. Acesso em: 14 jan 2019.

[5] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Op,cit,

Poder Judiciário. Isso, pois as tentativas anteriores, como os obstáculos criados como requisitos de admissibilidade dos recursos restaram infrutíferas.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso:

> Em razão do excesso de demandas levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido a essa prerrogativa peculiar, obstáculos jurisprudenciais, legais e regimentais foram colocados por esse tribunal como requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a fim de barrar o número de recursos. Contudo, tais empecilhos demonstraram-se limitados, não podendo suportar o acúmulo de processos, gerando delonga na prestação jurisdicional, daí a denominada "crise do Supremo[6]".

O STJ fora criado para absorver muitas das competências originárias ou recursais antes atribuídas ao STF, uma vez que a estrutura do Poder Judiciário, até então existente, não permitia a eficiência e a celeridade necessárias à aplicação da justiça aos processos que avolumaram, consideravelmente, com o fim do período militar.

Contudo, mesmo após a criação do novo Tribunal, o sistema Judiciário brasileiro começaria, conforme afirma Benedeti, "a perceber um agravamento dos problemas que, a bem da verdade, já vinha enfrentando[7]". Quantos aos motivos que ensejaram o ápice da crise, destaca:

> A razão está na extensão da constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivas que resultou em um substancial crescimento da demanda pelos serviços do Poder Judiciário em todo o País. A isso se somam fatores de natureza processual, estrutural e de gestão, traduzidos em "número

[6] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[7] BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina:* edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

> excessivo de recursos processuais, excesso de formalismo procedimental, abundância de leis, difícil acesso ao Judiciário por vários setores da população, número insuficiente de magistrados e servidores, pouca informatização das unidades judiciais, falta de planejamento estratégico, deficiência no controle administrativo, dificuldade de integração com outras instituições judiciais e operacionais, como Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia, dentre outros".

Insta salientar que essa crise institucional evidenciada pelo excesso de demandas, pela lentidão no julgamento dos processos, pela ausência de isonomia, bem como pela ausência de eficiência na prestação jurisdicional, persiste até hoje.

Tal fato é facilmente evidenciado no discurso de posse da Ministra Laurita Vaz, quando assumiu, em setembro de 2016, a presidência do STJ:

> O Superior Tribunal de Justiça foi criado pelo Constituinte de 1988, no auge da chamada "crise do STF", assim reconhecida porque se chegou à quase inviabilidade daquela Corte Suprema pelo excessivo número de processos. E, de lá para cá, muitas mudanças ocorreram. A população aumentou, as instituições que instrumentalizam o direito, acima referidas, foram sendo melhor aparelhadas, a informação foi se tornando mais acessível à população antes excluída, enfim, as demandas continuaram a crescer.
>
> Na última década, temos enfrentado um crescimento anual e progressivo na quantidade de processos distribuídos a cada um dos ministros que integram o STJ. As alterações legislativas e as adaptações da estrutura interna do tribunal não têm sido suficientes para acompanhar essa demanda crescente, muito embora se reconheça um esforço hercúleo dos ministros e dos servidores, com resultados surpreendentes de produtividade. [8](Grifo nosso).

[8] VAZ, Laurita. Discurso de posse da ministra Laurita Vaz no cargo de presidente do superior tribunal de justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Discurso%20de%20posse%20no%20cargo%20de%20presidente%20do%20STJ.pdf>. Acesso em:19 fev.

Tal fato exige uma contínua evolução do Poder Judiciário que, almejando solucionar ou, ao menos, mitigar tais falhas, incessantemente, se modifica.

Dentre tantas medidas objetivando esse fim, a obra intitulada "25 anos do tribunal da Cidadania",[9] a qual analisa os vinte e cinco anos de existência do STJ cita a Reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, o emprego de súmulas, a digitalização dos processos e a Lei nº 11.672/2008 – Lei dos Recursos Especiais Repetitivos.

Nesse mesmo sentido Dierle Nunes e André Frederico Horta explicitam:

> Nas últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, desde a criação dos referidos enunciados de súmulas (inicialmente, apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio lei nº 8.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/73, e da lei nº 11.276/06, que acrescentou o § l° ao art. 518 do mesmo diploma), da Súmula Vinculante (art. 103-A do CPC, criado pela Emenda Constitucional no 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 2.85-A do CPC/73, introduzido pela lei no 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, § 3°, da CR, introduzido pela EC no 45/04, e arts. 543-A a 543-C do CPC/73, criados pelas Leis no 11.418/06 e 11.672/08).

Não obstante a importância de todos os institutos na busca por um processo mais democrático, célere, eficiente e transparente, este trabalho se limitará à análise de apenas um dos instrumentos utilizados pelo STJ com vista a alcançar esses

[9] BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça:* doutrina: edição comemorativa*, 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

objetivos, qual seja, o Recurso Especial Repetitivo. Entretanto, perpassará por algumas outras questões fundamentais para a compreensão desse instituto.

Por fim, após o estudo do Recurso Especial Repetitivo, far-se-á uma análise desse mecanismo à luz do estudo do caso concreto do Tema Repetitivo 988, a fim de verificar se, de fato, esse instituto, a partir desse caso específico, tem contribuído para solução ou, ao menos, mitigação dos problemas anteriormente mencionados.

1.2 ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW E COMMON LAW

O Sistema jurídico brasileiro, consoante se infere do o art. 5º, II, da Constituição Federal[10], tem a lei como fonte primária do seu ordenamento jurídico: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Portanto, encontra-se estruturado, em um primeiro momento, a partir do sistema da *Civil Law.*

Outros países, como, por exemplo, Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia apresentam um sistema estruturado a partir da supremacia da *Common Law* em detrimento de leis, de modo que, nesses casos, os costumes, firmado pelos precedentes, são a principal fonte do direito. Ou, seja, trata-se de um direito jurisprudencial.

Quanto a esses dois modelos, Cláudia Sarturi esclarece que a diferença entre eles não está essencialmente no conteúdo, mas sim, na individualização dos direitos:

[10] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dezembro 2018

> A diferença consiste na forma de individualização dos direitos. No primeiro caso, a lógica é do tipo indutiva, ou seja, de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada a casos futuros. O processo serve de instrumento técnico para constituição do próprio direito. No segundo caso, a lógica judiciária é dedutiva, pois da regra geral (lei) deduz-se uma regra particular ao caso concreto. O instrumento que se vale o direito é a legislação[11].

Sarturi também afirma que "não existem modelos puros" e que, portanto, a tendência é de aproximação entre o sistema da *Commom Law* e da *Civil Law.* Nesse sentido é também o posicionamento de Elpídio Donizetti:

> Em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista. Seja porque a sociedade passa por constantes modificações (culturais, sociais, políticas, econômicas, etc) que não são acompanhadas pelo legislador, seja porque este nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas e futuras submetidas à apreciação judicial, não se pode admitir um ordenamento dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Igualmente não se pode negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido (positivismo jurídico). Essas as razões por que os dois sistemas se aproximam. [12]

A atual conjetura do ordenamento jurídico brasileiro coaduna-se com os posicionamentos expostos pelos citados doutrinadores, vez que tanto o precedente, primordial fonte do direito na *Commom* Law, quanto a lei, principal fonte no *Civil* Law, consistem em fundamentos das decisões judiciais.

---

[11] SARTURI, Claudia Adriele. *A Teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil Brasileiro.* Brasília: Publicações da Escola da AGU – volume 9, n 2 (abril 2017)

[12] DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>. Acesso em: 13 fev 2019.

Nesse prisma, parece adequado o posicionamento de Lopes Filho ao analisar a aproximação do *Civil Law* ao *Common Law*:

> [...] o constitucionalismo contemporâneo, na qualidade de fenômeno mundial, forçou os dois sistemas a se moverem conjuntamente em um mesmo sentido, implicando, portanto, uma indistinta troca de institutos na busca de uma solução nova e adequada ao atual estádio de desenvolvimento jurídico de ambos.[...]

Não obstante tal harmonização entre os sistemas, as contribuições oriundas da *Common Law* não se limitam à utilização do precedente. Ao contrário, outras técnicas desse sistema também foram introduzidas no Brasil. Dentre tantas, citam-se as características do *Stare decisis.* Essas, por sua vez, serão fundamentais para este estudo, uma vez que uma interpretação analógica entre *Common Law* e *Stare Decisis*, auxiliará na compreensão do Recurso Especial Repetitivo.

Quanto a esse aspecto, a diferença entre um mero precedente, persuasivo, e um precedente com força vinculante assemelha-se à diferença entre *Commom Law* e *Stare decisis.* Nesse sentido:

> *Common law* não se confunde com *stare decisis*. Aquele nasceu como um sistema em que não havia direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir das decisões das cortes reais, ou seja, o direito se forma a partir de casos julgados. Neste, por sua vez, o precedente não constitui apenas fonte de produção do direito, mas tem que ser seguido pelos órgãos judiciais. Assim, os tribunais são vinculados às suas próprias decisões, e as decisões dos tribunais de hierarquia superior subordinam as decisões dos tribunais de hierarquia inferior.[13]

Gustavo Santana Nogueira ensina que "a teoria do *stare decisis* preconiza, pois, o respeito ao precedente, vinculando o Judiciário para os casos futuros, porém

[13], Ronaldo. *Precedentes judiciais*: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante *(biding effect)"* [14] Já Lopes Filho, ao analisar a aplicação desse instituto no Brasil, afirma que "de fato, os institutos do *stare decisis* sofrem a remodelagem pela tradição do *civil law* como visto a respeito da força vinculante, em que no sistema de tradição inglesa é uma concepção do próprio Judiciário, enquanto, aqui, vem se traduzindo em imposição legislativa e constitucional."[15]

Ou seja, semelhante ao que ocorreu na *Common Law*, também no Brasil, a preocupação com a insegurança jurídica ensejou a busca por um mecanismo que compelisse os operadores do direito a ater-se as decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes.

Esse mecanismo de imposição dos precedentes somente será bem compreendido, caso seja analisado, no Brasil, conforme afirma Zaneti Jr., a partir de uma perspectiva de tradição híbrida e não meramente de *Civil Law:*

> A eficácia dos precedentes, na tradição de *civil Law,* seria apenas persuasiva, e não vinculante. Por isto, a doutrina brasileira que afirma ser o Brasil um país de *civil Law* não consegue compreender a força vinculante dos precedentes (em verdade, o Brasil não é um país de *civil Law*, mas uma país de tradição híbrida – *civil Law* e *common Law.* [16]

Nesse mesmo sentido é posicionamento defendido por Michele Taruffo, segundo a qual "Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica

[14] SANTANA, Gustavo *In:* LOPES FILHO, Juraci Mourão.Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. *rev.* e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

[15] LOPES FILHO, Juraci Mourão.Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. *rev.* e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016

[16] ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In:* Didier Jr., Fredie. Precedentes. Bahia: JusPodivm, 2016

peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil Law*".[17]

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, a advogada Ana Carolina Oliveira, em sua obra intitulada "Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*", tenta responder ao seguinte questionamento: a técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*?

Após analisar minuciosamente os dois modelos, apontando suas origens, semelhanças, evoluções e divergência, conclui que, de fato, nos últimos anos houve reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial. Entretanto, ressalva que "a adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro."[18]

Com a citação desse histórico dos sistemas adotados, almeja-se demonstrar que o Brasil, país com um dos sistemas de controle mais complexos do mundo, vem, a exemplo do que ocorreu em diversos lugares, gradativamente, adotando novas técnicas e tendências, baseadas no sistema da *Common Law,* com vistas a minimizar a carga de trabalho dos tribunais superiores, a insegurança jurídica, bem como assegurar uma prestação jurisdicional célere e eficaz, uma vez que o modelo puro da *Civil Law* se mostrou insuficiente para atender às demandas da sociedade e acompanhar a sua evolução.

[17] TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011

[18] OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 109-126, jul-ago 2015.

1.3 SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DOS PRECEDENTES

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, conforme citado anteriormente, embora a lei seja fonte primária, não é a única. Ao contrário, o precedente judicial tem significativa importância.

Partindo dessa mesma linha de raciocínio, o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Elpídio Donizetti, afirma a necessidade de se repensar o conceito de lei disposto no artigo 5º, inciso II da Carta Magna[19]:

> Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo "lei", empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente "lei" significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico. [20]

Admite-se, portanto, a partir da adoção das novas técnicas mencionadas, as quais são baseadas em precedentes, que o Judiciário tem uma função colaborativa à do legislativo, pois adapta o sentido e a interpretação a ser dada à norma, conforme o desenvolvimento e as alterações sociais, posto que a lentidão nas alterações legislativas impossibilita as leis de se ajustarem perfeitamente aos casos concretos, competindo ao Judiciário a prerrogativa de adaptação do texto legal à realidade factual.

---

[19] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 dezembro 2018.

[20] DONIZETTI, Elpídio. Op. cit.

Ora, os precedentes com força normativa, além de permitir que o entendimento aplicado ao caso concreto esteja em consonância com os valores e anseios da sociedade naquele momento, também permitem reduzir o número de demandas e de recursos meramente protelatórios.

Isso, quando estiver diante de um precedente com efeito vinculante, pois se entende por "mero precedente" quando um órgão jurisdicional se vale de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento. Se a decisão não transcender o caso concreto, nunca sendo utilizada como razão de decidir de outro julgamento, não é considerada precedente.[21]Trata-se de um precedente meramente persuasivo.

Já os precedentes com efeito vinculante, caso do Recurso Especial Repetitivo, têm efeito vinculante obrigatório, pois compele tanto o Tribunal que proferiu a decisão, quanto os demais tribunais e juízos hierarquicamente subordinados àquele.

Zaneti Jr. define os termos "mero precedente" e "precedente com efeito vinculante", respectivamente, como jurisprudência e precedente, afirmando, inclusive que, após a publicação do atual Código de Processo Civil, "devemos deixar de utilizar, no vocabulário teórico brasileiro, a expressão 'direito jurisprudencial," e jurisprudência, uma vez que esses não são incompatíveis com a teoria de precedentes formalmente vinculantes:

> Por isso, insistimos na distinção, a jurisprudência e o direito jurisprudencial são baseados unicamente em bons exemplos de decisão, que podem ou não ser seguidos, a depender do juízo crítico do julgador. Daí resultarem na chamada vinculação *de facto* ou *ad exemplum*, sem caráter normativo ou força vinculante.

[21] SARTURI, op.cit.

> Ora, a diferença não é pouca, nem sutil. Precedentes vinculam. Jurisprudência persuasiva não vincula.[22]

De fato, durante muito tempo houve dúvidas sobre a vinculação ou não de determinados precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código Processo Civil, esclareceu a questão e, consequentemente, aperfeiçoou o *stare decisis* brasileiro ao explicitamente determinar como os juízes e tribunais deverão aplicar os precedentes.

De modo específico, a solução para a questão divergente na doutrina encontra-se disposta no artigo 927 do Código de Processo Civil, o qual objetiva impedir que os tribunais superem seus precedentes sem qualquer justificativa plausível e, consequentemente, violem o princípio da isonomia e da segurança jurídica. A fim de analisar melhor o artigo supracitado, faz-se importante colacioná-lo na íntegra:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.[23]

Sobre o mencionado artigo, cumpre analisar a conclusão de Ronaldo Cramer:

---

[22] ZANETI JR, Hermes. Op.cit.

[23] BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

> [...] "juízes e tribunais observarão", tem clareza semântica difícil de superar. O verbo observar, nesse caso, não tem o sentido de "olhar com atenção", mas o de "cumprir" ou "respeitar". Diante do que está escrito no texto, não há maneira mais inequívoca de se estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes.
>
> Além do mais, o art. 927 do NCPC, tanto o caput e os parágrafos, encontra-se estruturado a partir da premissa de que os precedentes ali relacionados são vinculantes. O maior exemplo disso, como já explicado, constitui o seu §1º, que exige contraditório prévio e fundamentação específica na aplicação dos precedentes arrolados pelo caput. Essa regra só tem razão de ser se, evidentemente, os precedentes do caput forem considerados vinculantes. Do contrário, ela não faz o menor sentido. É possível concluir, a partir de tudo o que foi dito, que o art. 927 do NCPC abriga uma relação de precedentes vinculantes. [24]

Nesse mesmo sentido está o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

> 170. (art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. [25]

Nessa perspectiva, Francis Ted Fernandes esclarece que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório e fundamenta essa conclusão na redação do artigo 489 do CPC, a qual registra que qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem mostrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, será considerada não fundamentada. [26]

---

[24] CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016

[25] Disponível em: < http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 29 abril 2018.

[26] FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes no Novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre entendimento do juiz. IDP. Disponível em

Assim, depreende-se que a intenção do legislador é, de fato, a de vincular a decisão a todas as instâncias subordinadas ao órgão que a proferiu. É possível chegar à mesma conclusão a partir da análise de outros dispositivos do Código de Processo Civil, dentre eles o artigo 332, 1.039 e 1.040.

> Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:
>
> I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
>
> II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
>
> III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
>
> IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
>
> Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.
>
> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:
>
> I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;
>
> II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;
>
> III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

<http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=50>.Aceso em:14 jan 2019.

> IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.
>
> § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.
>
> § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de [27]honorários de sucumbência.
>
> § 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Os artigos colacionados permitem inferir o efeito vinculante tanto dos precedentes decididos em sede de Recurso Especial Repetitivo, quanto daqueles que sagraram consolidados por meio de outros instrumentos, como a súmulas, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Não obstante, para a discussão almejada neste trabalho, interessa apenas o efeito vinculante do Recurso Especial Repetitivo, o qual será objeto de específica análise nos próximos tópicos.

1.4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

[27] BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Hermes Zaneti Jr consegue sintetizar com muita clareza a importância do novo Código de Processo Civil no que tange à vinculação dos precedentes. Isso porque o autor reconhece que há tempos já se adotava no Brasil tal técnica de vinculação. Contudo, após a propositura do Novo Código, esse instrumento deixou de ser, conforme assevera Lopes Filho[28], uma mera aproximação do *Common Law* ou simples importação do *Stare Decisis* e tomou dimensões próprias:

> Os precedentes representam uma mudança paradigmática do novo CPC. Os precedentes vinculantes são, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação. O direito anterior vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do *stare decisis* – regra que, no *common Law*, determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente – nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta agora. O Direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico. [29]

Zaneti Jr, afirma ainda que o direito civil acertou ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa do precedente pois, dessa forma, modificou as normas, regras e princípios do ordenamento jurídico, de modo que a partir dessa nova perspectiva tanto a lei quanto o precedente têm efeito vinculante, portanto, caráter normativo. [30]

Outros autores, como Dierle Nunes e André Frederico Horta também afirmam que antes do atual Código de Processo Civil o que se tinha eram:

[28] LOPES FILHO, Juraci Mourão. Op.cit.

[29] ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In:* Didier Jr., Fredie. Precedentes. Bahia: JusPodivm, 2016.

[30] ZANETI JR, Hermes. Op.cit.,

> [...]reformas processuais (já mencionadas[31]) que visam, sob a justificativa da razoável duração do processo, à padronização decisória em prol da celeridade processual, da sumarização da cognição e do reforço da jurisdição, com a instauração de "uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, ainda que isso "ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos 'resolvidos'"[32].

Por fim, os mencionados autores afirmam que o Novo Código surge com vista ao aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes. Contudo, ressaltam que caso essa nova lei não seja interpretada de acordo com os princípios previstos na própria lei, bem com a teoria normativa da cooperação, ter-se-á, apenas, a reprodução do antigo modelo:

> Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da coparticipação, corre-se o risco de manter-se o "velho" julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo universal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especial se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conforme em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas. [33]

Logo, superados estão os antigos modelos de precedentes até então utilizados, de modo que a conduta a ser adotada, nessa nova perspectiva, por todos os

[31] Enunciados de súmulas, súmulas vinculantes, julgamento liminar de demandas repetitivas e julgamento de recursos excepcionais por amostragem.

[32] NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

[33] NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

envolvidos na prestação jurisdicional, suscita o entendimento de que deve coadunar-se com os princípios e previsões dessa nova legislação.

Ou seja, para esses autores todos os envolvidos na prestação jurisdicional devem atuar partindo da premissa de que os precedentes são vinculantes. Isso, pois, conforme evidenciado, para eles, tal questão está superada. Não há dúvidas de que os precedentes, após o CPC 2015, são vinculantes.

Todavia, esse entendimento não é absoluto. A questão correlacionada à vinculação dos precedentes no atual Código Processo Civil exige a análise dos argumentos de parte de Doutrina que diverge do entendimento até então evidenciado.

Quanto a esse aspecto, faz-se mister expor o posicionamento dos professores Cássio Scarpinella Bueno e Nelson Nery Jr.

Para Nelson Nery Jr, a expressão efeito vinculante deve vir entre aspas, pois "o que ocorreu, por meio das últimas alterações de peso impostas ao CPC/1973, reforçadas pelo atual CPC, foi a criação de um "precedente à brasileira" [34].

Para esse auto, não há que se falar em efeito vinculante diante da ausência de fundamento constitucional, umas vez que os únicos instrumentos que têm efeito vinculante, de acordo com a Constituição Federal, decorrem do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, respectivamente, previstos nos artigos 102 § 2.º [35]e 103-A [36]da Constituição Federal.

[34] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao *código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

[35] Art. 102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração

Nesse prisma, das hipóteses previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, apenas as mencionadas nos dois primeiros incisos teriam, de fato e à luz da Constituição Federal, efeito vinculante. Nos demais incisos (art. 927, III a IV), o juiz deve "aplicar livremente os preceitos abstratos e gerais (leis, *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo proveniente do tribunal." [37]

Nesse sentido:

> Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição. [...}
>
> Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção[38]

---

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abril 2019.

[36] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abril 2019

[37] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit.

[38] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit.

Portanto, Nery Jr. defende a inconstitucionalidade do efeito vinculante no tocante às demais hipóteses previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, pois, para ele, essa questão precisa estar legalmente prevista na Constituição e como essa não foi alterada, não é possível afirmar a legitimidade desse instituto.

Ademais, o Código de Processo Civil não teria autoridade normativa para prever vinculação de decisões judiciais, mesmo porque isso "quebraria" a distribuição harmônica de função entre os poderes, vez que tal conduta nada mais é do que o judiciário legislando, por meio do processo, sua ferramenta, conforme se aduz de:

> À exceção das hipóteses enunciadas no CPC 927 I e II, os demais casos arrolados no dispositivo comentado (CPC 927 III a V) não podem vincular tribunal ou juiz, por lhes faltar autorização constitucional para tanto, isto é, por não haver prévia e imprescindível previsão constitucional autorizando a vinculação fora dos casos da CF 103-A (súmula vinculante do STF) e 102 § 2.º (sentença de mérito transitada em julgado proferida pelo STF em ADIn e ADC). O legislador ordinário – do CPC – não tem competência para conceder ao Poder Judiciário delegação para legislar.[39]

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno:

> Saber se o CPC de 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada. Sim, porque sou daqueles que entendem que decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional.[40]

[39] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit

[40] BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

Scarpinella corrobora com o entendimento de Nelson Nery Jr, no sentido que, embora os objetivos do Código de Processo Civil, ao preverem o efeito vinculante, sejam nobres, esses devem respeitar os limites constitucionais:

> Previsibilidade, isonomia e segurança jurídica – valores tão caros a quaisquer ordens jurídicas estáveis, como é o caso da brasileira, pouco importando de onde elas nasceram e se desenvolveram – devem ser metas a serem atingidas, inclusive pela atuação jurisdicional. No entanto, faço questão de frisar, há limites para o legislador infraconstitucional alcançar aquele desiderato[41]

Em entrevista ao TV Migalhas, Nelson Nery Jr, [42]afirma que "o precedente como fora criado no Brasil é uma verdadeira jabuticaba, algo que só existe aqui". Ademais, reitera que em nenhum outro lugar do mundo a decisão judicial é vinculante e o Judiciário é criador de leis, concluindo que o precedente como fora instituído aqui é, na verdade, uma lei à qual o Judiciário submete todos os jurisdicionados.

Não obstante reiterar a inconstitucionalidade do efeito vinculante, ao final, o jurista ressalta que o Código de Processo Civil criou instrumentos de uniformização da jurisprudência, os quais são muito bem-vindos no que tange ao objetivo de fazer com que a jurisprudências dos tribunais sejam íntegras, coerentes e estáveis, ou seja, são instrumentos de uniformização e estabilização da jurisprudência.

É com essas considerações que se chega à conclusão também desse tópico, pois, em que pesem as reflexões quanto à inconstitucionalidade do efeito vinculante serem de fundamental importância para a análise do caso a ser estudado a seguir,

---

[41] BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit.

[42] NERY JR, Nelson. [Especialistas criticam efeito vinculante de precedentes judiciais] Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes>.

justamente para que se possa formar um juízo crítico acerca desse posicionamento, este estudo não pretende se aprofundar, tampouco esgotar tal tema.

Ao contrário, o estudo do Tema Repetitivo 988 será feito à luz do entendimento atual adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, dos precedentes com força vinculante.

1.5 DA NECESSIDADE DO EFEITO VINCULANTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

O instrumento do Recurso Especial Repetitivo surgiu com a Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, a qual acresceu à Lei nº 5.869/73, antigo Código de Processo Civil, o artigo 543-C que estabelecia o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O atual Código de Processo Civil, por sua vez, disciplinou o tema nos artigos 1.036 a 1.041.

Antes da incorporação desse recurso ao ordenamento Jurídico, os dispositivos do direito brasileiro que mais se aproximam do sistema de precedentes do direito inglês eram a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição de 1988, e o efeito vinculante atribuído às ações direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade.[43]

Todavia, entende-se que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo, por tudo ora abordado e, a partir da ótica do Superior Tribunal Justiça, também se aproxima do sistema de precedentes do direito inglês, uma vez que tem, assim como

[43] NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 05.

os demais instrumentos processuais previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, efeito vinculante.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr afirma: "o julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que têm natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios."[44] Eis a dupla função dos julgamentos repetitivos.

Quanto a esse Recurso, Henri Matarasso Filho e Theotônio Negrão Neto, ao analisarem a sua influência na vida dos jurisdicionados, afirmam que o julgados submetidos a esse procedimento significarão a interpretação consolidada do Poder Judiciário sobre determinado tema, bem como asseveram que a aplicação isonômica da decisão em sede de Repetitivo a todos os casos que versem sobre igual controvérsia ocasionará a estabilidade da jurisprudência. [45]

De fato, esses são os objetivos desse instituto, contudo, para compreendê-lo melhor faz-se necessária uma breve análise sobre o histórico e procedimento do Recurso Repetitivo.

Inicialmente, há que se ressaltar, conforme Fredie Didier, que diversos fatores contribuem para o aumento constante dos litígios, "tais como a ampliação dos meios de comunicação social, o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta de novos produtos,

[44] DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

[45] MATARASSO FILHO, Henri; NEGRÃO NETO, Theotônio. Recursos Repetitivos no STJ e no STF: influência (mais do que jurídica) em nossas vidas. IDP. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=501>. Acesso em: 20 fev 2019.

aumentando as necessidades do consumo humano, a fúria legislativa, entre outros". [46]

Dessa forma, partindo da premissa de que o fato que enseja uma pessoa a buscar o poder Judiciário, em muitos casos, não se limita a essa única pessoa, de modo que outras tantas também o farão, bem como do fato de que as ações coletivas são insuficientes para resolver, com eficiência e de maneira definitiva as questões de massa, fez-se necessária, a fim de assegurar a razoável duração do processo e o princípio da isonomia, a criação de uma técnica de julgamento por amostragem.

Para compreender a necessidade do precedente obrigatório, inicialmente, consoante afirmam Gláucio Maciel-Gonçalves e Maria Isabel Amato Felippe da Silva, deve-se compreender que a sistemática do Recurso Especial Repetitivo está calcada no princípio constitucional descrito no artigo 5º, LXXVIII[47]da Carta Magna, qual seja, princípio da Razoável Duração do Processo.[48]

Esse princípio também encontra respaldo no artigo 4º do Código de Processo Civil: "as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa." [49]

---

[46] DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

[47] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018..

[48] GONÇALVES, G.;SILVA, M.. *Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do superior tribunal de justiça pelos tribunais de origem.* Revista da Faculdade de Direito,2012.

[49] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Não obstante, também, deve-se considerar que conferir entendimentos jurisprudenciais distintos ao mesmo caso concreto afronta o princípio da segurança jurídica, direito fundamental consubstanciado no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal[50]: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Assim, o objetivo dessa técnica de julgamento em massa de recursos especiais, fundados em questão idêntica de direito, consiste na consolidação desses princípios por meio da diminuição da sobrecarga da Corte Superior, decorrente, majoritariamente, da apreciação reiterada de recursos versando sobre a mesma matéria jurídica.

Em suma, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo há o encaminhamento, pelo presidente ou vice-presidente dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, de dois os mais recursos representativos da controvérsia, dentre recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1.036 do CPC. [51]

O Relator no Tribunal superior também poderá escolher dois recursos representativos de controvérsia, independe da iniciativa do presidente ou vice do tribunal de origem, bem como não fica vinculado aos processos por eles indicados.

[50] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abril 2018

[51] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Os demais processos que versem sobre a mesma matéria ficam sobrestados até o julgamento do "Caso Piloto". [52]

Após o julgamento do recurso paradigma, os processos suspensos são devolvidos aos órgãos julgadores para julgá-los em conformidade com o decidido. Os processos que já foram julgados, se estiverem em divergência com a decisão do STJ, serão reexaminados. Já os Recursos Especiais interpostos em face de decisões que exprimam o entendimento do STJ, terão seu segmento negado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal de Origem, nos termos do artigo 1.040 do CPC. [53]

Feitas essas breves considerações, passa-se à análise do caso concreto.

2 DA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO À LUZ DE CASOS CONCRETOS: RECURSO ESPECIAL Nº1.696.396/MT E RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT – TEMA REPETITIVO Nº 988

A questão submetida a julgamento nos Recurso Especial nº1.696.396/MT e Recurso Especial 1.704.520/MT, tema repetitivo nº 988, versa sobrea natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015.

Os mencionados recursos objetivam analisar se o rol de decisões interlocutórias passíveis de Agravo de Instrumento é taxativo, exemplificativo ou taxativo com interpretação extensiva, a fim de verificar a possibilidade de se admitir

[52] Expressão utilizada por Fredie Didier: No sistema brasileiro, os recursos especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados como causa-piloto. Escolhem-se uns recursos para exame e julgamento (art. 1.036, CPC). Os recursos afetados para análise devem ser julgados no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais, ressalvado o habeas corpus (art. 1.037, § 4°, CPC). Julgados os recursos paradigmas, decidem-se as causas neles contidas (causas-piloto) e, ao mesmo tempo, fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados. Forma-se, além disso, um precedente obrigatório a ser seguido pelos juizos e tribunais em casos que contenham a mesma questão repetitiva, de direito processual ou de direito material. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

[53] GONÇALVES, G.;SILVA, M..Op.cit.

a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

O dispositivo objeto de análise dos mencionados Recursos se encontra assim redigido:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.[54]

[54] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Insta salientar que a dúvida no tocante à possibilidade ou não de interpor Agravo de Instrumento para além das hipóteses previstas no rol do artigo 1.015 do CPC cinge-se ao processo de conhecimento, posto que o parágrafo único de mesmo dispositivo permite a interposição desse recurso para toda e qualquer decisão interlocutória proferida na fase executória e no processo de inventário. [55]

A questão sobre a taxatividade do artigo 1.015 é, de fato, bem polêmica, especialmente porque não se trata de omissão por parte do legislador. Ao contrário, o Código de Processo Civil previu exatamente as hipóteses em que esse Recurso era cabível, assim como também, claramente, previu qual seria a solução nas hipóteses que esse não fosse.

Antes de o STJ analisar o tema, quando não houvesse expressa previsão no Código de Processo Civil acerca da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento em face de uma decisão Interlocutórias, essa seria recorrível tão somente em sede de preliminar de Recurso de Apelação ou contrarrazões, nos termos do artigo 1.009, §1º do mesmo dispositivo:

> 1.009,§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. [56]

---

[55] Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

[56] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

Aliás, esse era o entendimento, até então majoritário na doutrina. Nesse sentido, Nelson Nery Jr, Araken de Assis, Eduardo Talamini asseveram, respectivamente:

> O atual CPC agora pretende manter a regra do agravo retido sob outra roupagem, a da preliminar de apelação. Porém, a regra não mais se pauta pelo caráter de urgência e de prejuízo que o não julgamento imediato da interlocutória possa ter, como ocorria no CPC/1973, mas sim por uma seleção de onze situações que parecem ser, ao legislador, as únicas nas quais se pode ter prejuízo ao devido andamento do processo caso não apreciadas de imediato em segundo grau de jurisdição.[57]
>
> Em tese, considerando suas origens e vocação, o agravo de instrumento cabe das decisões interlocutórias, consoante reza o art. 1.015, *caput*, e visando a limitá-lo, às decisões enumeradas nos incisos da regra.[58]
>
> As interlocutórias passíveis de agravo de instrumento deverão ser impugnadas por essa via – sob pena, em princípio, de preclusão da questão. Se a parte, em um caso em que caberia o agravo de instrumento, deixar de interpô-lo, não poderá depois discutir a questão por ocasião da apelação. Então, também por isso, cabe adotar-se a compreensão restritiva do elenco de hipóteses de interlocutórias que comportam agravo de instrumento. O discurso da ampliação de tal elenco, se adotado, tende a no futuro gerar armadilhas.[59]
>
> O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. (...) Nada obstante, considerado o direito posto,

[57] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit.

[58] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

[59] **TALAMINI, Eduardo. Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15.** Mgalhas. Brasília, 21 de março de 2016. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+cabimento+no+CPC15>. Acesso em: 19 maio 2019.

> não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código. [60]

Embora parte considerável da doutrina compreenda que o rol do artigo 1.015 do CPC é taxativo e deve ser interpretado restritivamente, há aqueles que divergem dessa opinião. Nesse ponto, há, por exemplo, Fredie Didier e Cassio Scarpinella Bueno, de acordo com os quais o rol seria taxativo, mas comportaria interpretações, e Fernanda Tartucci, segundo a qual o rol seria meramente exemplificativo.

Quanto ao legislador, esse claramente fez uma opção por limitar as decisões agraváveis no Código de Processo Civil. Todavia, como as previsões não exauriram algumas das hipóteses em que o risco de lesão grave e de difícil reparação exigem a interposição imediata de um recurso, a questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Apenas a título exemplificativo, a manifestação do juiz que indefere o pedido de segredo de justiça, a que indefere a produção de prova pericial e a que analisa situações relativas à competência, são decisões interlocutórias que exigem a imediata interposição de Recurso e não estão previstas no artigo 1015.

O Recurso Especial nº1.696.396/MT e Recurso Especial 1.704.520/MT, recursos paradigmas do tema 988, por exemplo, ilustram uma das decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015, a decisão que analisa a competência em razão do lugar.

2.1 DO RECURSO ESPECIAL Nº1.696.396/MT

[60] GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070

Em breve relato, trata-se de Ação de Reintegração de posse, ajuizada por Alberto Zuzzi em face de Ivone da Silva, na qual o autor alega que cedeu, em comodato verbal, um apartamento de sua propriedade à Requerida que, embora regulamente notificada para desocupar o imóvel, se recursara a restituir o bem.

Após a citação, a Requerida arguiu, em preliminar de contestação, impugnação ao valor da causa e a incompetência do juízo, sob a fundamentação de que não competiria à Segunda Vara Cível Especializada em Direito Agrário de Cuiabá julgar tal feito, uma vez que tramitava perante o Juízo da Segunda Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar dessa Comarca uma Ação Anulatória de Contrato, Reconhecimento, Declaração e Dissolução de União Estável cumulada com Divisão de Bens, a qual visava dentre outras coisas, a divisão do imóvel em litígio.....

No entanto, o Nobre Juiz rejeitou, na vigência do CPC/15, a impugnação ao valor da causa que havia sido ofertada pela recorrente na vigência do CPC/73, bem como declinou da competência, atribuindo-a à Vara Especializada de Direito Agrário.

Assim, diante do não acolhimento de suas arguições, a Requerida interpôs Agravo de Instrumento. Entretanto, em sede de decisão monocrática, o Egrégio Tribunal de Justiça não conheceu do Recurso nº. 1001278-46.2017.8.11.000.

Irresignada, a Recorrente interpôs Agravo Interno no Agravo de Instrumento, todavia, sem êxito, vez que fora mantida a decisão unipessoal do relator que não conheceu do Agravo de Instrumento interposto pela Recorrente, ao fundamento de que a decisão que versa sobre o valor da causa ou sobre

incompetência não é agravável, por não estar prevista entre as hipóteses enumeradas no art. 1.015 do CPC/15.

Inconformada, a Requerida interpôs Recurso Especial, alegando violação, por analogia, ao artigo 1.015, II, do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial com acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob o fundamento de que decisões que versam sobre competência e valor da causa são prejudiciais de mérito e, portanto, agraváveis, frisa-se, por analogia, ao mencionado inciso.

Ademais, argumenta a impossibilidade de questionar essas matérias em preliminar de apelação em virtude do vício que anularia a decisão do Juízo *a quo*, a competência absoluta, por conexão, da vara de violência doméstica e familiar e reitera que o valor da causa deveria refletir o valor do imóvel, cuja reintegração de posse é requerida.

O presidente do Tribunal de Justiça selecionou o recurso especial como representativo de controvérsia e o encaminhou ao STJ. O Ministério Público Federal manifestou-se desfavoravelmente à afetação dos recursos ao rito dos repetitivos.

Não obstante, a Corte Especial, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos. Todavia, conforme voto inaugurado pelo Ministro Luis Filipe Salomão, optaram pela não suspensão dos Agravos de Instrumento que versem sobre igual controvérsia sob a justificativa de que não haveria prejuízo às partes, uma vez que as decisões não impugnáveis por esse recurso não precluem, sendo possível a impugnação em preliminar de Apelação.

2.2 DO RECURSO ESPECIAL 1.704.520/MT

Trata-se de Ação Ordinária de Rescisão Contratual c/c Indenização por Danos Morais e Materiais com Lucros Cessantes proposta por Quim Comércio de Vestuário Infantil Ltda. – ME, em desfavor de Shirase Franquias e Representações Ltda. com pedido de antecipação de tutela a fim de que a Requerida se abstenha de promover qualquer cobrança em face da Requerente, de seus sócios e fiadores, bem como não inscreva o nome da mesma no cadastro de proteção ao crédito, até o final da demanda.

A Tutela antecipada foi deferida liminarmente. Após a citação da Requerida, essa apresentou contestação com pedido de Reconvenção, bem como opôs Exceção de Incompetência. Essa última, por ser um incidente processual foi processada em autos apertados e, após a sua admissão, determinou-se a suspensão dos autos principais.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido de Exceção de Incompetência, determinando a remessa dos autos à Comarca de Rio do Janeiro- RJ, foro de eleição do contrato, por entender que não se tratava de relação de consumo, não se aplicando, portanto, o foro do domicílio do autor.

Em face da mencionada decisão, o autor interpôs Agravo de Instrumento, o qual não fora conhecido, com posterior interposição de Agravo Interno que, por sua vez, fora desprovido sob a fundamentação de que não é cabível o recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses taxativas previstas nos incisos *I* a *XI*, do art. 1015, do CPC/15, não sendo possível qualquer interpretação extensiva.

A Recorrente interpôs Recurso Especial alegando que as decisões que versam sobre competência são desafiáveis pelo Agravo de Instrumento, por interpretação extensiva ao disposto no art. 1.015, III, do CPC/15, bem como que o exame da

questão somente como preliminar de apelação movimentaria, desnecessariamente, a máquina judiciária.

Desde momento em diante, o deslinde desse processo equiparou-se ao do Recurso Especial nº 1.696.396/MT, com a submissão ao rito dos procedimentos repetitivos após a seleção pelo presidente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso desse recurso como representativo de controvérsia.

2.3 DO TEMA REPETITIVO Nº 988

A partir dos casos concretos mencionados, o STJ, por sua Corte Especial, por maioria dos votos, nos termos do voto da Ministra Relatora, Nancy Andrighi, decidiu pelo conhecimento e provimento dos Recursos, bem como pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Eis a tese fixada: o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de Agravo de Instrumento, quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

O acórdão restou assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015.
>
> IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.
>
> 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza

jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação".

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art.

1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de

taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)[61]

[61] Acompanharam o voto da Sra. Ministra Relatora, Ministra Nancy Andrighi, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves e Raul Araújo e Felix Fischer. Vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin. A Ministra Laurita Vaz presidiu o julgamento.

Atuaram como *amicus curiae:* União, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Defensoria Pública da União – DPU, Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO e Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – CFOAB.

Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, União, Defensoria Pública da União, Ministério Público manifestaram pela possibilidade de interpretação extensiva das hipóteses contidas no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15.

Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou argumentos favoráveis e os contrários à interpretação extensiva das hipóteses de cabimento taxativamente arroladas no rol do art. 1.015 do CPC/15.

Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP apresentou argumentos favoráveis e os contrários à interpretação restritiva, extensiva e analógica das hipóteses de cabimento taxativamente

O placar da votação, sete votos a cinco, com duas abstenções, evidencia que a questão, assim como na doutrina, é divergente. Não obstante, a tese consagrada foi a do voto relator, ao qual faz-se necessário tecer uma breve análise.

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrighi, apresenta, em seu voto relator, um histórico do Agravo de Instrumento desde suas origens com o direito português, perpassando pelos Códigos de Processo de 1939, 1973 e pelos projetos de Lei que antecederam o atual.

Após, discorre sobre as conflitantes posições doutrinárias acerca do tema, as quais, em suma, referem-se à taxatividade absoluta do rol do artigo 1.015 do CPC, a ser interpretado restritivamente; a taxatividade que comporta interpretações extensivas ou analógicas e ao rol meramente exemplificativo.

Posteriormente às considerações inicias, a Ministra afirma que o direito processual deve ser interpretado à luz do direito constitucional, assim como o fez o legislador no Capítulo I do Título Único do Livro I do Código de Processo Civil, bem como assegura a intenção do legislador em restringir a utilização do recurso de Agravo de Instrumento, afirmando a inafastabilidade dessa conclusão.

Não obstante, a opção do legislador é, conforme mencionado pela Ministra, alvo das mesmas críticas do Código de 1939, posto "que o estudo da história do

arroladas no rol do art. 1.015 do CPC/15, bem como os argumentos favoráveis e contrários à interpretação no sentido de que o referido rol é exemplificativo.

Manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB não se manifestou tempestivamente.

Indeferido o pedido de *amicus curiae* da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO – CNSEG e da RBO Energia S/A, Santa Helena Energia S/A e Jambo Energia S/A

Indeferido o pedido de assistência simples ao Recorrente do RBO ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SANTA HELENA ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e JAMBO ENERGIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

direito também revela que um rol que pretende ser taxativo raramente enuncia todas as hipóteses vinculadas a sua razão de existir, pois a realidade normalmente supera a ficção."[62]

Afirmando a opção do legislador em consagrar no rol do artigo 1.015 do CPC, todas a situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação, a título ilustrativo, a Ministra menciona as decisões interlocutórias que indeferem o pedido de segredo de justiça, assegurando que, quanto a essas, não há expressa previsão, tampouco, interpretação analógica capaz de abarcar tal hipótese, razão pela qual considera ser "mais adequado reconhecer o cabimento do agravo de instrumento [...] tendo como base as normas fundamentais do próprio CPC/15, especialmente a urgência de reexame da questão sob pena de inutilidade dos atos processuais já praticados."

A conclusão do voto da Ministra e, pois, bem sintetizada neste trecho:

> A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.
>
> Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em

[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

> conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação", nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego.
>
> Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Por fim, a Ministra menciona a necessidade de criação de uma regra de transição que module os efeitos da tese jurídica fixada, sugerindo a aplicação da tese somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão que a fixar, bem como reitera que, caso a tese seja adotada, o Agravo de Instrumento será mais eficiente que o Mandado de Segurança para solucionar as questões urgentes não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC, proferindo, ao final, o seu voto para caso concreto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Especial e determinar ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso que, observado o preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso, conheça e dê regular prosseguimento ao Agravo de Instrumento exclusivamente no que concerne à competência.

2.4 DAS SESSÕES DE JULGAMENTO: DEBATES E ANÁLISES

É evidente que a leitura dos votos e do acórdão constantes nos autos dos mencionados processos permitirá à parte interessada no assunto, uma boa noção do posicionamento de cada um dos Ministros que compõe a Corte Especial do STJ.

Entretanto, em virtude da complexidade dos casos e do quantitativo absurdo de processos que são julgados em uma única sessão, os Magistrados costumeiramente comparecem à Corte com os seus votos previamente elaborados.

Assim, por óbvio, parte considerável dos calorosos debates e das manifestações proferidas durante a sessão não são devidamente descritas para os registros. Tal fato deve-se, como mencionado, tanto à elaboração prévia dos votos, quanto à inconveniência de alguns registros.

Por essas razões, passa-se, a partir de agora a descrever os acontecimentos registrados nas sessões de julgamento do Tema 988, bem como a tecer algumas considerações embasadas nesses registros.

Na primeira sessão de julgamento do Recurso Especial nº 1.696.396/MT e do Recurso Especial n º1.704.520/MT, após as sustentações orais, a ministra Nancy Andrighi, relatora, em suma, manifestou-se pela mitigação da taxatividade do rol de hipóteses previstas no CPC, pois, conforme consta em seu voto, o Recurso de Agravo de Instrumento é sempre cabível para "situações que realmente não podem aguardar rediscussão futura em eventual apelação."

Dessa forma, a Ministra sugeriu que a tese a ser fixada em sede de Recurso Especial Repetitivo e, por conseguinte, a ser aplicada em todos os casos que versem sobre igual controvérsia, seja condicionada a uma análise subjetiva do magistrado, a quem competiria analisar e verificar a urgência em cada caso.

Em seguida, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura pediu vista antecipada.

Em sessão subsequente, a M. Maria Thereza pediu *vênia* para divergir e afirmou que a análise subjetiva do magistrado é incompatível com a fixação de uma tese em sede de Recurso Especial Repetitivo.

De acordo com a Ministra Maria Thereza, o Código de Processo Civil optou por elencar as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias. Dessa forma, trata-se de rol taxativo, uma vez que o texto do artigo não traz expressões indicativas de exemplos, como "entre outros", "etc.", "por exemplo" e "tais como".

Esse rol deveria, em tese, abranger todos os casos em que há necessidade de julgamento imediato da controvérsia. Entretanto, a prática jurídica evidencia que o rol do artigo 1.015 do CPC não abarca algumas hipóteses em que há urgência no julgamento.

Houve, portanto, na visão da Ministra, falha do legislador ao deixar de prever todas as hipóteses necessárias. Tal falha, no entanto, não tem o condão de alterar a natureza do referido rol, afirmou. Por conseguinte, ressaltou o seu entendimento no sentido de que a comissão foi explícita ao manter o rol taxativo e que, caso o legislador pretendesse que fossem cabíveis outras opções, as teria incluído no rol do artigo.

Segundo a Ministra Maria Thereza, a admissibilidade de interpretação extensiva do rol de cabimento do Agravo de Instrumento ou a utilização do critério de urgência para admiti-lo, como sugeriu a Ministra relatora, poderiam gerar inúmeras inseguranças jurídicas.

Isso, pois, admitir um critério de urgência implicaria uma análise/interpretação subjetiva do magistrado, pois cada juiz teria que analisar, de acordo com as especificidades do caso concreto, se há ou não urgência ensejadora do cabimento de Agravo de Instrumento.

Complementou, e essa parte de sua exposição de motivos muito interessa para o presente trabalho, afirmando que a fixação de tese aberta que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado não só iria contrariar o objetivo do legislador que procurou definir claramente as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, como também, contrariará os objetivos almejados com o Recurso Repetitivo, uma vez que esse instituto almeja a criação de uma tese que será aplicada a todos os demais casos que versem sobre igual controvérsia, portanto, incompatível com uma análise subjetiva.

A Ministra Maria Thereza afirmou, ainda, que a tese proposta pela Ministra Nancy Andrighi pode causar efeito reverso, pois os advogados sempre poderão interpor Agravo de Instrumento alegando situação de urgência. Ou ainda, sempre irão interpô-lo com receio de que o Tribunal entenda que o direito de impugnar a decisão em sede de preliminar de apelação está precluso, pois o recurso cabível seria o do Agravo de Instrumento.

E, caso isso ocorresse, o julgamento do repetitivo não cumpriria sua função.

Ademais, segundo a ministra, ainda que se faça necessária a flexibilização das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento diante das diversas situações fáticas, a realização de tal interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça seria caso de substituição do legislador, o que não pode ocorrer. Dessa forma, sugeriu, caso o STJ entenda pelo cabimento da interposição do Agravo de Instrumento em outras hipóteses, esse deverá elaborar um projeto de lei com vistas a alteração ao atual Código de Processo Civil.

Por fim, a ministra afirmou que o acolhimento da tese sugerida pela Ministra Nancy Andrighi não atende à finalidade dos Recursos Repetitivos, que seria a de

fixação de tese jurídica única. Assim, propôs a fixação da seguinte tese: "Somente tem cabimento o agravo de instrumento nas hipóteses do art. 1015.", divergindo do voto proferido pela ministra Nancy.

A questão suscitada pela Ministra Maria Thereza, evidencia a importância do instituto do Recurso Especial Repetitivo, bem como realça a serenidade com que cada caso submetido aos repetitivos deve ser analisado, uma vez que suas consequências podem ter magnitudes imensuráveis.

O Ministro João Otávio Noronha, após pedido de vista, iniciou com breve relato dos atos processuais e dos votos anteriormente proferidos. Em seguida, afirmou que concorda com a fundamentação exposta pela Ministra Maria Thereza, ressaltando que o legislador ao estabelecer um rol de hipótese de cabimento do Agravo de Instrumento, o fez taxativamente.

Ressaltou que a Ministra Maria Thereza apontou alguns argumentos que o sensibilizaram como o fato de que não foram suprimidas as hipóteses de recorribilidade das demais decisões. Ao contrário, houve apenas a consolidação, como já ocorreu em países desenvolvidos, da regra de que a decisão interlocutória é irrecorrível. No Brasil, essa também passou a ser a regra, com a exceção das hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Ao fim, afirmou que a conclusão que lhe parece mais razoável é a de que o legislador almejou um rol taxativo, ainda que esse comporte inúmeras críticas. Todavia, não é dado ao intérprete estender as hipóteses de cabimento do recurso quando o legislador objetivou reduzi-las, ainda que a hipótese escolhida pelo legislador mereça críticas.

O Ministro Noronha reiterou que a ideia de conferir celeridade processual à fase de conhecimento é clara e que as demais questões serão analisadas em momento posterior, no recurso de Apelação. Citou, ainda, o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier, pois de acordo com esse doutrinador, as interlocutórias passíveis de Agravo de Instrumento deverão ser impugnáveis por essa via, sob pena, em princípio, de preclusão.

Por fim, afirmou que somente a lei pode criar recursos, de forma que somente são recorríveis, pelo recurso Agravo de Instrumento, de acordo com o princípio da legalidade estrita, as decisões mencionadas no rol do artigo 1.015 do CPC.

Nesse mesmo sentido, votou o Ministro Humberto Martins.

O Ministro Salomão solicitou a palavra para alertar sobre algumas questões. Alegou que são inúmeras as situações em que aguardar poderá causar inúmeros prejuízos às partes e que isso implicaria, indubitavelmente, ressuscitar o Mandado de Segurança.

O Ministro presidente pediu *vênia* para afirmar que Mandado de Segurança é "coisa do passado" e que não caberia aos Magistrados posteriormente reclamar do excesso de recursos quando eles ampliam o rol de hipóteses de cabimento desses. Acrescentou que o rol taxativo não causa prejuízo, uma vez que em hipótese de urgência caberá a figura da cautelar.

Ao final, afirmou que o legislador apenas aplicou o que, há tempos, já se aplica em países desenvolvidos. Após essa afirmação, foi interrompido pela Ministra Nancy que se posicionou no sentido de não ser oportuno citar outros países que têm um Poder Judiciário tão diverso do brasileiro.

O voto mais polêmico foi o do Ministro Napoleão Nunes, pois, segundo ele, não há dúvida quando da análise da lei e do princípio da estrita legalidade de que o rol é taxativo. Todavia, questionou se a lei sempre responde corretamente às necessidades das partes.

Ao final, concluiu afirmando que, nesse caso, acredita que o Ministro Noronha está fascinado pela estrita legalidade e pediu *vênia* para acompanhar a Ministra relatora, afirmando que o período tirânico do legislador terminou e que agora é o momento de afirmação da justiça, bem como que, diante de um conflito entre o legislador e juiz, melhor seria adotar ao posicionamento do juiz.

A análise de alguns desses votos, especialmente da Ministra Maria Thereza e do Ministro Noronha contemplam duas questões importantes acerca do Recurso Especial Repetitivo.

A primeira delas refere-se à objetividade da tese aplicada aos Recursos Especiais Repetitivos e a segunda, ao "poder" conferido aos Ministros do STJ ao proferir tais tese, pois, como mencionado pelo próprio Ministro Noronha, tal competência poderia inclusive permitir uma sobreposição desses entendimentos à lei, e não apenas modulá-la.

Nessa mesma sessão, os Ministros Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão e Felix Fisher votaram acompanhando o voto da relatora. Ao passo que o Ministro Og Fernandes pediu vista.

Na última sessão de julgamento sobre tema 988, o Ministro Og Fernandes iniciou seu voto informando que o tema é um dois mais polêmicos do Código de Processo Civil e que desde a tramitação do projeto de lei, várias foram as tentativas de ampliação e redução desse dispositivo.

Quanto à tese sugerida pela Ministra relatora, a qual até o momento constava com cinco votos, o Ministro informou que a tese da urgência sequer foi ventilada pelo legislador, consistindo em ampliação do rol para além das sugestões da doutrina que propunha sua interpretação extensiva. De tal modo que, caso essa seja acolhida, estaríamos retornando ao regime semelhante ao do CPC de 1973 no qual a urgência decorrente da decisão interlocutória definia se o caso era de interposição do Agravo de Instrumento ou de Agravo retido, o qual, de todo modo, era apreciado apenas quando do julgamento do Recurso de Apelação.

Asseverou que os Ministros não poderiam julgar de acordo com o sistema que acreditam ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo poder legislativo, pois caso o Poder Judiciário ignore o rol do artigo 1.015 e eleja a urgência como critério de cabimento, estará, na verdade, deixando de aplicar o mencionado artigo sem, no entanto, declará-lo inconstitucional.

Acrescentou que, caso a prática demonstre que o sistema eleito pelo legislador é insatisfatório, caberá aos representantes do povo, no Poder Legislativo, propor a modificação do sistema. "Não é papel do judiciário substituir o Legislativo."

No tocante à preclusão na interpretação extensiva, a relatora, Ministra Nancy Andrighi afirma, em seu voto, que caso se adote a interpretação extensiva, não se verificará a problemática da preclusão. No entanto, o Ministro Og Fernandes acredita que essa tese apresenta um problema fundamental e inescapável, qual seja: todo o regime de preclusão das interlocutórias, caso adotada essa proposta, ficará ao inteiro arbítrio da parte.

A fim de declarar que isto não poderia ocorrer, ilustrou duas situações, a primeira sobre decisão que indefere pedido de decretação de segredo de justiça e a

segunda sobre decisão que define a competência do feito. E destacou que de acordo com o voto relator, se houver a dupla conformidade, da parte e do tribunal quanto à necessidade de urgência, o recurso cabível será o Agravo de Instrumento, sem que se configure a preclusão, posto a interposição do Recurso no momento adequado.

Entretanto, indagou o Ministro, caso a parte entenda por não agravar a decisão e depois, o Tribunal, ao analisar a questão em preliminar de Recurso de Apelação ou em contrarrazões entenda que se trata de questão urgente, poderá o Tribunal decretar a preclusão do feito?

Caso a resposta seja positiva, a tese proposta pela relatora, na visão do Ministro Og Fernandes, surtirá um efeito perverso, qual seja: a de que os advogados sempre irão interpor Agravo de Instrumento de todas as decisões interlocutórias a pretexto de que se trata de situação de urgência sob pena de preclusão.

Assim, cada Tribunal decidirá conforme a sua convicção acerca da existência ou não urgência, ou seja, o repetitivo não cumprirá sua função paradigmática.

O Ministro também acrescentou que o conceito de urgência é extremamente aberto, de modo que não se configura um pilar sólido para um sistema recursal. Concluindo que além de ser um sistema que gerará insegurança jurídica, não é sistema previsto no Código de Processo Civil.

Quanto ao uso do Mandado de Segurança nos casos das decisões interlocutórias não previstas no artigo 1.015 do CPC, o Ministro informou que concorda com as desvantagens apontadas no voto da relatora, mas não com a conclusão. Isso, pois, se de fato, a utilização do mandando se Segurança ao invés do Agravo de Instrumento é desvantajosa, o que os Tribunais devem fazer é restringir a

admissibilidade do Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial e não permitir o cabimento do Agravo de Instrumento sem previsão.

Por fim, o Ministro destacou que nas exposições de Motivos do atual Código de Processo o legislador ressalta o quanto os Agravos de Instrumentos retardavam o andamento processual e concluiu que o que consta no Código não consta por acaso.

O Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou a divergência apresentada. Os Ministros Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanharam a relatora. Esse último afirmou que a celeridade processual não pode ser obtida com violação ao devido processo legal e acrescentou que a taxatividade da norma exclui o debate de questões essenciais ao próprio andamento do processo. No entanto, sugeriu a substituição da expressão "inutilidade do julgamento" da questão na apelação por urgência em razão de grave prejuízo à parte agravante ou a marcha processual.

Eis alguns pontos das sessões que cabiam relatar. Pontos esses que, decisivamente, enriquecem o debate sobre a questão. Não há dúvida de que boa parte dos argumentos mencionados também consta dos votos dos Ministros, contudo, nem todos.

Há que se ressaltar, ademais, que não houve a priorização pela exposição dos argumentos apresentados pela divergência. Ao contrário, esses foram mais aparentes nas sessões em virtude da conduta adotada pelos Ministros que votaram com a relatora, uma vez que parte considerável deles se limitou a afirmar que acompanhariam o seu voto.

A análise dos votos publicados dos Ministros será melhor analisada nas conclusões desse processo, a seguir.

3 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de iniciar as considerações finais deste trabalho, faz-se importante relembrar que este, em momento algum, objetivou esgotar os temas aqui tratados, pois, conforme mencionado, algumas das questões, além de extremamente complexas, estão relacionadas a outros diversos temas que não foram aqui analisados.

O resultado desejado com o presente estudo consiste em permitir reflexões sobre o efeito vinculante no Recurso Especial Repetitivo à luz de um caso paradigma, o Tema Repetitivo 988.

Inicialmente, pretendeu-se demonstrar que o que se busca por meio do Recurso Especial Repetitivo é, na verdade, algo há anos almejado pelo Poder Judiciário, algo que, conforme, evidenciado, tem-se tentando concretizar por intermédio de diversos instrumentos e condutas processuais, dentre as quais se citou a criação do Superior Tribunal de Justiça, a Emenda Constitucional nº 45 que institui as súmulas vinculantes, os requisitos de admissibilidade dos recursos, o incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outros tantos.

O que se busca por meio do Recurso Especial Repetitivo é, sem maiores delongas, a concretização dos Princípios Constitucionais que norteiam a atuação do Poder Judiciário, em especial os princípios da razoável duração do processo, da isonomia e do acesso à justiça.

A fim de concretizar esses princípios, demonstrou-se, após um breve histórico entre os sistemas da *Common Law* e *Civil Law,* a necessidade, conforme

afirma a advogada a Ana Carolina Oliveira,[63] de se importar para o ordenamento Jurídico brasileiro, essencialmente baseado na *Civil Law,* técnicas bem-sucedidas do sistema da *Common Law.*

A partir da adoção dessas técnicas, o precedente passar a ser, assim como a lei, fonte do direito brasileiro.

A questão, no entanto, cinge-se em saber se, à luz do atual Código de Processo Civil, esse precedente tem efeito vinculante ou meramente persuasivo, de modo que, após a leitura de alguns dispositivos, facilmente se verifica que são precedentes com efeito vinculante.

Consentâneo ponderado ao longo do texto, o Tema 988 foi analisado a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do precedente, qual seja, de que esse tem efeito vinculante. Entretanto, em virtude do posicionamento divergente de parte da doutrina, de modo especial, Cássio Scarpinella Bueno e Nelson Nery Jr., faz-se mister traçar algumas considerações.

Inicialmente, não há como ignorar a incongruência consistente no fato de que antes do atual Código de Processo Civil, todas as vezes que o legislador pretendeu atribuir efeito vinculante à alguma decisão ou enunciado, esse o fez, consagrando tal efeito na Carta Magna. E, após a publicação desse dispositivo, o feito vinculante é simplesmente aplicado, sem qualquer previsão constitucional.

Por outro lado, no entanto, não compreender os precedentes como vinculantes implicaria ignorar toda a lógica na qual atual Código de Processo Civil está baseado, lógica essa embasada nos princípios citados na parte inicial dessa compilação sistemática.

[63] OLIVEIRA, Ana Carolina. Op.cit.

Ademais, tal conclusão aludiria desconsiderar toda a realidade estruturada a partir do novo Código, ou seja, desconsiderar a forma como os juízes Tribunais e se organizaram para compatibilizar sua atuação com as novas previsões desse regulamento.

Assim, a solução não parece estar associada à desconsideração do precedente como vinculante. Mas sim, a uma proposta de Emenda Constitucional com vistas a consagrar expressamente que os demais incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil também têm efeito vinculante.

Quanto a esse fato Nelson Nery Jr já se manifestou no sentido de que os magistrados não irão questionar essa irregularidade [64]e, de fato, não irão, posto que já aplicam o efeito vinculante há quase quatro anos.

No entanto, ainda que os magistrados não o façam, cabe aos operadores do direito, aos doutrinadores, à Ordem dos Advogados e a todos os demais interessados uma conduta proativa com vistas a mobilizar aqueles que, a teor do artigo 60 da Constituição Federal,[65]têm competência para propor Emendas Constitucionais.

Assim, caso seja aprovada uma proposta de Emenda à Constituição aspirando à vinculação dos efeitos das decisões mencionadas no artigo 927 do Código de Processo Civil, assim como está previsto para as súmulas vinculantes e para o

[64] NERY JR, Nelson. [Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência] Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso em: 24 abril 2019.

[65] Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 abril 2019.

controle de constitucionalidade, a questão quanto a inconstitucionalidade desse efeito estará superada.

Já no tocante à afirmação de que ao preferir decisões com efeito vinculante os magistrados estariam por meio do seu instrumento, o processo, legislando, está também não parece ser a compreensão mais adequada, desde que os magistrados atuem nos exatos termos de sua competência, qual seja, de interpretar a legislação.

Contudo, há que se ressaltar que nem sempre, assim como ocorreu no Tema Repetitivo 988, os magistrados respeitam os limites de sua atuação. Assim, as manifestações de Elpídio Donizetti sobre o tema, exprime com exatidão o posicionamento aqui exposto:

> Atualmente, com a evolução do sistema do Common law e principalmente em razão da conveniência de uniformização das decisões judiciais – decisões iguais para casos idênticos –, adotou-se a força normativa dos precedentes. Também com a Civil law esse fenômeno pode ser observado. Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no "Civil law brasileiro" – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo não é o que se verifica. Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas. (Grifo nosso).[66]

Embora o vasto conhecimento e sabedoria dos Nobres Magistrados que atuam na Corte Especial do STJ sejam notórios, ousa-se dizer que o julgamento do

[66] DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>. Acesso em: 13 fev 2019.

Tema Repetitivo 988 enquadra-se perfeitamente na última frase do trecho acima colacionado.

Essa é a conclusão deste trabalho sobre o julgamento que decidiu pela taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, qual seja, a de que os julgadores substituíram o legislador e usurparam da competência que lhes é concedida para interpretar a norma e, em nome princípio da inafastabilidade da jurisdição[67], legislar.

Quanto a essa conclusão, "é importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*." [68] Ou seja, são os fundamentos utilizados para embasar aquela decisão que constituem o precedente. No caso objeto de estudo desse trabalho, são as razões dispostas no voto da Ministra relatora que constituem o precedente e, por conseguinte têm efeito vinculante.

Assim, a análise desses fundamentos, feita a seguir, é indispensável para alcançar a conclusão acima descrita.

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrighi estrutura seu voto a partir de seis conclusões preliminares, quais sejam:

> A controvérsia limita-se, essencialmente, à recorribilidade das interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento

[67] Princípio invocado pela Ministra relatora para justificar a ampliação das hipóteses de cabimento do Recurso Agravo de Instrumento: "O que se quer dizer é que, sob a ótica da utilidade do julgamento do recurso diferido, revela-se inconcebível, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento." Voto Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>

[68] TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

comum e dos procedimentos especiais, exceto o processo de inventário, em virtude do que dispõe o art. 1.015, parágrafo único, do CPC, que prevê ampla recorribilidade das interlocutórias na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/39.

O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal.

Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes decorrente da inutilidade futura da impugnação apenas no recurso de apelação.

O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/73, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal.

Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira "escolha de Sofia".

Se, porventura, o posicionamento desta Corte se firmar no sentido de que também é cabível o agravo de instrumento fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, será preciso promover a modulação dos efeitos da presente decisão ou estabelecer uma regra de transição, a fim de proteger às partes que, confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação restritiva das hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC[69]

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a

Todas essas exposições preliminares são absolutamente plausíveis. No entanto, a conclusão é diversa quanto ao raciocínio desenvolvido a partir delas.

Uma das primeiras deduções feitas pela Ministra é a de que "por se tratar de ramo do direito público, o direito processual deve sempre ser lido e interpretado à luz do texto constitucional[70]". Todavia, essa análise parece um tanto quanto genérica tendo em vista que para fundamentar a decisão foram utilizados os princípios e normas constitucionais que convinham com a solução dada. Não havendo, por exemplo, a ponderação em relação ao Princípio da Separação dos Poderes e da Legalidade.

Quanto à uma análise constitucional, importante mencionar o posicionamento do Ministro Og Fernandes:

> No entanto, não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar. Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015, se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto

urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

> sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.[71] (Grifo nosso).

Ademais, por diversas vezes a relatora afirma que a intenção do legislador foi restringir as hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento. Entretanto, sob a justificativa de que "revela-se inconcebível, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador sejam objeto de imediato enfrentamento," [72]a possibilidade de interposição desse recurso é ampliada significativamente.

Eis então, o verdadeiro problema da decisão prolatada, qual seja, o critério utilizado - a "urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação[73]" - para ampliar o rol das decisões interlocutórias agraváveis.

A Ministra Nancy afirma que esse critério da urgência decorrer, indiretamente, da interpretação dos objetivos do legislador:

> Nesse contexto, e como mencionado anteriormente, houve uma escolha político-legislativa ao limitar o cabimento do agravo de instrumento, adotando-se como critério, para a enunciação abstrata das hipóteses desde logo recorríveis,

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019.p. 03

[72] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 10 mar. 2019.

> aquelas "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação" (Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego). É possível extrair desse critério que o recurso será cabível em situações de urgência, devendo ser este o elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses arroladas no art. 1.015 do CPC[74]. (Grifo nosso)

No entanto, não é esse o posicionamento defendido pelo Ministro Og Fernandes, o qual assevera que o "requisito da urgência sequer foi ventilado pelo legislador, consistindo em ampliação do rol muito além da sugerida até mesmo pela doutrina que propõe a sua interpretação extensiva".

A partir do critério da urgência fixou-se a tese da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. No entanto, a expressão de taxatividade mitigada não é objetiva e, exatamente por isso, poderá, conforme afirmado pela Ministra Maria Thereza "gerar insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão".[75]

[74] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520.Relatório e voto. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF>

[75] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87208185&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019. p.03

Isso, pois, a partir da fixação dessa tese, todos os advogados tentarão enquadrar o seu caso no conceito aberto e abstrato de urgência decorrente da taxatividade mitigada, sob pena de não o fazendo, configurar-se a preclusão. [76]

Insta salientar que a verificação da ocorrência do instituto da preclusão estará condicionada à subjetividade dos Magistrados, uma vez que serão eles que verificarão a existência ou não da urgência capaz de ensejar a interposição do Recurso de Agravo de Instrumento.

Ora, o objetivo do Recurso Especial Repetitivo consiste na elaboração de uma tese única e objetiva, a ser aplicada em todos os casos que versem sobre igual controvérsia e, portanto, totalmente incompatível com uma análise subjetiva dos magistrados.

Pode parecer pueril descrever a tese adotada no tema Repetitivo dessa forma, mas, ao fim, a tese consagrada não foi a de que é possível a interposição do Agravo de Instrumento em determinados casos ou de impossibilidade de interpô-lo em

[76] que indefere o pedido de decretação de segredo de justiça, ou mesmo a decisão que decide sobre a competência para o exame do feito. Qual o regime de preclusão para essas decisões? Ou, indo além, qual o recurso cabível contra tais decisões? Segundo a tese proposta pela Relatora, se houver a dupla conformidade da parte e do tribunal quando à existência da urgência, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e a preclusão não terá ocorrido, diante da interposição do agravo no momento adequado. O problema com essa resposta é o seguinte: caso a parte opte por não agravar, o tribunal não poderá ser chamado a se manifestar e a preclusão não ocorrerá. Mas, pensemos em outra hipótese, em que não haja a interposição do agravo pela parte, e o tribunal entenda, no momento do exame da questão impugnada como preliminar de apelação ou em contrarrazões, que se tratava de questão urgente (a exemplo do pleito de decretação de segredo de justiça ou de decisão sobre a competência). Poderá o tribunal, nesse caso, decidir que a urgência efetivamente existia e que, portanto, a preclusão ocorreu diante da não interposição do agravo? BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1704520. Voto divergente. O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF> Acesso em: 10 mar. 2019. https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89780608&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=3&formato=PDF>

outros. Ao contrário, a tese fixada é a de que a possibilidade ou não de interposição do Recurso de Agravo de Instrumento depende do caso concreto, ou seja, não há uma tese objetiva.

Não é possível, portanto, auferir como a mencionada tese será aplicada de forma isonômica, uma vez que cada Tribunal poderá formular um juízo de valor diferente acerca do conceito de urgência.

Ademais, quanto a alguns dos principais objetivos do Recurso Especial Repetitivo, consistentes na contenção de recurso interpostos e na celeridade processual, o efeito verificado com a tese da taxatividade mitigada será exatamente o oposto, uma vez que, por precaução, os advogados irão interpor dois recursos com um mesmo fim e, por óbvio, a interposição de diversos recursos contraria esses objetivos.

Por tudo ora exposto, tem-se que a resposta dada pelo Poder Judiciário no tema Repetitivo 988 além de ser incompatível com os paradigmas do Recurso Especial Repetitivo é objeto de várias críticas.

Não obstante, a taxatividade prevista pelo legislador, talvez por uma falha deste ou por qualquer outro motivo que não convém analisar neste momento, mostrou-se insuficiente para atender as necessidades dos jurisdicionados.

Qual seria, então, a solução? A solução está na contramão do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que essa jamais ocorrerá por meio da usurpação de competência, aqui evidenciada pela conduta legiferante do Poder Judiciário.

Ao contrário, o enfretamento da questão deve partir daquilo que foi almejado pelo legislador no Código de Processo Civil, a taxatividade. Não obstante, faz-se

necessário dirigir-se ao Poder Legislativo, com vistas a inclusão, frisa-se, pelo legislador originário, de outras hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

Subsidiariamente, uma opção que poderia ter sido adotada pelo Poder Judiciário enquanto o legislador originário não promovesse as devidas alterações, seria a de interpretar analogicamente alguns dispositivos, determinando de forma específica e concreta quando caberia o Agravo de Instrumento.

Dessa forma, o Judiciário estaria exercendo sua atuação dentro dos limites de sua competência que é de interpretar a legislação. Ressalta-se que, nesse caso, o julgador estaria tão somente interpretando a norma de forma extensiva e não criando um novo critério para o cabimento desse recurso que sequer foi mencionado pelo legislador.

Finalmente, pode-se afirmar que os instrumentos previstos no Código de Processo Civil, podem ser de grande valia para aprimorar o Poder Judiciário. Não obstante, o resultado do julgamento do Tema Repetitivo 988 evidencia que casos esses instrumentos sejam utilizados sem o respeito às normas que os estabelecem, as consequências serão nefastas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de.*Manual dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. Formação da jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.*Curso sistematizado de direito processual civil*: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2018.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Salvador: JusPodium, 2016. Disponível em: < http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 29 abril 2018.

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. O Poder Judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle. In: Domínio Público. Fortaleza, mai. 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf>. Acesso em: 13 abr 2019.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. In: Portal de Periódicos – UNIFACS. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>. Acesso em: 13 fev 2019.

FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes no Novo CPC, o dever de integridade e coerência e o livre entendimento do juiz. IDP. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=50>.Aceso em:14 jan 2019.

GONÇALVES, G.;SILVA, M.. Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do superior tribunal de justiça pelos tribunais de origem. Revista da Faculdade de Direito,2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o Novo CPC 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>.

_____. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 53, mar./abr. 2013.

_____.MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Mauro Campbell. Vinte anos do Superior Tribunal de Justiça: o Tribunal da eficiência da cidadania. Revista do Advogado. São Paulo, v. 28, n. 103, p. 86-89, maio/2009.

MATARASSO FILHO, Henri; NEGRÃO NETO, Theotônio. Recursos Repetitivos no STJ e no STF: influência (mais do que jurídica) em nossas vidas. IDP. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/arquivos.html?shop_cat=1_23&shop_detail=501>. Acesso em: 20 fev 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR, Nelson. [Especialistas criticam efeito vinculante de precedentes judiciais] Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267165,31047-TV+Migalhas+Especialistas+criticam+efeito+vinculante+de+precedentes>.

_____. [Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência] Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso em: 24 abril 2019.

_____.Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015,

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* (conforme novo CPC). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Porto Alegre, Volume 12, n. 64, 2015, 109-126, jul-ago 2015.

SANTANA, Gustavo In: LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

SARTURI, Claudia Adriele. A Teoria dos precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília: Publicações da Escola da AGU – volume 9, n 2 (abril 2017)

TALAMINI, Eduardo. Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15. Mgalhas. Brasília, 21 de março de 2016. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+cabimento+no+CPC15>. Acesso em: 19 mai 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011

VAZ, Laurita. Discurso de posse da ministra Laurita Vaz no cargo de presidente do superior tribunal de justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Discurso%20de%20posse%20no%20cargo%20de%20presidente%20do%20STJ.pdf>. Acesso em:19 fev.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). Direito Constitucional: organização dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46048/44206>. Acesso em: 14 jan 2019.

VIEIRA, Luciano José Martins e PINHEIRO, Ivan Antônio. Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário.In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e DANTAS, Bruno.*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____., WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos. Disponível em: <http://egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/9879-9878-1-PB.pdf>. 20 agos. 2018.

_____.. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito:civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p.121-164,

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: Didier Jr., Fredie. Precedentes. Bahia: JusPodivm, 2016

A APLICABILIDADE DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS, COMO MEIO ALTERNATIVO, PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO PODER JUDICIÁRIO DO DISTRITO FEDERAL

Ana Clara Marinho Santos Ribeiro

RESUMO

O presente artigo se propõe a abordar, primeiramente, a garantia constitucional de acesso à justiça, bem como o que representa a sua verdadeira efetividade dentro de um Estado Democrático de Direito. A fim de que seja possível a concretização desse acesso, o Estado desenvolveu ao longo de sua evolução, métodos de solução de conflitos para que os jurisdicionados pudessem resolver suas controvérsias. Em paralelo, a ciência dos relacionamentos evoluiu, e o alemão Bert Hellinger desenvolveu as Constelações familiares, que se baseiam em três leis universais: hierarquia, pertencimento e equilíbrio. No Brasil, o juiz Sami Storch percebeu que a Constelação poderia ser utilizada no âmbito do Poder Judiciário, a fim de que fosse possível reestabelecer o diálogo entre as partes, fazê-las compreender o porquê daquele conflito e, por consequência, firmar um acordo, dando fim ao processo judicial. O sucesso da iniciativa do Dr. Storch logo chamou a atenção de outros estados do Brasil, inclusive do Distrito Federal, que implementou em seu Tribunal de Justiça, o Projeto Constelar e Conciliar, o qual se propõe a sedimentar o uso das Constelações no Judiciário brasiliense. Trata-se, em verdade, de uma nova visão de Justiça no Brasil, cuja postura das partes e de todos os envolvidos no processo é de cooperação e colaboração, deixando de lado a antiga visão de conflito e antagonismo.

Palavras-chave: Constelações. Judiciário. Acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

Há muito se observa que o Poder Judiciário é incapaz de processar e julgar a quantidade de demandas que lhes são ofertadas todos os dias. A crise no Judiciário pode ser vista de vários ângulos, dentre eles o estrutural, representado pela falta de pessoal e material disponível, mas também do ponto de vista paradigmático, isto é, no que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito na resolução das questões que lhes são afetas, e que não se mostram adequados e eficazes para atender às necessidades da sociedade brasileira contemporânea.

A par dessa realidade, o Poder Judiciário vem, aos poucos, caminhando na busca por soluções mais concretas para os conflitos. Isso porque, contempla-se um novo tempo na Justiça do Brasil, com o Código de Processo Civil recém aprovado, com a Lei de Medição e a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que vão ganhando espaço com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Associação de Magistrados Brasileiros. Assim, é preciso trabalhar com um olhar muito mais amplo do que apenas o olhar legalista, e é justamente nesse contexto que surgem as Constelações, como uma forma de facilitação do diálogo entre as partes, com a consequente composição de um acordo.

Tem-se, portanto, que o objetivo deste artigo científico é demonstrar que além das formas tradicionais de resolução de conflitos, a Constelação sistêmica aplicada ao Poder Judiciário do Distrito Feral apresenta-se em perfeita consonância com os novos tempos da Justiça brasileira, e apta a auxiliar na garantia do real acesso à justiça, dando fim ao conflito de maneira célere e efetiva, viabilizando o diálogo entre as partes e buscando a pacificação social.

Para tal fim, este trabalho apresenta-se em quatro segmentos, que constituem o caminho necessário para se compreender desde o princípio, o porquê da

necessidade de serem implementadas maneiras dinâmicas de resolução de controvérsias, até culminar com a aplicação prática das Constelações no Judiciário brasiliense.

Abordar-se-á, primeiro, sobre o direito constitucional de acesso à justiça, demonstrando no que, verdadeiramente, consiste essa garantia. Em seguida, serão explorados outros métodos de solução de conflitos existentes no Direito brasileiro, a fim de oferecer uma perspectiva geral das soluções hodiernamente utilizadas, e que são (ou deveriam ser) os responsáveis pela concretização da referida garantia constitucional.

Posteriormente, será feita uma explanação acerca do instituto das Constelações sistêmicas, segundo seu desenvolvedor Bert Hellinger, necessária para que se compreenda do que se trata essa técnica terapêutica e com base em quais estudos foi desenvolvida. Por fim, o presente artigo demonstrará como as Constelações foram introduzidas no Judiciário brasileiro, e sua consonância com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, bem como de que maneira é aplicada a técnica na resolução dos conflitos no Poder Judiciário do Distrito Federal.

Como processo metodológico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, a fim de conferir melhor embasamento para o presente trabalho, já que, por se tratar de um tema relativamente novo no cenário jurídico brasileiro, as fontes de pesquisa ainda estão sendo produzidas e aperfeiçoadas.

1 O ACESSO À JUSTIÇA

Dentre todos os direitos assegurados aos cidadãos brasileiros, o acesso à justiça figura como um dos principais, na medida em que representa o direito que

possibilita a efetivação e eficácia social de todos os outros, representando, por isso, o alicerce deles[1].

Fazendo uma pequena retomada histórica, é possível constatar que nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, esse direito significava, essencialmente, "o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda"[2]. Já no Brasil do século XXI, com a evolução do conceito, o cerne do acesso à justiça agora

> [...] não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as pessoas, com a salvaguarda da imparcialidade da decisão e da igualdade efetiva das partes[3].

Dessa forma, não mais se deve confundir o acesso à Justiça com acesso ao Judiciário, porquanto a garantia não se restringe a tão somente levar as demandas dos jurisdicionados àquele Poder, mas de realmente incluir aqueles que estão à margem do sistema, e, "sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas"[4].

Verifica-se, pois, que o acesso à justiça vem se adaptando à nova realidade social brasileira, a fim de que seja ofertada aos cidadãos uma prestação jurisdicional eficaz, célere e razoável[5], que tem por objetivo a superação das desigualdades que

[1] FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. Revista JurisFIB, Bauru, v. IV, p. 350-351, dez. 2013.

[2] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 95.

[3] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 95.

[4] AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2009. p. 246. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1321/1309>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[5] GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete. Formas consensuais de solução de conflitos I. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUIS-MA, 26., 2017, São Luís. Anais... São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em:

impedem esse acesso a todos, proporcionando a participação em paridade de armas[6]. Dada a sua importância dentro de um Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça possui *status* constitucional, e materializa-se como cláusula pétrea a constar no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, traduzido no princípio da inafastabilidade da jurisdição[7], segundo o qual: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"[8].

Por seu turno, a legislação infraconstitucional introduziu no sistema jurídico brasileiro, mecanismos para que esse direito fosse concretizado e ampliado. Exemplos disso são: a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96)[9], a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015)[10] e a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça[11].

Nessa toada, o Código de Processo Civil de 2015 veio com a proposta de suprir a ineficiência de um antigo sistema processual que comprometia a efetividade do ordenamento jurídico. O §2º, do art. 3º, do referido diploma, quando enuncia "o

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/i7zsp9j7/47U5pNA0p4WU4M2X.pdf>. Acesso em: 24 set 2018. p. 6.

[6] FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. Revista JurisFIB, Bauru, v. IV, ano IV, p. 350, dez. 2013.

[7] FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. Revista JurisFIB, Bauru, v. IV, p. 351, dez. 2013.

[8] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

[9] BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 23 set 2018.

[10] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispões sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 23 set 2018.

[11] BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 23 set 2018.

Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos[12]", explicita o princípio do fomento, por parte do Estado, da solução dos conflitos por meio da autocomposição[13], isto é, da solução por meio de acordos produzidos pelos próprios litigantes, com ou sem o auxílio de um terceiro.

À vista disso, no regime democrático brasileiro, esse acesso apresenta um importante papel, na medida em que habilita o cidadão a tutelar seus próprios interesses, ao tempo em que possibilita à sociedade, a composição pacífica dos conflitos.

Assim, a realização da justiça se opera tanto pela autotutela (nos limites em que é legalmente permitida), quanto pela autocomposição e pela heterocomposição, já que o acesso à justiça, ou melhor, o acesso à ordem jurídica justa, abarca diversas possibilidades de verificação e realização, o que está de acordo com a realidade multifacetada do sistema jurídico brasileiro[14].

2 OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Estado brasileiro, na medida em que deve promover o acesso à justiça, por expressa previsão constitucional, passa a conferir cada vez mais destaque aos chamados meios alternativos de solução de conflitos, sendo essa a denominação que se dá aos "mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito à

[12] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 set 2018.

[13] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica como política pública para resolução de conflitos. Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, jul./set. 2016.

[14] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 95-96.

margem da via jurisdicional"[15], isto é, sem a necessidade de se propor uma ação judicial.

Por isso, no Brasil contemporâneo, configuram-se distintos métodos de resolução de conflitos, os quais classificam-se, basicamente, em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição[16].

2.1 Autotutela

Nos estágios mais primitivos de civilização dos povos, inexistia um Estado forte o bastante que impusesse o direito acima da vontade dos particulares, aliás, não havia sequer lei, como norma geral e abstrata imposta pelo Estado aos particulares. Por isso, quem tivesse uma pretensão que outrem lhe impedisse de obter, deveria usar da sua própria força para tratar de conseguir, por si só, a satisfação dessa pretensão.[17]

Dessa forma, na autotutela, o indivíduo resolve o conflito por meio da sua própria força, isto é, age por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. Essa foi a primeira forma encontrada pelo ser humano para resolver seus dissídios, uma prática precária e aleatória, inapta a garantir

[15] CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado)–Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Porto Alegre. 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf>. Acesso em: 25 set 2018. p. 35.

[16] SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93, jul./dez. 2007.

[17] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 42.

propriamente a justiça, ao passo que apenas garantia a vitória do mais forte, do mais sagaz e, até mesmo, do mais rico[18].

Observa-se, inclusive, que a própria repressão dos atos criminosos se fazia por meio da chamada vingança privada, e quando o Estado chamou a si o *ius puniendi*, ele o fez, inicialmente, por seus próprios critérios, sem o auxílio de órgãos específicos e terceiros imparciais e desinteressados.[19]

É exatamente por isso que, atualmente, sua prática é malvista, porquanto carrega consigo a ideia de violência e vingança[20]. Nada obstante, deve-se ter cautela, pois, a conclusão genérica de que a autotutela é uma solução negativa, nem sempre se revela apropriada, bastando lembrar-se dos institutos do estado de necessidade e da legítima defesa, por exemplo. A atuação, nesses casos, se justifica por força do perigo iminente, e da impossibilidade de amparo suficientemente célere do Estado, para evitar um resultado danoso. Assim, a lei confere permissão excepcional para que o indivíduo use da própria força, a fim de preservar a si ou a outrem de agressões alheias, respeitado o uso proporcional dos meios de defesa, a existência de injusta agressão e a reação imediata, como ocorre no caso da autodefesa possessória, prevista nos arts. 1.210 e seguintes do Código Civil.[21]

2.2 Autocomposição

[18] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 32.
[19] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 42.
[20] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 32.
[21] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 33-34.

Essa segunda forma de resolução de controvérsias, "tão antiga quanto a autotutela"[22], traz a possibilidade de que as próprias partes cheguem, de maneira isolada ou em conjunto, a uma saída para o conflito. A composição contará com a vontade de uma ou de ambas as partes, sem a participação de um terceiro com poder decisório para ditar a solução para aquele caso.[23]

Por conseguinte, insurgem três espécies básicas de autocomposição, quais sejam: renúncia ou desistência, quando a parte renúncia à pretensão; submissão, resignação ou aceitação, quando a parte deixa de oferecer a resistência que outrora opunha à pretensão; e a transação, na qual ambas as partes fazem concessões.[24]

No direito moderno brasileiro, essas três espécies existem até hoje, e são constantemente aplicadas, tendo em comum o fato de serem "parciais", isto é, dependerem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas[25], sendo, no primeiro caso chamada de autocomposição unilateral, e no segundo de autocomposição bilateral[26].

2.3 Heterocomposição

Quando um conflito é solucionado através da intervenção de um agente externo e imparcial à relação conflituosa, diz-se que há heterocomposição. Nesse caso, as partes não ajustam sozinhas uma solução para sua controvérsia, mas

[22] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 44.
[23] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 37.
[24] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 42.
[25] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 42.
[26] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 45-48.

submetem a um terceiro o seu conflito, a fim de que ele firme a solução ou, no mínimo, a instigue ou favoreça[27].

Hodiernamente, no Brasil, tem-se as seguintes modalidades de heterocomposição: jurisdição, arbitragem, mediação e conciliação. Insta ressaltar que, a classificação exposta neste artigo, leva em consideração os sujeitos envolvidos e a sistemática operacional do processo, sendo tal ressalva importante, já que, a depender do critério de classificação, poderá haver diferença na divisão dos institutos.[28] É por isso que alguns autores, a exemplo da professora Fernanda Tartuce, consideram a mediação e a conciliação como uma forma de autocomposição, a qual denomina autocomposição facilitada[29].

2.3.1 Jurisdição

Quando os povos começaram a se organizar politicamente, o Estado, buscando eliminar a vingança privada, reservou para si o poder e o dever de tutelar os direitos com o intuito de obter a harmonia e a paz sociais[30]. Assim, o monopólio da atividade jurisdicional é uma conquista histórica advinda da busca pela imparcialidade dos julgamentos, da independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção desse Estado de Direito[31].

---

[27] SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 94, jul./dez. 2007.

[28] SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 95, jul./dez. 2007.

[29] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 53.

[30] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 64.

[31] SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 101, jul./dez. 2007.

À vista disso, no Estado moderno, a jurisdição é uma das expressões do poder estatal, caracterizado como "a capacidade que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões"[32]. Assim, é a função atribuída a um terceiro imparcial, a fim de realizar o Direito de modo imperativo, reconhecendo, efetivando ou protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível[33].

Desta feita, a jurisdição é tida na doutrina sob três aspectos: como poder, função e atividade. É poder, porque é capaz de decidir de maneira imperativa, e impor suas decisões. Como função, tem o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais, realizando, por meio do processo, o direito justo. E como atividade, "constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei"[34].

Outrossim, constata-se que a legislação pátria e a doutrina fracionam a jurisdição em dois ramos, quais sejam, a jurisdição contenciosa e a voluntária, de maneira que,

> [...] a jurisdição se apresenta como atividade de transformação da realidade para fazer prevalecer a ordem jurídica *stricto sensu*, que é o caso da jurisdição contenciosa; ou para fazer prevalecer a ordem política, econômico-financeira ou social, que é o caso da jurisdição voluntária. Aquela pressupõe lesão ou ameaça a interesses jurídicos e esta pressupõe lesão ou ameaça a interesses políticos, econômicos ou sociais[35].

[32] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 45.

[33] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 173.

[34] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 65.

[35] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 65.

Por derradeiro, cabe ressaltar que os conceitos de justiça e jurisdição não se confundem, porquanto a justiça representa um "ideal de equidade e de razão, é um sentimento, uma virtude, um valor", enquanto a jurisdição, como dito, "é uma das funções da soberania do Estado, consistente no poder de atuar o Direito objetivo, compondo os conflitos de interesse, resguardando a ordem social" [36].

2.3.2 Arbitragem

É uma modalidade na qual os conflitantes, ao exercem sua autonomia, elegem um terceiro neutro e imparcial (árbitro) e o autorizam a decidir a controvérsia, obrigando as partes em relação a sua decisão[37]. Trata-se de uma opção conferida a pessoas capazes de contratar para solucionar questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, e está regulada pela Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem)[38].

Na arbitragem, embora o árbitro seja uma pessoa de confiança e escolhido pelas próprias partes, ele deve manter postura equidistante em relação a elas, para que possa decidir de maneira imparcial[39]. Além disso, embora desprovido de poder estatal, sua decisão tem força vinculativa, não sendo necessária homologação judicial da sentença arbitral, já que produz efeitos imediatamente. Nada obstante, essa sentença é título executivo judicial, na medida em que, o árbitro tem o poder de decidir, mas não tem poder para tomar providencias executórias[40].

---

[36] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 95.
[37] BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 40-41.
[38] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 192.
[39] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 60.
[40] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 193.

Tendo em vista que a Lei n. 9.307/96 prevê que o árbitro é considerado o juiz de fato e de direito da controvérsia, não ficando a sentença sujeita a recurso ou a homologação perante o Judiciário, a constitucionalidade da arbitragem foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa oportunidade, a corte suprema, em julgamento histórico, reconheceu o poder das partes em optarem pela via arbitral, meio idôneo de resolução de controvérsias, e deu fim a discussão[41].

2.3.3 Conciliação

Por tal técnica, um terceiro imparcial intervém para auxiliar as partes a celebrarem um acordo, sendo permitido fazer propostas às partes, expor vantagens e desvantagens e propor saídas alternativas, sem, contudo, forçar para que se realize um pacto[42]. Por suas características, essa modalidade é indicada para os conflitos ocasionais, como as relações de consumo e os delitos de trânsito[43].

A conciliação pode operar-se tanto em demandas judiciais, como em instituições privadas voltadas à resolução de controvérsias, conforme se observa nas Câmaras de Conciliação e Arbitragem. Inclusive, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15) a realização de sessões de conciliação ocupa lugar de destaque, e precede até mesmo o oferecimento de defesa pelo réu[44].

Nesse sentido, cumpre destacar que o magistrado não é o responsável por conduzir a sessão consensual, porquanto esta deve ser feita necessariamente por um

[41] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 61.
[42] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 54.
[43] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica como política pública para resolução de conflitos. Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, jul./set. 2016.
[44] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 54.

terceiro facilitador auxiliar do juízo[45]. O Código de Processo Civil não exige um perfil específico de qualificação profissional do conciliador (ou mesmo do mediador), "exigindo apenas a capacitação mínima por curso realizado por entidade credenciada que o habilite a se inscrever em cadastro nacional e cadastro do Tribunal em que o mediador ou conciliador pretende atuar"[46].

2.3.4 Mediação

A mediação é o meio

> [...] em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas[47].

Essa técnica, ao propiciar o conhecimento, pelas partes, das multifacetadas origens da controvérsia, permite a eles "um conhecimento ampliado dos meandros do conflito e os habilita a construir, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória". Dessa forma, cabe ao mediador aproximar as pessoas, a fim de que "elas possam compreender as circunstâncias da controvérsia, proporcionando alívio de pressões irracionais ou elementos emocionais complicadores que impeçam a visualização realista do conflito"[48].

[45] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 55.
[46] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 55.
[47] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 57.
[48] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 57-58.

Percebe-se, pois, que o terceiro, nesse caso, não intervém no conflito, e o seu papel é apenas promover o diálogo entre as partes, sendo, por isso, indicada para relações jurídicas permanentes, como demandas de família e conflitos societários[49].

Outrossim, verifica-se que a mediação não tem como foco o conflito em si, mas, em suas causas. Dessa forma, o terceiro auxilia as partes no diálogo e na criação de vínculos sadios, com vistas a uma boa solução da questão vivenciada, conferindo aos envolvidos a autonomia para tomar suas próprias decisões, num ambiente colaborativo e de construção de alternativas saudáveis[50].

3 As Constelações familiares segundo Bert Hellinger

Anton Suitbert Hellinger nasceu em 18 de dezembro de 1925, em Leimen, na Alemanha. Ex-seminarista católico, estudou Filosofia, Pedagogia, Psicologia e Teologia, aprofundando-se em pesquisas sobre psicoterapia de grupo, terapia primal, psicanálise, *gestalt* e análise transacional[51]. Foi missionário na tribo dos Zulus, na África do Sul, durante 16 anos, atuando como educador, psicanalista e terapeuta

[49] GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete. Formas consensuais de solução de conflitos I. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUIS-MA, 26., 2017, São Luís. *Anais...* São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/i7zsp9j7/47U5pNA0p4WU4M2X.pdf>. Acesso em: 24 set 2018. p. 10.

[50] GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete. Formas consensuais de solução de conflitos I. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUIS-MA, 26., 2017, São Luís. *Anais...* São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/i7zsp9j7/47U5pNA0p4WU4M2X.pdf>. Acesso em: 24 set 2018. p. 10-11.

[51] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 61.

corporal e familiar, sendo a partir dessa experiência que Hellinger intuiu a visão sistêmica dos relacionamentos[52].

Segundo Hellinger, o termo "constelação familiar" vem da palavra alemã "*Familien aufstellung*" que significa "colocar a família na posição"[53]. Dessa forma, conceitua-se a Constelação familiar como um método no qual se criam "esculturas vivas" (imagem interna que o cliente tem do seu próprio sistema familiar), e se reconstrói a árvore genealógica do cliente, permitindo a localização e remoção dos emaranhados existentes no fluxo amoroso de uma geração ou membro do sistema familiar[54].

Ao contrário do que é difundido, Bert Hellinger não foi o "inventor" das Constelações sistêmicas. Na verdade, ele desenvolveu essa técnica após conhecê-la nos Estados Unidos em um seminário conduzido por Ruth McClendon e Les Kadis[55]. Compilando conceitos, análises e pesquisas de diversos estudiosos anteriores e contemporâneos à década de 60 – quando começou a se aprofundar em estudos psicoterapêuticos – Hellinger os reuniu de maneira sistêmica e chegou a conclusões que culminaram com o desenvolvimento das Constelações.

> Bert Hellinger foi inovador e original, ao unir em sua técnica vários tipos de psicoterapia, aprofundando-se em múltiplos campos do saber, tais como: Terapia Primal, Gestalt Terapia, Análises Transacionais de Eric Berne, Dinâmicas de Grupo,

[52] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 25.

[53] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 62.

[54] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 21.

[55] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 62.

> Terapias Familiares, Programação Neurolinguística (PNL) de Richard Bandler e John Grinder, Hipnose Eriksoniana, Psicodrama de Jacobs Levi Moreno, Escultura Familiar de Virginia Satir e a 'Terapia do Abraço' de Jirina Prekop[56].

Com isso, verifica-se que a Constelação é um método multidisciplinar, cuja base é a terapia sistêmica, a qual indaga sobre as relações não aparentes que vinculam as pessoas ao seu sistema familiar[57]. Logo,

> o que diferencia a constelação de outras técnicas terapêuticas, principalmente, é a visão sistêmica, o campo mórfico (por meio do qual ocorre a transmissão de informações), as ordens do amor ou leis sistêmicas e a transgeracionalidade ou multigeracionalidade[58].

É exatamente por isso que para compreender as Constelações tal como delineadas por Hellinger, é necessário compreender a essência do processo de constelar[59], no qual todos esses conceitos estão presentes e foram fundamentais para o desenvolvimento do método.

Primeiramente, tem-se que os sistemas são constituídos por relações que desenvolvem conexões, e que por sua vez, interligadas, formam uma grande teia atemporal, que se organiza em um movimento contínuo, buscando sua coerência[60]. Nesse passo, a família é vista como um sistema, em que há regras e características

[56] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 28.

[57] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 28.

[58] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 73.

[59] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 74.

[60] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 83.

próprias, e no qual todos os indivíduos que fazem parte do sistema familiar estão conectados entre si[61]. Isso porque, na visão sistêmica de Hellinger,

> [...] cada indivíduo é visto, não de maneira individual, mas sim como parte de um sistema, compreendido como sendo o grupo de pessoas ligadas entre si por um destino comum e relações recíprocas, onde cada membro do sistema impacta e exerce influência sobre os demais membros[62].

Já o método fenomenológico terapêutico, proposto por Hellinger e praticado nas Constelações, é o método de observação do fenômeno no intuito de perceber o essencial, isto é, aquilo que ultrapassa os fenômenos visíveis presentes nas relações transpessoais[63]. Os envolvidos devem estar abertos ao que se revela por meio das intervenções sistêmicas, a fim de que a solução possa vir à luz[64].

> A abordagem fenomenológica, nas constelações familiares, revela a percepção de uma ampla gama de fenômenos, que somente se manifesta e pode ser compreendida ao se observar com olhos livres de julgamentos.[65]

Assim, a Constelação envolve um processo terapêutico fenomenológico que utiliza um grupo de representantes para trazer à luz conexões inconscientes e sua

[61] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 30.

[62] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 30.

[63] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 74.

[64] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 77.

[65] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 32.

implicação sistêmica no grupo[66]. Em síntese, o trabalho com as Constelações sistêmicas

> [...] consiste exatamente em tornar "visíveis" essas dinâmicas ocultas dos sistemas observados, mostrar algo essencial, reconhecer o direito de pertencimento, reconciliar, reordenar, incluir os excluídos e encontrar as soluções[67].

Outrossim, a marca da Constelação é a transgeracionalidade ou multigeracionalidade, ou seja, a transmissão psíquica entre gerações passadas e presentes, visando "reincluir pessoas excluídas de um sistema, reconciliar partes dessa rede em conflito e reordenar as estruturas de ordem do sistema observado"[68].

> Stephan Hausner registra que "as constelações familiares nos mostram como traumas dos antepassados a que nos vinculamos pelo destino continuam a atuar através das gerações e influenciam a vida dos descendentes". Nesse sentido, a constelação é um método que nos permite olhar os efeitos transgeracionais dessa consciência coletiva, oculta.[69]

Essa abordagem se baseia nos estudos de Rupert Sheldrake sobre os campos mórficos. Sheldrake considera que a memória humana não está localizada no cérebro, mas no que ele chama de campos mórficos ou campos morfogenéticos, que são uma espécie de consciência hereditária, de campo comum do gênero humano[70].

Basicamente, o cérebro de um humano estabelece uma conexão com os campos morfogenéticos de toda a espécie, e tem acesso à memória coletiva desta; no

---

[66] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 79.

[67] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 85.

[68] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 78.

[69] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p.91.

[70] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 86.

entanto, essa transmissão é feita por ressonância mórfica, e não de forma material, tal como genes humanos. Além disso, essa memória advém não apenas dos antepassados, mas de todos os membros da raça humana, sendo, por isso, que a influência do passado sobre o presente não se reduz pelo tempo, nem pela distância física[71].

Acessando o campo morfogenético com a Constelação, é possível identificar pontos de desordem que condicionam o comportamento dos sujeitos que compõem o sistema familiar, ainda que eles não se deem conta disso. A Constelação toma como pressuposto, que questões vivenciadas por gerações anteriores, como o suicídio de algum integrante do sistema, afeta a vida dos outros integrantes, com novos suicídios, moléstias ou conflitos duradouros, por exemplo, criando verdadeiros emaranhados[72].

Aliado aos campos mórficos, está a transmissão sensorial de informações, por meio da qual "ao se assumir a atitude corporal de uma pessoa, pode-se captar o sentido ou ter os sentimentos relativos àquela expressão"[73]. O psicólogo americano Daniel Goleman utiliza o conceito de "cérebro social" para explicar tal fenômeno, esclarecendo que os seres humanos foram programados para se conectar uns com os outros. É dessa forma que

[71] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 86.

[72] LUCACHINSKI, Camila Schroeder; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelações sistêmicas como técnica de resolução de conflitos familiares. In: CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 3., 2017, Itajaí. Anais... Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11880/6848>. Acesso em: 25 set 2018. p. 6.

[73] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 87.

> em uma dinâmica de constelação, os representantes acessam esse campo de memória do sistema familiar que estão representando. Isso não tem nada de místico, nem de sobrenatural, é uma capacidade simplesmente humana. Tem a ver com empatia, utilizando aqui o conceito de Lynn Hunt, segundo a qual a empatia é "reconhecer que nossos sentimentos interiores são semelhantes de modo essencial"[74].

3.1 As Ordens do Amor ou Leis Sistêmicas

Com o aprimoramento de suas pesquisas e a convivência com os Zulus, uma tribo africana culturalmente bastante distinta do povo europeu, Hellinger percebeu que muitos problemas, conflitos e até mesmo doenças de seus clientes estavam ligados a destinos de membros anteriores do seu sistema familiar[75]. Assim, constatou que em todos os sistemas atuavam (e atuam) determinados princípios naturais e universais que, se respeitados, permitem desemaranhar os conflitos existentes[76]. A esses princípios, presentes em todas as culturas seculares do mundo, Hellinger denominou Ordens do Amor ou Leis Sistêmicas.

A primeira ordem é o pertencimento, pela qual todos têm o mesmo direito de "pertencer", isto é, de estar inserido em determinado sistema familiar[77]. Essa lei diz respeito à vinculação e reconhecimento de cada um que nasce em um sistema, tendo

[74] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 88.

[75] CARVALHO, Bianca Pizzatto. Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 31.

[76] Ibidem, p. 89.

[77] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 93.

em vista que cada indivíduo "necessita do reconhecimento como membro que pertence a um lugar e exerce um papel dentro de uma dinâmica familiar"[78].

> Pelo princípio vinculador, a lei do pertencimento, todos têm o igual direito de pertencer, não importando se uma pessoa faça algo de condenável, pecaminoso ou reprovável. Se ela nasceu naquele sistema familiar [...] ela tem o direito de pertencer a esse sistema[79].

E mais, devem ser incorporados não apenas os que nasceram, mas todos os que se incluem na consciência do grupo familiar, abrangendo, portanto, "irmãos e meios-irmãos, inclusive natimortos, bem como os filhos que foram dados, ocultados ou abortados"[80].

A segunda ordem é a do equilíbrio entre o dar e o receber, segundo a qual é necessário haver equivalência entre os pares e equilíbrio na troca, para que as relações se mantenham ordenadas[81]. É essencial que haja esse equilíbrio, para que não haja um sentimento de dívida com o outro[82].

Nesse sentido, a lei enuncia "a possibilidade, dentro de uma relação, de ambos poderem oferecer e receber com certa paridade, favorecendo a sensação de bem-estar pela existência de justiça ou ausência de reivindicação"[83]. Dessa forma, se em uma

---

[78] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 39-40.

[79] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 93.

[80] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 93.

[81] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 97

[82] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 42.

[83] CARVALHO, Bianca Pizzatto. Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 39.

relação de afeto entre um casal, por exemplo, uma das partes dá muito mais amor do que recebe, o outro se sentirá pressionado a recompensar, mas não conseguirá, enquanto aquele se sentirá desvalorizado. Percebe-se, pois, que em ambas as hipóteses, a consequência será negativa e a desarmonia prevalecerá dentro daquele sistema[84].

Por último, a terceira ordem é a hierarquia, segundo a qual quem entrou primeiro em um dado sistema, tem precedência sobre quem entrou depois[85], isto é, aqueles que chegaram antes, cronologicamente, prevalecem sobre os que chegaram posteriormente[86].

Assim, num sistema familiar, quando um filho se sente maior que o pai ou a mãe, isto é, quando há uma inversão da ordem hierárquica, ele passa por um sofrimento que levará o sistema ao caos[87]. Imagine-se o exemplo de uma família composta por pai, mãe e filho, sentados para almoçar em um restaurante. É possível notar que

> [...] as crianças de hoje têm prioridade para serem atendidas, muitas vezes, a mãe sequer consegue fazer a refeição, visto que a criança está em primeiro lugar. Essa criança cresce com a ideia de que ela está em primeiro lugar na família e, consequentemente, reivindicará esse mesmo lugar,

[84] CARVALHO, Bianca Pizzatto. Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 40.

[85] HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares. Tradução Newton de Araújo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 26.

[86] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 40.

[87] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 98.

> posteriormente, na escola e na sociedade, tendo dificuldade para lidar com a autoridade e o respeito com o outro[88].

Em suma, "as ordens do amor se referem ao vínculo, com a força do pertencimento, ao equilíbrio, com a força da compensação, e a ordem, com a força da ordem de chegada e o lugar de cada um no sistema"[89].

Destarte, quando alguma das três leis sistêmicas não é observada dentro do sistema, ocorre o que Hellinger define como emaranhamento, ou seja, alguém do sistema familiar irá retomar e reviver inconscientemente o destino de outro familiar, emaranhando-se no destino alheio. Por conseguinte, se em uma família, por exemplo, uma criança não desejada foi entregue para a adoção, e não teve seu lugar reconhecido dentro daquele sistema, um membro posterior dessa família se comportará como se ele mesmo tivesse sido entregue[90], o que consequentemente instalará a desarmonia.

3.2 A dinâmica das Constelações familiares

Após entender os principais conceitos que permeiam a técnica das Constelações, é possível demonstrar como elas são realizadas. De maneira breve, a prática das vivências é realizada da seguinte forma: o constelado escolhe uma questão que deseja trabalhar e elege pessoas do grupo para atuarem como representantes, a fim de compor seu sistema, posicionando-os da maneira que sua

[88] CARVALHO, Bianca Pizzatto. Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 38.

[89] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 93.

[90] HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 13.

intuição guiar[91], isto é, sem procurar justificativas, fazer comentários, escolher determinado período da vida ou determinada cena vivida, apenas se levando por um impulso interno[92]. Estabelecido o cenário, o constelador observará, pedirá breves informações sobre o histórico da família e passará a fazer as considerações necessárias, a fim de encontrar o emaranhado e reestabelecer o equilíbrio rompido, solicitando por vezes para que os representantes externem os sentimentos, as percepções e até mesmo os sintomas que florescem enquanto a Constelação está acontecendo[93].

> O que há de extraordinários nas constelações familiares é primeiramente o próprio método. É singular e fascinante observar, quando um cliente coloca em cena pessoas estranhas para representar seus familiares em suas relações recíprocas, como essas pessoas, sem prévias informações, vivenciam sentimentos e usam palavras semelhantes às deles e, eventualmente, até mesmo reproduzem os seus sintomas.[94]

O próprio Hellinger cita como exemplo, que certa vez em uma de suas Constelações, uma pessoa sofreu um ataque epilético, quando representou um epilético. Da mesma forma, afirma que não é raro representantes sentirem

[91] CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Souza da. As constelações sistêmicas familiares na justiça do RN: uma interface entre a Psicologia e o Direito, 2015. Disponível em: <http://artpsi.com.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-constelac%CC%A7o%CC%83es-na-justica-do-rn-FINAL-artpsi.pdf>. Acesso em: 24 set 2018. p. 4.

[92] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 35.

[93] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 35.

[94] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 24.

taquicardia, ou até mesmo sentirem um lado do corpo frio ao interpretar alguém que já faleceu[95].

Em suma, o objetivo de se fazer as representações é que o constelador identifique o ponto em que as leis sistêmicas foras desrespeitas, para que tente corrigir e reestabelecer as Ordens do Amor[96].

No entanto, cabe destacar que essa não é a única maneira de se constelar. O processo pode ser feito também utilizando-se bonecos, ou qualquer outro objeto suficiente para demarcar o campo mórfico, como um pedaço de papel escrito no chão, por exemplo. Outrossim, pode ser realizada em grupo ou individualmente, pois, o que realmente importa, é trazer à luz as conexões inconscientes estabelecidas e sua implicação sistêmica naquele grupo.[97]

A Constelação é, portanto, um trabalho de reordenamento e liberação, na qual o constelador precisa identificar as dinâmicas de emaranhamentos, isto é, verificar onde está o conflito, a fim de solucioná-lo e facilitar as interações humanas[98].

4 A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO PODER JUDICIÁRIO

[95] HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 13.

[96] LUCACHINSKI, Camila Schroeder; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelações sistêmicas como técnica de resolução de conflitos familiares. In: CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 3., 2017, Itajaí. Anais... Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11880/6848>. Acesso em: 25 set 2018. p.8.

[97] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 79.

[98] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 99.

No Brasil, o Poder Judiciário tem como função precípua dirimir os conflitos que surgem entre os sujeitos, reestabelecendo o equilíbrio existente ou estabelecendo um novo, de preferência por meio de uma comunicação saudável entre as partes[99]. Nesse sentido, o juiz, como representante do Estado, deve sempre primar por decisões para a melhor resolução do conflito, a fim de encerrá-lo definitivamente[100].

No entanto, juízes, promotores, advogados e auxiliares da Justiça, perceberam que os litígios não se encerravam após a sentença e, constantemente, voltavam aos gabinetes e salas de audiência para serem rediscutidos. Isso porque, em verdade, as sentenças não eram capazes de resolver a origem dos problemas que davam causa àquelas ações judiciais, mas, tão somente, questões pontuais acerca de, por exemplo, qual dos pais ficaria com a guarda do filho menor e qual valor da pensão a ser paga pelo outro. Entretanto, justamente por não ter resolvido o cerne do problema que põe aquele sistema em conflito, é que dali há alguns meses, um dos pais descumpre o dever de pagar a pensão, o outro não leva o filho para a visita semanal, e o processo acaba retornando ao Judiciário[101].

As Constelações sistêmicas se apresentam como um método que permite corrigir essa falha, isto é, dar uma solução definitiva ao conflito, na medida em que busca a resolução da questão familiar que deu causa ao processo judicial. Além disso, essa prática surge como uma forma de tornar o Direito mais humano, dando a

[99] CEZAR-FERREIRA, Verônica V. A da M. A comunicação da família no judiciário. Revista do NESME, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 113-219, set. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/vinculo/v6n2/v2n6a06.pdf>. Acesso em: 25 set 2018. p. 172.

[100] STORCH, Sami. Direito sistêmico na TV: as contribuições das Constelações de Hellinger no Judiciário. Disponível em: <https://iperoxo.com/2016/09/09/direito-sistemico-na-tv-as-contribuicoes-das-constelacoes-de-hellinger-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[101] STORCH, Sami. Direito sistêmico na TV: as contribuições das Constelações de Hellinger no Judiciário. Disponível em: <https://iperoxo.com/2016/09/09/direito-sistemico-na-tv-as-contribuicoes-das-constelacoes-de-hellinger-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

oportunidade das partes se olharem com outros olhos, em outra perspectiva, e chegarem juntas a um acordo[102].

4.1 O pioneirismo das Constelações no Brasil

As Constelações foram introduzidas no Judiciário brasileiro pelo juiz titular da 2ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões da comarca de Itabuna, no interior da Bahia, Dr. Sami Storch. Quando ainda era advogado, Storch teve o primeiro contato com a técnica em 2004, na cidade de São Paulo, enquanto participava de um workshop[103]. Maravilhado com a proposta das Constelações, decidiu estuda-las profundamente, e percebeu que o conhecimento das leis sistêmicas, além de eficaz na resolução de questões familiares, tinha grande potencial para ser utilizada na área jurídica[104].

Ao se tornar juiz, Sami Storch passou a aplicar, de maneira discreta, os princípios sistêmicos nas audiências das varas de família. Com o tempo, introduziu meditações e sugeriu a mentalização de frases pelas partes, como por exemplo, "você

[102] LUCACHINSKI, Camila Schroeder; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelações sistêmicas como técnica de resolução de conflitos familiares. In: CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 3., 2017, Itajaí. Anais... Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11880/6848>. Acesso em: 25 set 2018. p. 2.

[103] STORCH, Sami. "Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã", afirma juiz baiano. Época, 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[104] STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? Direito Sistêmico, 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

me fez ser mãe/pai, e por isso é importante para mim", "que pena que não deu certo", "foi difícil para mim e reconheço que você também teve dificuldades"[105].

A primeira vez em que de fato utilizou as Constelações foi em uma disputa pela guarda de uma criança de 4 anos em 2010. Mãe e avó pleiteavam a guarda da menina, e constantemente trocavam sérias acusações. O juiz percebeu que o caso não seria solucionado apenas com uma sentença, pois qualquer que fosse a decisão, permaneceria o conflito e o sofrimento da criança. Por isso, no dia da audiência, Storch utilizou bonecos para fazer a Constelação com a menina, pedindo para que ela posicionasse os bonecos e montasse a história daquela família. Por meio dessa dinâmica, ficou claro que embora a menina sentisse um grande carinho pela avó, ela se sentia melhor ao lado da mãe. Dessa forma, todos os presentes foram capazes de enxergar aquele sistema e visualizar a verdadeira solução, que foi melhor aceita pelas partes[106].

Após algumas experiências, percebeu que as Constelações eram mais eficazes quando os representantes da família eram pessoas, e não bonecos, na medida em que elas se comportam de maneira mais completa e complexa, já que são capazes de externar sentimentos e impressões[107]. Assim, disposto a ampliar o uso das Constelações na comarca de Castro Alves, na Bahia, Sami Storch propôs ao Tribunal

[105] STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. Direito Sistêmico, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[106] STORCH, Sami. "Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã", afirma juiz baiano. Época, 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[107] STORCH, Sami. "Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã", afirma juiz baiano. Época, 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

de Justiça da Bahia um projeto no qual fossem realizadas palestras vivenciais, com o tema "Separação de casais, filhos e o vínculo que nunca se desfaz", dirigida às pessoas envolvidas em demandas judiciais de família, em que o juiz explicava o que são as Constelações, propunha uma meditação e depois fazia uma sessão de Constelação[108].

Após a aprovação do projeto, Storch observou que as partes passaram a demonstrar mais respeito e consideração pela outra e, principalmente, manifestar seu desejo em conciliar e chegar a um acordo[109]. Na aplicação das Constelações familiares em Castro Alves/BA, de outubro de 2012 a junho de 2013, das 90 audiências de conciliação realizadas nos processos "nos quais pelo menos uma das partes participou da vivência das constelações", o índice de acordos foi de 91%, enquanto que nos "processos em que ambas as partes participaram da vivência de constelações", o índice foi de 100% de acordos[110]. Segundo o magistrado,

> [...] não houve críticas. Estamos procurando realmente buscar saber como estão as coisas na realidade, mais do que tratar de forma mecânica, de julgar só com base no que diz o papel. Além do resultado estatístico, a ideia foi muito bem aceita pela comunidade, que sente que está sendo vista[111].

[108] STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. Direito Sistêmico, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[109] STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. Direito Sistêmico, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[110] STORCH, Sami. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos. Direito Sistêmico, 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[111] STORCH, Sami. "Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã", afirma juiz baiano. Época, 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

Além disso, constatou-se que os efeitos da implementação desse primeiro projeto foram: o aumento no índice de acordos; a geração de um efetivo entendimento entre as partes; e a mudança na cultura da comarca, principalmente com relação a visão dos advogados e auxiliares da Justiça, que passaram a assumir uma postura mais conciliadora[112].

É dessa forma que, "além de contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça, a prática também auxilia a melhorar a qualidade dos relacionamentos nas famílias", porquanto elas aprendem a lidar melhor com seus conflitos internos, e com isso, a proporcionar um ambiente familiar mais saudável para o crescimento e desenvolvimento de todos[113].

4.1.1 Direito Sistêmico

Foi a partir dessa análise do Direito, sob a ótica das ordens do amor que regem os relacionamentos humanos, conforme demonstrado pelas Constelações familiares desenvolvidas por Bert Hellinger, que o juiz Sami Storch cunhou o termo "Direito Sistêmico"[114].

Segundo essa abordagem, os conflitos, ainda mais os conflitos duradouros, nos quais há um padrão de comportamento, em geral são provocados por causas

[112] STORCH, Sami. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos. Direito Sistêmico, 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[113] STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. Direito Sistêmico, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[114] STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 13 jan. 2019.

muito mais profundas que um mero desentendimento. Em casos assim, uma sentença acaba se revelando uma solução simplista, porquanto trará um alívio momentâneo àquela relação, mas não solucionará verdadeiramente o caso, fazendo com que as partes retornem ao judiciário momentos depois[115].

É nesse contexto que surge o Direito Sistêmico, como uma proposta de enxergar as partes do conflito como membros integrantes de um mesmo sistema, de encontrar a gênese do problema e buscar a real solução, que nunca poderá envolver apenas uma das partes, mas todo o sistema envolvido no conflito[116].

> O Direito Sistêmico [...] tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes, em nível anímico, mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos[117].

Nesse sentido, o Direito Sistêmico deve ser entendido como a aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger, ao campo do Direito, como método de resolução de conflitos, se constituindo, portanto, "em um novo paradigma para a ciência jurídica, trazendo uma nova forma de perceber os vínculos entre os indivíduos e grupos tutelados pelo Direito"[118].

4.2 A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

[115] STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? Direito Sistêmico, 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[116] STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? Direito Sistêmico, 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

[117] ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Carta Forense, 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914 >. Acesso em: 13 jan. 2019.

[118] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 43-44.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) "é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa processual"[119]. Nesse sentido, tem papel fundamental na elaboração, organização e promoção de ações que incentivem a autocomposição dos litígios e a pacificação social[120].

Por seu turno, a sociedade brasileira, há tempos clama por uma justiça mais célere, efetiva e humanizada, e isso vem movendo o CNJ a adotar diversas iniciativas a fim de atender esse anseio conjunto[121]. A Resolução nº 125, publicada em 29 de novembro de 2010, é um exemplo disso. Ela surgiu "ante a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos"[122], que estavam se expandindo cada vez mais pelo Brasil.

Um dos pontos mais relevantes, é que a Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, visando "assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade"[123].

Da mesma forma, a fim de auxiliar no cumprimento das metas estabelecidas, determinou-se a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de

[119] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Quem somos. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[120] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 42.

[121] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 47.

[122] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 57.

[123] BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Solução de Conflitos e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, em Tribunais de Justiça de todo o país[124].

É interessante notar que essa Resolução

> reflete os esforços para mudar o perfil com que o Poder Judiciário se apresenta. Não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos, mas principalmente como um centro de soluções efetivas do ponto de vista do jurisdicionado[125].

Além disso, o dito ato normativo organiza não apenas os serviços a serem prestados no curso do processo, mas também aqueles que incentivem a prevenção de demandas, com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação[126], a serem realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)[127].

Destarte, o próprio CNJ já reconheceu, na prática das Constelações, sua conformidade com a Resolução[128], dado que o intuito da norma é justamente promover o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder

[124] BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[125] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 47-48.

[126] OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018. p. 47.

[127] BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 15 jan. 2019.

[128] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 19 jan. 2019.

Judiciário[129], a fim de lhes conferir a solução mais adequada de acordo com a sua natureza, tal como vem ocorrendo nas vivências realizadas. Além disso, as Constelações estão em consonância também com o Código de Processo Civil, que estimula práticas de incentivo à elaboração de acordos.

Por derradeiro, verifica-se que na esfera legislativa tramitava o Projeto de Lei nº 9.444/2017, que visava "incluir a Constelação sistêmica como um recurso a mais a ser empregado anteriormente à prática da Conciliação ou Mediação"[130], entretanto, com a mudança na legislatura, o Projeto de Lei encontra-se atualmente arquivado[131].

4.3 O Panorama das Constelações familiares no Poder Judiciário do Distrito Federal

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), a prática das Constelações foi iniciada a partir da pesquisa acadêmica da consteladora Adhara Campos Vieira, quando na conclusão do seu curso de Direito. Foi em uma unidade de acolhimento, o Lar São José, conhecido como "larzinho", que Adhara Campos, movida pela ânsia em tornar a justiça mais humana e efetiva aos jurisdicionados, iniciou de fato a prática da Constelação no Poder Judiciário do Distrito Federal no ano de 2015[132].

[129] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 42-43.

[130] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 275.

[131] CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 9444/2017 – inteiro teor – ficha de tramitação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167164>. Acesso em: 13 fev. 2019.

[132] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 103.

Nessa pesquisa, ao final do último atendimento, a consteladora aplicou um questionário a 16 abrigados que de algum modo haviam participado das vivências (seja constelando, assistindo ou atuando como representante), e desde aquele momento foi possível notar o impacto da técnica e a melhoria na perspectiva de vida daqueles jovens. Segundo os dados coletados, 100% dos jovens consideraram "ótimo" ou "bom" fazer parte de uma sessão de constelação sistêmica, e 75% achou que a intervenção provocou mudanças em relação a seus projetos futuros, no sentido de uma melhor visualização e aceitação da situação, de ter mais força e vontade de seguir em frente, mais motivação para estudar e na busca por novos horizontes profissionais[133]. Ademais, a mudança no comportamento foi notada também pela coordenadora do abrigo, que percebeu nos jovens uma mudança rápida e positiva na relação entre eles e as cuidadoras que participaram das vivências[134].

Após esse pequeno trabalho no Lar São José, Adhara Campos recebeu um pedido para incursão à Primeira Vara Criminal de Brasília, inicialmente nos delitos de trânsito e, posteriormente, para os de maior potencial ofensivo. Em paralelo, pôde realizar palestras vivenciais e sessões na Vara de Família de Taguatinga, "com foco nos casos de divórcio litigioso, união estável, disputa de guarda e direito de visitas"[135].

Foi a partir dessas intervenções, e dos resultados colhidos, que o projeto de levar a Constelação para o Judiciário no Distrito Federal foi batizado de "Constelar e

[133] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 213.
[134] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 214.
[135] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 214.

Conciliar"[136], e passou a contar com a adesão de novas unidades, a saber: 1ª Vara Criminal de Brasília; Vara Cível, de Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante; Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) de Brasília e Taguatinga e CEJUSC/Superendividados[137].

O Projeto realiza sessões em grupo nas quais, primeiramente, é ministrada uma pequena palestra para explicar aos participantes os princípios e a origem da técnica, as experiências de outros Tribunais onde a técnica está sendo adotada e a maneira que será conduzida a dinâmica. A duração da palestra é de aproximadamente 30 minutos e a dinâmica vivencial de 1 hora[138], com grupos de 15 a 90 pessoas[139].

Posteriormente, na medida em que o projeto foi se expandindo, outras Varas do Distrito Federal (principalmente Cíveis e de Família) aderiram ao Projeto, ao passo em que outras foram destacadas, porquanto a matéria tratada na Vara não comportava natureza nem intenção conciliatória, como é o caso dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher[140].

---

[136] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 214.

[137] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Oficina de constelação familiar é utilizada para auxiliar resolução de conflitos. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/marco/constelacao-familiar-e-realizada-no-nucleo-bandeirante-como-auxiliar-na-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[138] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório semestral NUPEMEC 2016, p. 32. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/Relatrio_Semestral_2016.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[139] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 219.

[140] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 215.

No ano de 2016, o Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (NUPEMEC) do TJDFT procurou disseminar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse, por meio da expansão de práticas autocompositivas e ações de cidadania. Nessa linha, o NUPEMEC

> envidou esforços no estabelecimento de parcerias e projetos que proporcionem aos jurisdicionados a resolução de seus conflitos com máxima qualidade, além de oferecer meios de acesso à Justiça, como conceito amplo, e não apenas como Poder Judiciário. Para tanto, destacam-se os projetos "Mediar é Divino" e "Constelar e Conciliar"[141]

No primeiro semestre de 2016, a Vara Cível, de Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante utilizou a técnica da Constelação familiar em 48 processos, e em 43% desses foi firmado acordo e encerrado o processo judicial que estava em curso. Novamente, os participantes das sessões demonstraram grande satisfação, e até surpresa com a ação do Judiciário em "abrir as portas para algo tão inovador". No questionário aplicado, um dos participantes resume que "a experiência proporcionou vermos a situação de ambos os lados", outro, ressaltou que a Constelação demonstra "a necessidade das pessoas buscarem entendimento através da prática do perdão"[142].

Da mesma forma, o Programa dos Superendividados, desenvolvido no CEJUSC, a partir da Portaria Conjunta nº 4, de 1 de fevereiro de 2016, foi criado com

[141] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016, p. 58. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/Relatorio_Anual_NUPEMEC_2016.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[142] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Vara no Núcleo Bandeirante divulga resultados positivos do projeto Constelar e Conciliar. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/julho/vara-de-familia-do-nucleo-bandeirante-divulga-resultados-positivos-do-projeto-constelar-e-conciliar>. Acesso em: 23 jan. 2019.

a finalidade de promover a prevenção, o tratamento e a resolução de conflitos envolvendo consumidores em situação de superendividamento[143].

O uso das Constelações no âmbito do CEJUSC Superendividados faz parte do Projeto Constelar e Conciliar[144]. O TJDFT é o único Tribunal do país que utiliza a Constelação "como ferramenta adicional ao programa de resgate do endividamento financeiro"[145], e tem registrado um alto grau de satisfação dos participantes frente a todas as ações que desenvolve, tais como conciliações, oficinas de educação financeira e orientações individuais[146], sendo que em relação à oficina de Constelação o índice de satisfação em 2016 foi de 82,5%, o que "demonstra uma percepção positiva da ação sob a ótica dos respondentes"[147].

Uma peculiaridade das Constelações aplicadas aos Superendividados é que o grupo de participantes da vivência se limita apenas aos próprios participantes do Programa, e em cada encontro, apenas a temática de uma pessoa é constelada. A supervisora Andreia Siqueira explica que os superendividados "têm vergonha da

[143] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Pesquisa revela elevada satisfação dos participantes do Programa Superendividados do TJDFT. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/pesquisa-revela-elevada-satisfacao-dos-participantes-do-programa-superenvididados-do-tjdft>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[144] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016, p. 51. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/Relatorio_Anual_NUPEMEC_2016.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[145] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 226.

[146] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Pesquisa revela elevada satisfação dos participantes do Programa Superendividados do TJDFT. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/pesquisa-revela-elevada-satisfacao-dos-participantes-do-programa-superenvididados-do-tjdft>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[147] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório de Acompanhamento e Pesquisa de Satisfação/Constelações Familiares, p. 51. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-stisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>. Acesso em: 23 jan. 2019.

própria trajetória e não são facilmente entendidos por quem não está em situação semelhante", por esse motivo, as sessões são feitas em grupos fechados[148].

Outrossim, no caso dos Superendividados, um dos objetivos da Constelação "é permitir a compreensão da relação entre a história de vida do participante e o seu superendividamento". Assim, 17 dos 23 participantes das sessões realizadas em 2016, perceberam uma mudança positiva, e 20 deles responderam que a vivência ajudou de alguma forma a lidar com a situação de endividamento[149].

> A partir dos resultados desses itens pode-se inferir que a constelação se configura como uma vivência que, na maioria das vezes, promove uma melhor compreensão da história de vida do cidadão em situação de superendividamento. Essa compreensão confere sentido e integração aos eventos negativos e positivos da vida à sua história pessoal, contribuindo desta forma para o equilíbrio emocional e o fortalecimento das estratégias de mudanças e superação do endividamento[150].

Importante ressaltar, inclusive, que em 03 de maio de 2017, o TJDFT publicou um edital de seleção de Conteladores voluntários, e isso demonstra "uma notável iniciativa que faz deste tribunal o pioneiro na institucionalização e

[148] CARVALHO, Ana Luiza. TJDFT usa sessões de constelações familiares para solucionar processos. Correio Braziliense, Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2017. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/02/07/interna_cidadesdf,571415/tjdft-usa-sessoes-de-constelacoes-familiares-para-solucionar-processos.shtml>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[149] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório de Acompanhamento e Pesquisa de Satisfação/Constelações Familiares, p. 54. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-stisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>. Acesso em: 23 jan. 2019.

[150] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório de Acompanhamento e Pesquisa de Satisfação/Constelações Familiares, p. 55. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-stisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>. Acesso em: 23 jan. 2019.

formalização da prática de maneira organizada e inclusiva, com processo seletivo formal"[151].

Por todo exposto, constata-se que as vivências de Constelação, na forma como vêm sendo aplicadas no TJDFT (em grupo e separadas por temática) "é um recurso a mais de pacificação, de caráter informal, célere e econômico, disponível como uma pré-mediação"[152].

Tudo aponta para o aprofundamento no estudo da Constelação como uma alternativa a mais de pacificação social, que vem sendo usada de forma crescente no âmbito jurídico, não apenas no Distrito Federal, mas em vários estados. A técnica, entretanto, ainda não foi reconhecida formalmente como método consensual de resolução de conflitos pelo Conselho Nacional de Justiça, embora a entidade já tenha em diversas ocasiões, pontuado o alinhamento da técnica com a Resolução nº 25/2010[153].

Trata-se, pois, de um direito vivo e latente, mas ainda não positivado. O "acolhimento de abordagens mais pluralistas na cultura jurídica brasileira percorreu um longo caminho" até a sociedade passar a ter a visão de que o Estado deve, a princípio, orientar as partes a resolverem de forma pacífica seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, decidir em substituição a elas, não é por menos que a

[151] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 237.
[152] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 222.
[153] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 222-223.

mediação e a conciliação também passaram pela informalidade antes de serem adotadas como política oficial no Estado brasileiro [154].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se pela possibilidade de aplicabilidade das Constelações sistêmicas no âmbito do Poder Judiciário do Distrito Federal para resolução consensual dos conflitos, a fim de que se institua uma justiça mais humana, célere e efetiva e, consequentemente, diminua o número de processos judiciais em curso.

Conforme demonstrado, foi desenvolvido no primeiro capítulo a ideia do que vem a ser o verdadeiro acesso à Justiça, visto que o seu conceito vai muito além do acesso ao Judiciário, e em que medida a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais trazem dispositivos que pretendem efetivar esse acesso. Conclui-se, pois, que é mais apropriado compreender esse direito como o direito de acesso à ordem jurídica justa, porquanto nesse sentido estará incluso não apenas o acesso propriamente dito ao Judiciário, mas, em verdade, a garantia de que as normas constitucionais e infraconstitucionais permitirão ao cidadão usufruir de leis justas e adequadas a resolver de maneira concreta as lides que se submeterem à apreciação do Estado.

Além disso, constata-se que o verdadeiro acesso à Justiça engloba não somente a prevenção e a reparação de direitos eventualmente lesados, mas, principalmente, a confecção de soluções pelas próprias partes, incentivando a

[154] VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 223.

sociedade a participar ativamente nos procedimentos de resolução das suas próprias demandas.

No segundo capítulo, abordou-se os métodos de resolução de conflitos que o Estado brasileiro tem consigo, a fim de ofertar aos cidadãos o real cumprimento ao preceito constitucional de garantir a todos o acesso a uma ordem jurídica justa. Com isso, contata-se que existem três blocos principais de mecanismos: a autotutela, a autocomposição e heterocomposição, sendo esta última subdividida em jurisdição, arbitragem, conciliação e mediação. Concluiu-se que todos esses meios são atualmente utilizados e permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que alguns tenham sua aplicação bastante restrita, como é o caso da autotutela, e outros sejam amplamente incentivados, como a conciliação e a mediação. Além disso, verificou-se que cada um desses meios tem uma aplicação específica, e se adequa melhor a um determinado tipo de situação conflituosa, entretanto, a par de todos esses meios, a sociedade ainda anseia por uma justiça mais humana, que olhe para as partes em conflito como seres individuais, dotados de subjetividade e emoções.

É nesse contexto que surge a proposta de trazer ao Judiciário a técnica psicoterapêutica pensada por Bert Hellinger, e objeto de estudo do terceiro capítulo deste artigo. Constatou-se que a técnica foi desenvolvida e aperfeiçoada ao longo de anos pelo psicoterapeuta, e reúne conceitos de vários estudiosos, culminando com a formulação das três ordens do amor, a saber: pertencimento, hierarquia e equilíbrio entre o dar e o receber. Além disso, foi apresentada como se realiza a dinâmica, isto é, a aplicação dessa técnica no âmbito do Judiciário por meio das representações. Conclui-se, pois, que a vivência de Constelação não se trata de uma sessão de terapia, e nem caberia à Justiça essa incumbência, mas, em verdade, se trata de proporcionar uma nova experiência aos jurisdicionados, para que seja possível a promoção do

diálogo e do entendimento, a fim de que as partes consigam, por si mesmas, chegar a um acordo acerca da situação em que se encontram, tudo em conformidade com o ideal de garantia de acesso à ordem jurídica justa, mencionado anteriormente.

No quarto capítulo, desenvolveu-se a análise da aplicação das Constelações sistêmicas no Judiciário, abordando desde a primeira manifestação da técnica, passando pelo seu reconhecimento frente ao Conselho Nacional de Justiça, até finalmente culminar com a aplicação no Judiciário do Distrito Federal. Conclui-se que, com a inserção gradual no ordenamento jurídico brasileiro iniciada pelo juiz Sami Storch, em comarcas pelo interior do estado da Bahia, as Constelações logo ganharam notoriedade nacional em razão da sua eficiência, e dos índices de acordos obtidos quando as partes eram submetidas às vivências. Com base em estudos aprofundados e com o desenvolvimento na aplicação da técnica, o juiz pioneiro cunhou o termo Direito Sistêmico, que se propõe a perceber as partes em conflito como membros integrantes de um único sistema, e cuja resolução para a situação vivida deverá abranger igualmente a todos os envolvidos, e não apenas uma das partes.

Dada a crescente expansão do ideal de se resolver os conflitos por meio de técnicas pacíficas e adequadas, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010, a fim de organizar e uniformizar os métodos consensuais de soluções de conflitos. Além disso, o CNJ tem constantemente afirmado a compatibilidade das Constelações com a atual ordem jurídica brasileira e com a referida Resolução.

Assim, tem-se que a aplicação das Constelações no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vem viabilizando a concretização de direitos ameaçados e/ou violados, promovendo a reconciliação das partes, ou fazendo-as

aceitar melhor a sua separação. Ademais, de acordo com a pesquisa, vislumbrou-se maior incidência de aplicação da técnica no Distrito Federal em demandas da área de família e em grupos de apoio aos superendividados, os quais obtiveram resultados bastante satisfatórios nos casos em que as pessoas se submetiam às vivências, porquanto elas conseguiam compreender ali, a origem do problema que deu causa a instauração de um processo judicial, trabalhar para resolvê-lo e alcançar uma solução pacífica.

Face ao exposto, conclui-se a plena possibilidade de aplicação da técnica das Constelações sistêmicas para resolução dos conflitos no Poder Judiciário, como mais um método de solução que se presta auxiliar às partes, a fim de garantir o seu direito de acesso à justiça. É evidente que ainda existe resistência no meio jurídico com relação a nova sistemática processual, tendente a fazer com que as partes cheguem por elas mesmas a um acordo, frente a maneira tradicional de resolução de controvérsias. No entanto, o que se privilegia é justamente uma consolidação progressiva e bem estruturada, a fim de que o Judiciário e toda sociedade brasileira caminhem rumo a uma nova visão de Justiça, com participação cada vez mais ativa do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2009. p. 246. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1321/1309>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos art. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispões sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 17 maio 2018.

CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado)–Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio, Porto Alegre. 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_g

eral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 9444/2017 – inteiro teor – ficha de tramitação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167164>. Acesso em: 13 fev. 2019.

CARVALHO, Ana Luiza. TJDFT usa sessões de constelações familiares para solucionar processos. Correio Braziliense, Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2017. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/02/07/interna_cidadesdf,571415/tjdft-usa-sessoes-de-constelacoes-familiares-para-solucionar-processos.shtml>. Acesso em: 23 jan. 2019.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. Constelações familiares na advocacia sistêmica: uma prática humanizada. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

CEZAR-FERREIRA, Verônica V. A da M. A comunicação da família no judiciário. Revista do NESME, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 113-219, set. 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/vinculo/v6n2/v2n6a06.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Souza da. As constelações sistêmicas familiares na justiça do RN: uma interface entre a Psicologia e o Direito, 2015. Disponível em: <http://artpsi.com.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-constelac%CC%A7o%CC%83es-na-justica-do-rn-FINAL-artpsi.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C, R. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 19 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Quem somos. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. Revista JurisFIB, Bauru, v. IV, ano IV, p. 343-380, dez. 2013.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete. Formas consensuais de solução de conflitos I. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUIS-MA, 26., 2017, São Luís. Anais... São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/i7zsp9j7/47U5pNA0p4WU4M2X.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares. Tradução Newton de Araújo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

LUCACHINSKI, Camila Schroeder; LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelações sistêmicas como técnica de resolução de conflitos familiares. In: CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 3., 2017, Itajaí. Anais... Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11880/6848>. Acesso em: 17 maio 2018.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

RECONCILIAÇÃO: um novo olhar para a vida. Viver bem, Natal, n. 28, p. 32-35, set./out. 2015.

ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Carta Forense, 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914 >. Acesso em: 13 jan. 2019.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez. 2007.

STORCH, Sami. "Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã", afirma juiz baiano. Época, 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

STORCH, Sami. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos. Direito Sistêmico, 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 13 jan. 2019.

STORCH, Sami. Direito sistêmico na TV: as contribuições das Constelações de Hellinger no Judiciário. Disponível em: <https://iperoxo.com/2016/09/09/direito-sistemico-na-tv-as-contribuicoes-das-constelacoes-de-hellinger-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. Direito Sistêmico, 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? Direito Sistêmico, 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Editora Método, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Oficina de constelação familiar é utilizada para auxiliar resolução de conflitos. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/marco/constelacao-familiar-e-realizada-no-nucleo-bandeirante-como-auxiliar-na-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Pesquisa revela elevada satisfação dos participantes do Programa Superendividados do TJDFT. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/junho/pesquisa-revela-elevada-satisfacao-dos-participantes-do-programa-superenvididados-do-tjdft>. Acesso em: 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório anual 2016. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/Relatorio_Anual_NUPEMEC_2016.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório de Acompanhamento e Pesquisa de Satisfação/Constelações Familiares. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/superendividados/relatorio-da-pesquisa-de-stisfacao-do-usuario-e-de-impacto-2016>. Acesso em: 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relatório semestral NUPEMEC 2016. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/nupemec/relatorios/Relatrio_Semestral_2016.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Vara no Núcleo Bandeirante divulga resultados positivos do projeto Constelar e Conciliar. TJDFT. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/julho/vara-de-familia-do-nucleo-bandeirante-divulga-resultados-positivos-do-projeto-constelar-e-conciliar>. Acesso em: 23 jan. 2019.

VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica como política pública para resolução de conflitos. Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, jul./set. 2016.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDFT: INTERFACES COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

André Ferreira Jerônimo

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo geral o exame do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, com a finalidade de conferir, a um só tempo, segurança jurídica, isonomia e celeridade aos casos repetitivos que envolvam a mesma questão unicamente de direito, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. O objetivo específico, porém, é observar sua aplicação pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, estabelecendo interfaces com o modelo constitucional de processo. Para tanto, é realizada, inicialmente, análise do contexto sociopolítico que marcou a transição no Brasil, do regime militar ao regime democrático. É examinado, também, o fenômeno da constitucionalização do direito no mundo e seus reflexos sobre a ordem jurídica interna, em especial sobre a Constituição Federal de 1988 e sobre o processo civil. A evolução histórica do direito processual é estudada por meio de suas fases metodológicas, sendo a mais atual (formalismo-valorativo), aquela que melhor define o processo no Estado Constitucional. Os principais aspectos do modelo de processo instituído pela Constituição Federal de 1988 são estudados tendo em conta as importantes contribuições doutrinárias dos italianos Luigi Comoglio, Elio Fazzalari, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, os quais, além de aperfeiçoarem a noção de "processo justo" auxiliaram na tarefa de atribuir ao "contraditório" uma nova dimensão substancial, imprescindível ao processo democrático. O IRDR é examinado a partir do seu regime jurídico, analisando-se a natureza jurídica do

instituto, os pressupostos de admissibilidade, a legitimidade para instauração, a competência para julgamento, os efeitos decorrentes da decisão de mérito e os recursos cabíveis. Procede-se, do mesmo modo, a uma análise do contexto de crise do sistema de justiça e das reformas processuais que justificaram a criação do aludido instituto jurídico. Por fim, é efetuada pesquisa jurisprudencial no âmbito do TJDFT com vistas à identificação de inconformidades com o modelo constitucional de processo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Modelo Constitucional de Processo. Litigiosidade de Massa. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR. Aplicação.

INTRODUÇÃO

A crise numérica de processos aliada à demora na resolução dos feitos e à imprestabilidade do aparato legal destinado aos conflitos de massa justificam as diversas tentativas empreendidas pelo legislador brasileiro em adotar novas técnicas processuais para garantir maior efetividade ao Judiciário, simplificando o processamento e o julgamento das causas submetidas à sua apreciação. A instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, no Código de Processo Civil de 2015, baseia-se, essencialmente, na ideia de conferir racionalidade e eficiência à prestação jurisdicional diante de tais conflitos.

Da maneira como foi concebido, entretanto, corre-se o risco de privilegiar a celeridade e a segurança jurídica em sacrifício de outras garantias constitucionais ínsitas ao processo, como é o caso do contraditório e o direito de ação.

Nota-se que o legislador optou, a qualquer custo, por privilegiar a celeridade, sem maiores preocupações com a qualidade da prestação jurisdicional. Entretanto, como se sabe, nem sempre um processo rápido é um processo justo. Para Surany (2012, p. 18) a questão não envolve apenas a celeridade com o julgamento de várias demandas com uma decisão una, mas antes "a credibilidade do Poder Judiciário em judicar em milhões de processos, de forma responsável e principalmente qualificada, sob pena de cometer 'milhões' de injustiças."

A inadequada aplicação do IRDR, portanto, tem o potencial de atentar contra prerrogativas fundamentais dos jurisdicionados e contra postulados fundantes do Estado Constitucional de Direito. Essa simples hipótese é suficiente para justificar a relevância da presente pesquisa não só para a comunidade acadêmica ou para o meio jurídico, mas para toda a sociedade.

O momento para o debate dessas questões revela-se extremamente propício e oportuno, haja vista a carência de pesquisas empíricas relacionadas aos impactos da aplicação do novo incidente processual na prática forense.

Os esforços empregados na presente pesquisa não pretendem minimizar as virtudes do IRDR, mas tão somente demonstrar que, para além dos alertas já realizados pela doutrina no campo jurídico-normativo, também a aplicação prática do IRDR (no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT) apresenta, em

determinada medida, inconformidades com o modelo de processo instituído pela Constituição Federal de 1988.

O trabalho parte do pressuposto de que o Estado Constitucional Democrático e o modelo de processo a ele inerente representam conquistas da sociedade brasileira, oriundas do processo de redemocratização consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, na primeira parte da pesquisa, busca-se resgatar os aspectos históricos que marcaram a transição no Brasil, do regime militar para a democracia. No mesmo sentido, averígua-se a influência do fenômeno da constitucionalização do direito (neoconstitucionalismo) sobre a ordem jurídica interna, especialmente sobre o processo civil.

Na segunda parte da pesquisa, a fim de situar metodologicamente a ciência processual, examina-se a evolução do direito processual através de suas fases (praxismo; processualismo; instrumentalismo; formalismo-valorativo). A partir das reflexões de variados pensadores e escolas é possível observar o processo como produto eminentemente cultural, o qual não se concebe de maneira estanque, descolado dos fatos e do desenrolar da história.

Na sequência, são delineadas as principais características do modelo constitucional de processo, assim como são estudadas as contribuições dos processualistas italianos acerca do mencionado modelo, com destaque às reflexões de Comoglio (noção de processo justo); Fazzalari (superação do processo como relação jurídica /

contraditório influente); e, Andolina e Vignera (definição de modelo único de processo de tipologia plúrima).

A terceira parte da pesquisa é dedicada ao estudo do incidente de resolução e demandas repetitivas. É analisado o contexto que deu azo à instituição do IRDR no Código de Processo Civil de 2015, incluindo a crise numérica de processos e as reformas legislativas deflagradas para contê-la. Além disso, é examinado o regime jurídico do incidente contemplando as hipóteses de cabimento, a legitimidade para instauração, a competência para julgamento, os efeitos decorrentes da decisão de mérito, e os recursos cabíveis.

A análise dos aspectos acima mencionados é realizada criticamente, sendo apontadas as principais polêmicas que envolvem o novo incidente processual, incluindo suas potenciais inconstitucionalidades.

Na última parte do trabalho procede-se ao exame da jurisprudência do TJDFT produzida sob a sistemática do IRDR. O estudo dos acórdãos proferidos pela Câmara de Uniformização desse tribunal possibilitou a coleta de importantes elementos que auxiliaram na verificação de conformidade entre a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas e o modelo constitucional de processo.

1 BRASIL — O CONTEXTO HISTÓRICO DA TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA

A presente pesquisa propõe uma reflexão sobre a aplicação de determinado instituto jurídico — o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) — ante o modelo de processo civil adotado no Brasil. Para tanto, parte-se da premissa de que o Estado Constitucional de Direito e o modelo processual a ele inerente, representam conquistas da sociedade brasileira, oriundas do processo de redemocratização, consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, e tendo em conta o caráter essencialmente cultural do Direito, cumpre resgatarmos os aspectos históricos, vale dizer, as contingências e escolhas políticas desta sociedade que acabaram por constituir e legitimar o atual modelo de Estado, pautado nos fundamentos e princípios emanados da Constituição Federal de 1988.

Enfim, convém realizar um corte temporal e evocar, ainda que suscintamente, as circunstâncias que marcaram a transição no Brasil, do regime militar, que vigorou por vinte e um anos, ao regime democrático, o qual tem conferido estabilidade às instituições republicanas, além de ter reafirmado a cidadania em outras bases, garantindo, em boa medida, a participação da sociedade na vida político-institucional do país.

1.1 Regime Militar

Durante vinte e um anos (1964–1985), os brasileiros viveram sob um regime de governo comandado por militares, fruto de um movimento arquitetado desde a década de 1950, porém, operacionalizado apenas em 31 de março de 1964, com a deposição do Presidente João Goulart.

Entre os militares, o mote oficial para sua deflagração foi o "espectro do comunismo", haja vista a crescente adesão de países latino-americanos aos ideais

socialistas, notadamente após o sucesso da Revolução Cubana de 1959, comandada por Fidel Castro (BUENO, 2010).

Este não foi, todavia, o fator exclusivo para conformação. Havia, certamente, visões de mundo distintas entre o grupo que comandava o país naquele momento e os militares, que se filiavam a interesses norte-americanos. De acordo com Bueno (2010, p. 374):

> O que se travou no Brasil, da posse (em setembro de 1961) à queda (em abril de 1964) de Goulart, foi o choque entre duas visões conflitantes da política e, especialmente, da economia. [...] Em lugar da "república sindicalista", a concentração de renda, o arrocho salarial e o alinhamento subserviente ao capital internacional. No confronto entre os dois modelos desenvolvimentistas distintos, venceu a "modernização conservadora" proposta pela ESG (Escola Superior de Guerra), com o apoio dos Estados Unidos. Para concretizá-la, foi preciso romper o jogo democrático e promover o fechamento político – e assim se fez.

Militarmente, o movimento de março de 1964 não causou grandes alvoroços, tal e qual como se passou outrora com a proclamação da República. Logo, imaginou-se que a Constituição, as eleições e a "normalidade democrática" seriam preservadas. Porém, em 25 de outubro de 1965, o país se viu imerso num verdadeiro regime de exceção, por ocasião da edição do Ato Institucional nº 2 (AI–2), baixado pelo general-presidente Castelo Branco, o qual suspendeu a Constituição de 1946. Dentre outras medidas, o AI–2 alterou significativamente a configuração política do país, ampliando os poderes do presidente (que passaria a ser eleito por votação indireta), e suprimiu o multipartidarismo com a criação da Arena e do MDB (BUENO, 2010).

A feição menos democrática desse regime se evidenciou durante o período comandado pelo general Costa e Silva, e posteriormente por Garrastazu Médici. Foi nesta altura (1968) que se editou o Ato Institucional nº 5 (AI–5), decreto pelo qual

muitos parlamentares perderam seus mandatos, que impôs a censura à imprensa e às artes, e pelo qual institucionalizou-se a tortura como instrumento de controle e perseguição aos opositores do regime (BARROSO, 2008).

Com o referido ato institucional decretou-se o fechamento do Congresso. O Poder Executivo passou a legislar "em todas as matérias previstas nas Constituições", suspendendo as "garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamobilidade e estabilidade" e permitindo ao presidente "demitir, remover, aposentar, transferir" juízes, empregados de autarquias e militares (BRASIL, 1968).

Em março de 1974, assume Ernesto Geisel. O quarto general-presidente, que havia sido chefe da Casa Militar de Castelo Branco, tinha planos de promover uma reabertura "lenta, gradual e segura" para a democracia. Apesar de ter usado amplamente os poderes que lhe foram concedidos pelo AI–5, foi Geisel, em 1º de janeiro de 1979, quem extinguiu o indigitado ato institucional.

Até que a abertura realmente se concretizasse, o regime manteve-se ainda pouco flexível na gestão Geisel[1]. São dessa época os relatos envolvendo as polêmicas "mortes" de Vladimir Herzog (chefe do Departamento de Jornalismo da TV Cultura/SP) e Manoel Fiel Filho (operário metalúrgico) (BUENO, 2010).

Com a promessa de que "faria desse país uma democracia", em 15 de março de 1979, João Baptista Figueiredo assume a Presidência. Enfrentando intensas reações da direita, às duras penas ele consegue manter o calendário eleitoral de 1982.

[1] Recentemente, em 10 de maio de 2018, soube-se que o próprio Presidente Ernesto Geisel decidiu manter a política de repressão aos opositores do regime. As informações foram reveladas pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos por meio do Memorando 99 - do Diretor da CIA ao Secretário de Estado Henry Kissinger. Disponível em: https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1969-76ve11p2/d99?platform=hootsuite. Acesso em: 11 de maio de 2018.

Seu governo foi marcado pela continuidade do governo Geisel, no sentido de preparar o país para a reabertura democrática. Destaca-se no período de seu governo a concessão da anistia "ampla, geral e irrestrita" aos políticos, artistas e intelectuais cassados e/ou exilados com base nos Atos Institucionais. Ressalte-se que a anistia também alcançou os militares que foram punidos com fundamento nos mesmos atos (BUENO, 2010).

Em 1985, Figueiredo (derradeiro general-presidente), deixa o poder com a promessa de transição para a democracia cumprida. Ainda que a emenda das "Diretas Já" não tenha sido aprovada, Tancredo Neves é eleito pelo colégio eleitoral sem, contudo, ter podido exercer a presidência por graves motivos de saúde (BUENO, 2010).

1.2 A redemocratização do Brasil

O clima de renovação que desde 1968 começava a manifestar-se mundo afora, também alcança o Brasil. Governos militares em países vizinhos como Argentina e Chile começavam a ruir. Por aqui, a campanha pelas "Diretas Já" levou o povo de volta às ruas. As maiores manifestações populares da história do país ocorreram em abril de 1984 e conduziram cerca de um milhão de pessoas à Praça da Candelária, no Rio de Janeiro, depois ao Vale do Anhangabaú, em São Paulo. "Nas principais cidades brasileiras, comícios organizados levaram milhares de pessoas às ruas com gritos de 'um, dois, três, quatro, cinco mil, queremos eleger o presidente do Brasil' (FRANZOI; MORAIS, 2014, p. 2).

O país acompanhou atento a derrota da emenda Dante de Oliveira, que propunha o voto direto para a presidência. Faltaram 22 votos para que fosse aprovada. Tancredo Neves viria a ser eleito indiretamente pelos congressistas, porém

faleceu antes de assumir o cargo. Em razão disso, ironicamente, José Sarney, político que desde o início da carreira estivera ligado ao regime militar, tornou-se o primeiro presidente civil do Brasil (BUENO, 2010).

Ao assumir o poder, Sarney deparou-se com um país politicamente instável. A economia não apresentava sinais de crescimento e a inflação comprometia os salários e estimulava a especulação financeira, causando estagnação na indústria e alto índice de desemprego. O Presidente tomou medidas para tentar solucionar esse momento de fragilidade do país. "Convocou a Assembleia Nacional Constituinte, declarou moratória provisória junto ao FMI, criou o seguro-desemprego e implantou um plano econômico para tentar acabar com o que ele chamava de 'dragão da inflação' (FRANZOI; MORAIS, 2014, p 3).

Nada obstante a euforia da população, o plano não logrou êxito. De acordo com Bueno (2010, p. 423), "[...] o plano Cruzado revelou-se um paliativo inútil, fruto de sua desvinculação com a realidade efetiva dos números no Brasil."

Enfim, o primeiro presidente civil brasileiro não solucionou ou amenizou os grandes problemas do país, entretanto passara para a história como o presidente da redemocratização, "o homem que havia legado ao país uma nova Constituição e provocado imensa mobilização nacional em torno de um pacote econômico, o Plano Cruzado" (BUENO, 2010, p. 421).

A instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, deu início ao que viria a ser o maior marco da redemocratização no país. A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi, notadamente, o evento de caráter político mais importante nessa quadra histórica. Simbolizou a superação de difíceis momentos para a sociedade brasileira, no tocante a direitos e garantias fundamentais, e selou,

definitivamente, a transição para um regime mais arejado e inclusivo, enfim, democrático.

1.3 A Constituição Cidadã de 1988

Como mencionado, a Carta Política de 1988 representa o grande marco da redemocratização no Brasil. Apesar das críticas, seu texto consagrou princípios e valores próprios de uma sociedade livre e plural, além de ampliar os mecanismos de acesso à justiça aos cidadãos.

A Constituição de 1988 realinhou o Brasil às demais nações democráticas do mundo, assentando, pela primeira vez, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. Nas palavras de Barroso (1988, p. 5), a Constituição "traduz o processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência."

A tradição e as circunstâncias impuseram ao constituinte a opção por um texto analítico, por vezes, casuístico. Não era para menos. O tempo relativamente longo para conclusão dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (um ano e sete meses), não minguou a esperança dos brasileiros em ver consagrados em sua Constituição, direitos outrora violados. O rol de direitos fundamentais passou a figurar logo no início do texto constitucional, antes mesmo da disciplina da organização do Estado e dos Poderes, configurando uma "valiosa carta de proteção dos cidadãos brasileiros contra os abusos, tanto estatais como privados". Não se olvide também, sua marcante característica dirigente que contempla "grandes linhas programáticas, que procuram sinalizar caminhos a serem percorridos pelo legislador e pela Administração Pública" (BARROSO, 1998, p. 7-8).

O processo de redemocratização no Brasil também não estaria bem encaminhado se a Constituição Federal não trouxesse em seu bojo uma verdadeira repaginação da ordem jurídica. No seio da constituinte de 1987, surgem propostas para reforma do Poder Judiciário, objetivando sua adequação aos novos tempos e aos anseios de justiça perseguidos pela sociedade brasileira, pós regime militar.

Com a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, algumas dessas propostas se concretizaram. Foram instituídos os Tribunais Regionais Federais, com o objetivo de substituir e regionalizar a jurisdição do extinto Tribunal Federal de Recursos — TFR, e foi instituído o Superior Tribunal de Justiça — STJ, que ficou conhecido por tribunal da cidadania, como última instância assecuratória das leis federais. O Supremo Tribunal Federal — STF manteve sua função precípua de zelar pela Constituição, uma vez que o STJ se incumbiu da jurisdição infraconstitucional.

O Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado foi elevado a um *status* nunca dantes verificado. A Constituição consagrou autonomia e independência ao referido órgão, ampliando seu espectro de atuação, sempre em defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e do próprio regime democrático. Os mecanismos de proteção dos direitos, inclusive os de última geração, como a tutela do meio ambiente e do consumidor, foram incrementados com a criação de novas ações judiciais, como o mandado de segurança coletivo, e a constitucionalização da ação civil pública (BARROSO, 1998).

A nova Constituição reequilibrou a distribuição dos Poderes, outrora hipertrofiados no Executivo. Conferiu meios que efetivaram a participação da

sociedade na tomada de decisões e, em atendimento a uma demanda histórica, reintroduziu o voto direto para a Presidência da República (art. 77), transformando-o em cláusula pétrea (art. 60, §4º, II) (BARROSO, 1998).

Por tudo que representa, simbólica e praticamente, a Constituição de 1988, que ficou conhecida como Constituição Cidadã, é considerada uma conquista democrática que põe fim a tempos nebulosos da vida em sociedade e aponta caminhos possíveis para sua emancipação. Nesse contexto, importa zelar pela sua observação e contribuir, cidadãos e instituições, para a concretização dos objetivos ali traçados.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo ressurge mais forte e vigoroso na Europa continental, especialmente na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e na Itália, com a promulgação da Constituição de 1947. A partir daí, alcança Portugal (1976), Espanha (1978), e espalha-se pelo mundo no decorrer da segunda metade do século XX (CAMBI, 2007). O fenômeno se reproduziu mais tarde, com nuances próprias, em países em desenvolvimento como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e o próprio Brasil (SARMENTO, 2009).

Importante registrar, que até a Segunda Guerra Mundial, a cultura jurídica que vigorou na Europa seguia um modelo essencialmente legicêntrico, pois "tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal — quase como a fonte exclusiva — do Direito, e não atribuía força normativa às constituições" (SARMENTO, 2009, p. 114).

De acordo com Daniel Sarmento (2009, p. 114):

> Estas (as constituições) eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.

Esta era também a realidade em terras brasileiras. Não faltam exemplos de como até 1988 as constituições eram encaradas como meras "fachadas":

> A Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituíra o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas (SARMENTO, 2009, p. 118).

Esse novo constitucionalismo ficaria caracterizado pelo reconhecimento da força normativa das constituições, rompendo com a ideia de que representavam documentos eminentemente políticos ou simples repositórios de promessas vagas e exortações morais. A partir desse momento, a imperatividade inerente a todas as normas jurídicas passa a ser reconhecida também nas normas constitucionais, havendo meios próprios para o cumprimento forçado nos casos de inobservância de seus comandos (BARROSO, 2013).[2]

[2] O constitucionalismo do segundo pós-guerra é por vezes denominado neoconstitucionalismo. No entanto, o termo não traduz uma única concepção teórica a respeito do fenômeno jurídico na

Para Miguel Carbonell (2003), esse movimento chamado neoconstitucionalismo busca demonstrar que os textos constitucionais adquiriram "força cogente e imperativa em relação aos seus destinatários", portanto, não se limitam apenas a estabelecer competências ou separar os poderes constituídos, mas que possuem normas vinculativas que condicionam a própria atuação do Estado.

Luís Roberto Barroso (2005) propõe a observação deste fenômeno constitucional contemporâneo a partir de três importantes marcos: um marco histórico, um marco filosófico e um marco teórico. Pela pertinência e clareza das ideias do professor, passa-se a elucidá-los.

Marco histórico: Como já delineado anteriormente, o marco histórico deste novo direito constitucional remonta ao segundo pós-guerra na Europa. A primeira referência no desenvolvimento dessa concepção é a Lei Fundamental de Bonn — Constituição alemã — de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A segunda referência é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Posteriormente, na década de 1970, essa tendência alcança Portugal (1976) e

contemporaneidade. Sobre o tema, informa Daniel Sarmento: "A palavra 'neoconstitucionalismo' não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003". SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 113-149. Ver ainda: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina Brasil, 2016. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Rio de Janeiro, v. 240. abr./jun. 2005. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618. Acesso em: 25 abr. 2018.

Espanha (1978). No caso brasileiro, o marco histórico da recepção desse novo constitucionalismo foi a promulgação da Constituição de 1988.

Marco filosófico: A superação dos paradigmas propostos até então pelas duas grandes correntes de pensamento do Direito — o jusnaturalismo e o positivismo — aponta para o surgimento de um novo conjunto de ideias mais abrangentes e menos enquadradas em modelos puros, denominado, genericamente, de pós-positivismo. Essa corrente em construção, apoia-se nas seguintes noções:

> [...] atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; formação de uma nova hermenêutica constitucional; e desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO, 2005, p. 4).

O pós-positivismo propõe, enfim, uma leitura para além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto. Promove uma clara aproximação entre Direito, moral e filosofia. Informa aos operadores jurídicos (juízes, advogados, Ministros ou Membros do Ministério Público), que a interpretação e a aplicação do Direito "não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais" (BARROSO, 2005, p. 5).

Marco teórico: No plano teórico, o eminente constitucionalista aponta três grandes transformações que revolucionaram a aplicação do Direito Constitucional:

a) A força normativa da Constituição: alcançada a partir do segundo pós-guerra, com o processo de reconstitucionalização da Alemanha e da Itália;

b) A expansão da jurisdição constitucional: ocorreu com a criação dos tribunais constitucionais encarregados, essencialmente, do controle de constitucionalidade das leis. No Brasil, registre-se, a jurisdição constitucional

expandiu-se substantivamente a partir da Constituição de 1988, com a ampliação do direito de propositura das ações diretas submetidas ao controle abstrato ou concentrado. O rol de legitimados previsto no art. 103 da Constituição Federal rompeu com o monopólio exercido até então pelo Procurador-Geral da República;

c) A nova interpretação constitucional: pelo prisma do direito constitucional atual, as premissas de interpretação tradicionais, tanto as relativas às normas quanto ao intérprete, tornaram-se insuficientes ou mesmo inadequadas para atingir a melhor aplicação do Direito. A partir da nova concepção, tais premissas assumem características mais "elásticas" e definem novos papéis para a norma e para o juiz.

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Quanto ao papel do juiz, já não lhe cabe apenas uma função de conhecimento técnico, voltado a revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2005). Nesse contexto, a interpretação passa a valer-se cada vez mais de categorias, como: cláusulas gerais, princípios, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação.

Daniel Sarmento (2009, p. 113), em análise sobre o mesmo fenômeno jurídico, de igual maneira relaciona elementos que, reciprocamente implicados, são capazes de identificar o constitucionalismo contemporâneo:

> (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
>
> (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
>
> (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
>
> (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e
>
> (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. .....

Desde então, boa parcela das normas das constituições são princípios, não regras. Essa característica compeliu o Poder Judiciário a adotar uma série de técnicas de intepretação para além da tradicional subsunção. Dentre elas, a técnica da ponderação, frequentemente utilizada para resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes (SARMENTO, 2009).

Robert Alexy (2012, p. 93-94), em sua clássica obra Teoria dos Direitos Fundamentais, explica de que forma ocorre um conflito dessa natureza, e de que maneira deveria ser solucionado. Por oportuno, em linhas gerais, transcreve-se a lição:

> As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa (das colisões entre regras). Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas

> condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Na mesma linha de ideias, Luís Roberto Barroso (2005, p. 11), discorre sobre a necessidade de se recorrer à técnica da ponderação diante do conflito entre normas constitucionais, uma vez que a tradicional técnica da subsunção tornou-se insuficiente para tal fim:

> Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização - quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

A constitucionalização do direito, como se verifica, não se encerra no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Mais que isso, envolve a filtragem constitucional[3] do Direito, vale dizer,

[3] Ideia desenvolvida por Paulo Ricardo Schier como contraposição à desconfiança de setores conservadores da sociedade brasileira à ordem político-jurídica recém implantada pela Constituição de 1988. Nas palavras do autor: "A noção de filtragem constitucional desenvolveu-se num momento do direito brasileiro que ficou conhecido como a fase da 'dogmática da efetividade'. Ela desempenhava a tarefa de tentar superar os discursos provenientes de setores conservadores da sociedade que desconfiavam da nova ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988, sustentando não existir condições políticas, econômicas, ideológicas e até mesmo jurídicas para a sua plena realização. [...] Esses discursos ainda estavam fundados nas ideias de um direito positivista, pautado exclusivamente em regras, desvinculado de questões morais e cujo protagonista era a lei. A filtragem constitucional cuidava de tentar inverter esta lógica defendendo uma perspectiva pós-positivista em que (i) a

"[...] a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos" (SOUSA NETO; SARMENTO, 2012, p.178).

Ainda no ano de 2003, em artigo incluído na celebrada obra organizada por Miguel Carbonell (Neoconstitucionalismo (s)), Riccardo Guastini assentou sua visão sobre o processo de constitucionalização do direito:

> Por 'constitucionalização do ordenamento jurídico' proponho entender um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente 'impregnado' pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, entrometida (pervasiva; invasiva), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais (GUASTINI, Riccardo, 2003, p. 49). (tradução livre)

Observa-se, nesse contexto, a irradiação do conteúdo material e axiológico da constituição para todo ordenamento jurídico. A Constituição passa a ser um farol e um filtro para os demais ramos do direito, que têm suas normas elaboradas,

---

Constituição não deveria ser compreendida apenas como um conjunto de princípios e direitos desprovidos de eficácia, totalmente à disposição da boa vontade do legislador ordinário, (ii) que ela possuía uma normatividade própria, superior e vinculante, mesmo em relação aos princípios e normas ditas programáticas, (iii) que o Poder Judiciário poderia ter acesso a esta normatividade constitucional através da lei ou, de forma direta, sem ou contra a lei, (iv) que todas as normas constitucionais, mesmo aquelas demandantes de regulamentação ou políticas públicas, deveriam produzir ao menos uma eficácia jurídica mínima (derrogatória ou prestacional, vinculada ao mínimo existencial), (v) que toda interpretação e aplicação do Direito deveria ser constitucional, (vi) que a compromissoriedade e pluralismo axiológico da nova Constituição não eram defeitos e fruto de assistematicidade do texto constitucional, mas reflexo de uma decisão por certa concepção de democracia plural e (vii) que o texto analítico não era desnecessário (mas, antes, produto cultural e consequência da compromissoriedade)".

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 378. 22 dez. 2015. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9. Acesso em: 25 abr. 2018.

interpretadas e aplicadas à luz do texto constitucional, objetivando, em última análise, a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais.

De fato, é também inegável a repercussão da constitucionalização sobre a atuação dos três Poderes, e mesmo sua influência sobre as relações entre os particulares. No âmbito do Poder Legislativo, a constitucionalização impõe limites à sua discricionariedade quando da elaboração das leis, ao mesmo tempo em que orienta sua atuação na promoção de programas que busquem efetivar os objetivos constitucionais. Quanto à Administração Pública, além de igualmente limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela deveres de atuação, valida a prática de atos que apliquem de maneira direita e imediata a Constituição. No tocante ao Poder Judiciário, é o parâmetro central para o exercício do controle de constitucionalidade e principal esteio na interpretação de todas as normas do sistema. Aos particulares, por fim, mitiga a sua autonomia da vontade sujeitando-a ao crivo dos valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais (BARROSO, 2005).

O fenômeno da constitucionalização do Direito, no limite, não deve ser entendido como a inclusão de normas próprias de outros domínios no texto da Constituição, o que, na visão de Barroso (2005), nem sempre é desejável, mas antes, que a leitura e a interpretação de todo o ordenamento jurídico devem ser realizadas pela ótica da Constituição e submetidas ao seu crivo.

Adiante, será verificado como tal movimento impactou substancialmente o processo civil brasileiro, revolucionando seus institutos, sua leitura e sua aplicação. O Novo Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, instituído sob forte influência dos preceitos constitucionais, é a grande marca do que se relata, em nossa ordem jurídica.

2.1 Judicialização das relações sociais e da política

O termo "judicialização da política" foi cunhado pioneiramente por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), na obra referência sobre o tema *The Global Expansion of Judicial Power*. Nela, os autores analisam a crescente expansão do Poder Judiciário nos Estados Unidos e em diversas partes do mundo.

De acordo com Tate e Vallinder, a judicialização da política deve ser vista a partir de pelo menos duas dimensões. A primeira dimensão compreende o fenômeno como "o processo de expansão dos poderes do sistema judiciário para legislar e executar leis, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e Legislativo para os juízes e tribunais" (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13) (tradução nossa). A segunda dimensão trata da "difusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas, onde não residiam anteriormente" (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13) (tradução nossa). O aspecto que aqui interessa leva em conta a primeira dimensão definida pelos autores.

Esse fenômeno revela importante e polêmico traço: o foco no Poder Judiciário, tendo como grande protagonista a figura do juiz. O alcance dos efeitos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, em especial pelas Cortes Superiores, legou ao juiz o papel de verdadeiro guardião das promessas[4] civilizatórias contidas na Constituição, cabendo a ele, em última análise, a interpretação e aplicação das normas constitucionais, relegando a um segundo plano, nessa matéria, o papel

[4] O termo "guardador de promessas" é utilizado por Antoine Garapon em obra homônima na qual propõe uma reflexão sociológica e filosófica sobre a relação entre justiça e democracia, em especial neste contexto de ascensão do Poder Judiciário (consequentemente, do juiz) como resultado da crise entre os outros dois Poderes. GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

desempenhado por outras instituições ou pelos outros dois Poderes constituídos (SARMENTO, 2009).

Nesse sentido, questões políticas de repercussão nacional passaram a ser submetidas ao escrutínio do Poder Judiciário ante a dificuldade de construção de consensos no Poder Legislativo ou da ineficiência na implantação de políticas públicas pelo Poder Executivo. Mesmo questões morais em temas controvertidos na sociedade são agora alvo de muitos debates e aguardam a manifestação dos juízes e/ou tribunais sobre o sentido que devam adotar.

Como bem observado por Barroso (2009), o fenômeno da judicialização — entendida como a atuação da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária — não é exclusividade do Brasil, tendo sido registrado em vários países, especialmente desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Do ocidente ao oriente é possível verificar o papel cada vez mais ativo das supremas cortes/tribunais constitucionais na vida institucional de seus países. Os exemplos são numerosos:

> No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment* (BARROSO, 2009, p. 18).

No caso brasileiro, da ampla gama de assuntos que foram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, podemos citar:

> [...] no âmbito de ações diretas — que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) — questões como:
>
> a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150);
>
> (b) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução n.º 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12);
>
> (c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130);
>
> No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros (BARROSO, 2009, p. 21).

Registrem-se, por oportuno, as recentes manifestações da Suprema Corte sobre questões não menos relevantes que as anteriores, como a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (HC 152752)[5], e ainda sobre a limitação do foro por prerrogativa de

[5] Em apertado placar (6 a 5), o plenário do STF assentou entendimento de que a execução antecipada da pena não viola o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que estabelece: "Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória." O *habeas corpus* em questão foi impetrado pela Defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

função a crimes cometidos durante e em função do mandato parlamentar (Questão de Ordem na Ação Penal 937)[6].

O Poder Judiciário, nesse contexto, adquire enorme relevância política, na medida em que um número cada vez maior de questões polêmicas e relevantes para a sociedade passam a ser analisadas e decididas por juízes e tribunais, em especial pelas cortes constitucionais. Nas palavras de Sousa Neto e Sarmento (2012, p. 178): "De poder quase 'nulo', mera 'boca que pronuncia as palavras da lei', como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo."

Diversas são as causas que contribuíram para o incremento da judicialização no Brasil. Ao lado jurisdição constitucional, exercida amplamente desde o juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, observou-se, desde a promulgação da Constituição de 1988, um significativo aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. A isso se atribui: a redescoberta da cidadania; a conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos; o surgimento de novas ações, novos direitos e a ampliação dos mecanismos para tutela de interesses consagrados no texto constitucional (BARROSO, 2009).

Em análise mais aprofundada sobre o fenômeno, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos aponta a crise do modelo de Estado Social, adotado por países semiperiféricos, como é o caso de Portugal e Brasil, como uma das causas da proeminência dos tribunais, refletindo notadamente em três campos: "no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos de poder e na judicialização da

[6] O caso concreto é de ação ajuizada pelo MP eleitoral contra o ex-deputado Federal Marquinho Mendes, por suposta compra de votos nas eleições municipais de 2008, quando foi eleito prefeito de Cabo Frio/RJ.

política". De acordo com o professor lusitano, muito da litigação que hoje chega aos tribunais decorre da precarização dos direitos econômicos e sociais (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.). Ou seja, a busca pelo Poder Judiciário também tem a ver com o "nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação" (SANTOS, 2011, p. 24).

De acordo com Sousa Santos, Marques e Pedroso (1995), outros fatores também merecem ser considerados no estudo do tema, tais como: "o nível de desenvolvimento do país [...]; a cultura jurídica dominante em termos de grandes sistemas (*commom law/civil law*) [...]; e o processo histórico por via do qual essa cultura jurídica se instalou e se desenvolveu" (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 5).

Dadas as circunstâncias socioeconômicas e a configuração institucional vigentes no Brasil, parece acertada a análise feita pelos autores, o que justifica o natural movimento de substituição da administração, responsável direta pela execução das mais variadas políticas públicas, pelo sistema judicial, sendo este, o último bastião para a defesa dos direitos constitucionalmente assegurados.

Mais recentemente, uma das principais causas da judicialização da política foram as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção envolvendo a classe política, num fenômeno que ficou conhecido como "criminalização da responsabilidade política" (CITTADINO, 2001). Exemplos conhecidos dessas investigações foram as que ocorreram na Itália, na década de 1990, onde centenas de grande empresários e políticos foram presos no âmbito da

operação "Mãos Limpas" (SANTOS, 2011). No Brasil, a operação batizada "Lava-Jato", deflagrada em 2014, igualmente levou grandes empresários e políticos à prisão.

Não se pode olvidar, todavia, fundadas críticas à forma seletiva na atuação de Membros do Ministério Público Federal e graves erros de procedimento do juiz titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba-PR, no âmbito dessa operação.

A visibilidade pública das deliberações judiciais que afetarão diretamente a vida dos brasileiros e brasileiras é fenômeno que merece destaque em nossa realidade. Semanalmente, transmite-se ao vivo, através da TV Justiça, as sessões de julgamento do plenário do Supremo Tribunal Federal para todo o país. A despeito de posições contrárias, esta visibilidade nos parece positiva e alterou significativamente a posição do Poder Judiciário dentro da sociedade.

Aspecto de indispensável observação diz respeito às críticas comumente suscitadas ao se analisar o fenômeno da judicialização. As principais referem-se à legitimidade, à capacidade institucional e à independência dos tribunais. Na lição de Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 3-5):

> A questão da legitimidade só se põe em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida eleitoralmente. Como, na esmagadora maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere com o poder legislativo ou o poder executivo.
>
> A questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levarem a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturais relativamente inelásticos, qualquer acréscimo 'exagerado' da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueamento da oferta e, em última instância redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os

> tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação activa de um qualquer sector da administração pública. Nestes domínios, que são aqueles em que a 'politização dos litígios judiciais' ocorre com mais frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute-se directa e negativamente na própria eficácia da tutela judicial.
>
> A questão da independência dos tribunais está intimamente ligada com a questão da legitimidade e com a questão da capacidade. A independência dos tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno pelo que pode parecer estranho que seja objecto de questionamento. E em verdade, ao contrário do que sucede com a questão da legitimidade, o questionamento da independência tende a ser levantado pelo próprio poder judiciário sempre que se vê confrontado com medidas do poder legislativo ou do poder executivo que considera atentatórias da sua independência.

Nessa mesma linha, Barroso (2005) assinala três objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira e ao papel contra-majoritário[7] desempenhado pelas cortes constitucionais. São elas: A falta de legitimidade democrática destes órgãos de "afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular"; a politização indevida da Justiça; e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

De fato, parecem convergir as análises e conclusões no sentido de que ao Poder Judiciário, na atual quadra histórica, cabe, precipuamente, zelar pelos valores e procedimentos consagrados na Constituição, sob pena de pelo excesso na atuação subverter a lógica republicana e democrática da distribuição dos Poderes.

[7] Barroso anota que: A expressão "dificuldade contra-majoritária" (*the conter-majoritarian difficulty*) foi cunhada originariamente por Alexander Bickel, The last dangerous branch, 1986, p. 16, cuja 1ª edição é de 1962.

Ana Paula de Barcellos (2005) também tece considerações sobre os riscos desse avanço do Judiciário. O faz ao analisar o controle das políticas públicas no atual contexto institucional no Brasil, asseverando que a despeito de a atividade de definição de políticas públicas não estar totalmente infensa ao controle jurídico, uma vez que a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, não se deve pretender que a jurisdição constitucional invada o espaço da política, transferindo as decisões que originalmente e legitimamente deveriam ser do povo e de seus representantes para o que denomina a autora de "reis-filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral."

Nada obstante as ponderações nesse sentido, e tendo em conta o alcance das decisões e a frequência com que o Judiciário tem se manifestado sobre as mais diversas questões sociais e políticas, não se pode, por essa razão, atribuir aos juízes e tribunais a imposição de um "modelo juriscêntrico." A judicialização das demandas, tal como visto, se dá em conformidade com o modelo institucional estabelecido pela Constituição de 1988. O Poder Judiciário, nesse passo, limita-se a cumprir o seu papel constitucional, atuando na medida em que é provocado (BARROSO, 2009).

É o que afirma também Cittadino (2001) ao considerar que a expansão do poder judicial deve ser vista como um reforço da lógica democrática:

> [...] a ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático [...], essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular (CITTADINO, 2001, p. 137-138).

Dessa maneira, a judicialização, no contexto brasileiro, representa um fato, "uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política" (BARROSO, 2009, p. 21).

2.2 Ativismo judicial

Uma breve referência ao que se denomina ativismo judicial se faz necessária ante à confusão que se estabeleceu no senso comum jurídico a respeito do termo. A expressão assumiu diversos significados sem uma definição mais precisa do que deveria representar. Foi o que constatou, ainda em 2004, nos EUA, Keenan D. Kmiec (2004, p. 1443, apud ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 22):

> Ironicamente, quanto mais corriqueiro se tornou o uso do termo, mais obscuro tornou-se o seu significado. Isto porque 'ativismo judicial' se define em um sem número de diferentes, e até mesmo contraditórias, formas; estudiosos e juízes reconhecem este problema, mas ainda persistem em falar sobre o conceito sem defini-lo. Deste modo, o problema continua inabalável: as pessoas falam de coisas diferentes como se fossem uma única, usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes. [...] O termo sempre incorporou uma variedade de diferentes significados, e é imperativo que aqueles que o utilizem expliquem qual o significado que lhe pretendem empregar.[8] (tradução livre)

[8] No original: Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear. This is so because "judicial activism" is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts. […]The term has always embodied a variety of concepts, and it is imperative that speakers explain which meaning they seek to employ. KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of "judicial activism". California Law Review, Berkeley, n. 92, p. 1441-1446, maio. 2004.

No Brasil, ainda hoje não se chegou a um consenso sobre sua definição. A expressão é por certo polissêmica. E talvez a tentativa de lhe impor um único sentido não seja algo imprescindível a ponto de se ignorar o que de qualquer forma já se aninha no termo.

Um didático esforço nesse sentido é realizado por Barroso (2009), para quem o ativismo judicial, diferentemente da judicialização, é uma atitude, "a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2009, p. 22). Enquanto a judicialização decorre do modelo constitucional adotado no Brasil, o ativismo judicial pressupõe uma participação mais intensa do Poder Judiciário com vistas a assegurar direitos fundamentais ou a garantir a supremacia da Constituição, fundamentando-se as decisões substancialmente em princípios, sobretudo nos constitucionais (TEIXEIRA, 2012).

Identificar o sentido contrário de um termo, por vezes, revela-se uma boa técnica para se aprimorar sua definição, contribuindo para o seu entendimento. Para Barroso (2009), o oposto de ativismo é a auto-contenção judicial, pela qual o Judiciário adota uma postura menos interveniente nas ações dos outros Poderes. Explica o citado autor que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
>
> (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
>
> (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).

A postura auto-contida, por sua vez:

> (i) evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
>
> (ii) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e;
>
> (iii) abstém-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).

Inúmeros são os exemplos capazes de ilustrar o ativismo judicial e a dimensão política da jurisdição constitucional, especialmente aquela atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Apenas para elucidar a mencionada hipótese de imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, citem-se os casos de distribuição de medicamentos ou tratamentos mediante decisão judicial. Relata o professor carioca, que em todo o país "multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o município — por vezes, os três solidariamente — a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias de Saúde" (BARROSO, 2009, p. 24).

Posição considerada ativista do STF sobre o tema ficou evidenciada em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que determinou o arquivamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – (ADPF) 45 – MC/DF, por perda superveniente de objeto. Naquela ocasião, assentou o Ministro:

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio,

> a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.
>
> É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.
>
> [...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF-45 - MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45. Acesso: em 18 maio 2018).

A mencionada ação constitucional questionava o veto do Presidente da República ao §2º do art. 553 da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003. Tal veto teria descumprido a EC n. 29/2000, que garante recursos mínimos para o

sistema de saúde. Com este veto estaria afastada a obrigação constitucional de estabelecer percentuais mínimos para os gastos com a saúde.

A despeito dos riscos envolvidos nesse tipo de expediente proativo do Poder Judiciário, parece positiva a possibilidade de sua atuação contra-majoritária, desde que eventual e comprometida com a implementação, ainda que em última instância, dos direitos fundamentais. Esta atuação torna-se ainda mais proveitosa na medida em que estimula a deflagração de um diálogo institucional até então inexistente, ampliando as chances de viabilização de políticas públicas que alcancem a todos, especialmente aos que mais necessitam, afastando a lógica da eficácia de varejo das decisões judiciais (BARROSO, 2012).

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL – AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO[9]

Um dos objetivos dessa pesquisa é reafirmar, na esteira de parte da doutrina brasileira, em especial das escolas gaúcha e mineira de processo, a influência decisiva da constitucionalização do direito sobre o ordenamento jurídico, sobretudo sobre o direito processual civil. Essa influência levou diversos pesquisadores dessas escolas[10] a defenderem que estamos vivenciando um momento cultural distinto, no qual uma

[9] Durante a realização deste trabalho observou-se não haver consenso entre os pesquisadores sobre a classificação das fases metodológicas do processo. Alcalá-Zamora apud Carreira Alvim, expõe a evolução da doutrina processual em cinco etapas, a saber: 1) primitivismo; 2) judicialismo; 3) praxismo; 4) procedimentalismo; e 5) processualismo científico. ALVIM, J.E., Carreira. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p, 23. Nossa investigação, nessa seara, limitar-se-á à abordagem mais usual na doutrina brasileira que, apesar de alguma divergência, delineia três grandes fases metodológicas do direito processual civil, quais sejam: (i) praxismo ou sincretismo; (ii) processualismo ou conceitualismo; e (iii) instrumentalismo. A divergência surge pela defesa, na atualidade, da existência de uma quarta fase, denominada formalismo-valorativo ou neoprocessualismo.

[10] Pelos mineiros, cite-se Rosemiro Pereira Leal e seu Processo como teoria da lei democrática. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC: 2008. Pelos sulistas, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e seu Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

nova maneira de pensar o direito processual se faz necessária, ante as necessidades inerentes ao Estado Constitucional e dos influxos dos valores que emanam da própria Constituição Federal. Para elucidar essa evolução, indispensável revisitarmos as fases metodológicas do processo.

Analisar as fases metodológicas do processo implica rever os caminhos percorridos pela ciência processual durante sua evolução. Pressupõe observar, no tempo e no espaço, a contraposição de ideias, a criação e superação de conceitos, de fundamentos e pressupostos, e o deslocamento do objeto de pesquisa desse campo científico a depender de circunstâncias singulares. O objetivo dessa análise pontual, reitera-se, é a identificação da atual fase do direito processual civil, a partir das escolas que hoje pensam o processo em solo brasileiro, com ênfase nas escolas gaúcha e mineira, sem, evidentemente, preterir a importantíssima escola paulista.

Registre-se, desde logo, que será dispensada especial atenção às linhas de pesquisa que entendem ter havido a superação (ou evolução) do instrumentalismo processual, como forma de pensar o processo. Esse entendimento permeia, comumente, os trabalhos de pesquisadores da região sul do país, filiados ao trabalho acadêmico desenvolvido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em especial na sua premiada obra Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-valorativo, São Paulo: Saraiva, 2010[11].

A crise da instrumentalidade do processo é também alvo dos pesquisadores mineiros, os quais tem suas preocupações alicerçadas nessa onda de constitucionalização do processo, com destaque à obra de Rosemiro Pereira Leal Processo como teoria da lei democrática, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

[11] Trabalho premiado com a medalha Mérito Pontes de Miranda, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, publicado originalmente em 1997, depois em 2003.

Indispensável, no entanto, menção à escola paulista de processo, a qual, pela tradição e qualidade dos pensadores que a integram, influencia e cativa adeptos, inspirados originariamente nas lições do italiano Enrico Tullio Liebman e, mais recentemente, para citar apenas o mais ilustre, Cândido Rangel Dinamarco, principal teórico da instrumentalidade do processo.

Por fim, uma vez identificada e estudada a atual fase do processo civil brasileiro, suas premissas e características serão tomadas como esteio para o cotejo que se pretende com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

3.1 Praxismo

Considerado por muito tempo como mero apêndice do direito material, rendeu-se ao Direito Processual o título de direito adjetivo em contraposição ao direito substantivo (material), pelo fato de que o processo se confundia com o simples exercício dos direitos. De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2014): "A *ação* era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida." Essa foi a visão que prevaleceu até meados do século XIX, quando "não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 61).

É comum na doutrina a ocorrência de menções a essa fase como: praxismo[12], sincretismo[13], e imanentismo[14]. Independente da nomenclatura que se lhe atribua, tal

[12] ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24.
[13] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61.

fase corresponde à pré-história do direito processual civil. "Época em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material" (MITIDIERO, 2015, p. 29).

De acordo com Dinamarco (2001, p. 253), nesta fase metodológica do processo civil:

> [...] os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).

Nesse longo período, que remonta aos primórdios do direito romano, o processo experimentou diferentes perspectivas metodológicas, embora estejam hoje agrupadas sob um único termo (praxismo). Segundo as lições de Ovídio Baptista e Fábio Gomes (1997), estas fases acompanharam o desenvolvimento político de Roma, admitindo-se, até mesmo, a coexistência de dois sistemas processuais diferentes.

Peixoto (2013) relata a existência de um período primitivo, no qual o direito estava intimamente ligado ao caráter religioso na organização social. Neste contexto, "a sociedade romana primitiva depositava no misticismo religioso importante parcela da técnica e praxe judiciária" (PEIXOTO, 2013, p. 16). Com a expansão territorial do Império Romano, surge a necessidade de maior praticidade ante à

[14] CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I, p. 8.

complexidade das novas relações sociais estabelecidas com os estrangeiros. Trata-se do período formulário, alicerçado num procedimento menos formalista, mais ágil e funcional.

Por derradeiro, passou-se ao período da jurisdição extraordinária, marcado pela progressiva oficialização da justiça por magistrados imperiais. Essa tendência teria influenciado diretamente a Idade Média e o direito moderno, desaguando na conquista da autonomia processual no início da Idade Moderna. Ainda durante esse período, o processo torna-se totalmente público, abandonando os traços privatísticos, cedendo espaço à Justiça Pública estatal (PEIXOTO, 2013).

3.2 Processualismo

Apenas na segunda metade do século XIX, a partir da conceituação de "relação jurídica processual", surgida na obra de Oskar Von Bülow (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais – de 1868), é que se passa a investigar o processo como ramo autônomo, apartado do direito subjetivo substancial.[15] Apesar de a doutrina da época[16] já esboçar o entendimento de processo como relação jurídica, a mencionada obra foi a verdadeira "certidão de nascimento" dessa fase metodológica do direito processual (MITIDIERO, 2015 p. 32).

Sobre o aludido período, lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 142):

[15] Diante dessa marcante característica autônoma do direito processual, Dinamarco denomina essa fase de "autonomista". DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 252.

[16] De acordo com Mitidiero (2015, p. 32, *nota de rodapé)*: "Antes de Bülow, [...] a doutrina já esboçava a compreensão do processo como relação jurídica. A ideia de que o processo é uma relação jurídica veio de Hegel (1770-1831), sendo lembrada mais tarde por Theobald von Bethmann-Holweg (1856-1921) para só então ser trabalhada por Bülow."

> [...] entre 1856 e 1858, travara-se histórica polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio* romana e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação. Ali, e sempre na Alemanha, escrevera-se uma obra verdadeiramente revolucionária, que haveria de tornar clara aos olhos de todos os juristas a existência de uma relação jurídico processual distinta da relação de direito material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz (trata-se de famoso livro de Oskar Von Bülow, do ano de 1868). Ali, a partir desses trabalhos pioneiros, houvera uma efervescência de ideias e de doutrinas, especialmente sobre a natureza da ação, que veio a colocar o direito processual definitivamente como verdadeira ciência, com objeto e métodos próprios, libertando-o da condição de mero apêndice do direito privado.

Os elementos centrais da teoria de Bülow que contribuíram diretamente para a autonomia científica do direto processual, e que conferiram uma explicação de direito público à natureza do processo, consistem, de acordo com Raatz (2017, p. 1):

> (i) na existência de uma relação jurídica autônoma e distinta da relação jurídica de direito privado, inclusive formada por sujeitos distintos, no caso, o autor, o juiz e o réu; (ii) na figura do Estado-juiz como sujeito da relação jurídica processual, com o qual autor e réu guardariam vínculos jurídicos e, portanto, direitos e obrigações.

Observa-se, portanto, o estabelecimento de uma relação jurídica entre os funcionários do Estado e os cidadãos. Assim, em razão da presença do Estado, personificado na figura do juiz como sujeito dessa relação jurídica, o processo pertenceria ao direito público, resultando numa relação jurídica pública. De fato, Bülow constata que os requisitos de existência e validade da relação jurídica processual seriam distintos daqueles pertinentes à relação jurídica de direito privado, o que o levou a considerá-los elementos constitutivos daquela relação, e a nominá-los de 'pressupostos processuais' (RAATZ, 2017).

Dessa maneira, distinguem-se, consequentemente, os objetos das relações jurídicas. Enquanto o objeto da relação jurídico-processual é a prestação jurisdicional, o de direito material é o "bem da vida" disputado entre as partes.

Raatz (2017) aponta também a obra de Adolf Wach (A pretensão de declaração: um aporte para a teoria da pretensão de proteção do direito), publicada em 1888, como último marco teórico dessas transformações que levaram o direito processual à sua autonomia. A partir daí, o direito processual toma ares de ciência, com características eminentemente técnicas, elegendo a relação jurídica (relação de direitos e obrigações recíprocos entre as partes e o Tribunal), como seu principal objeto.

Registre-se a visão de Daniel Mitidiero sobre essa fase:

> Assim, o processualismo nasce com o conceito de relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältniß*), sendo esse o objeto da ciência processual. A partir daí a tarefa da doutrina cifra-se à racional construção do arcabouço de conceitos do direito processual civil. Não por acaso, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas ideias inerentes ao clima científico da modernidade. Nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, já que o "doutrinarismo" dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil — o que se deu, vale frisar, por absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjar todos os instrumentos conceituais necessários para o alcance de semelhante objetivo.

Como se verifica, a ciência processual nesse período esteve voltada à elaboração de um sem número de conceitos e institutos, dos quais pesquisadores de toda parte estiveram empenhados. Dentre eles, cita Gaio Junior (2008 apud JOBIM 2011, p. 89, nota de rodapé):

> Na Itália: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti e Alfredo Rocco; em Portugal: José Alberto dos Reis; na Espanha: Prieto Castro e Jaime Guasp; na Alemanha: Koler, Wach, Bülow, Degenkolb, Stein e Hellwig; na Húngria: Plosz; na Áustria: Franz Klein e Wolf; na Argentina: Hugo Alsina e Davi Lascano; no Uruguai: Eduardo Couture; na França: Rene Morel, Henri Solus e Roger Perrot; na Venezuela: Luiz Loreto; na Colômbia: Hernando Devis Echandia e os europeus exilados em terras americanas: Liebman, Alcalá-Zamora, Rafael de Pina e Sentis Melendo.

Essa evolução eminentemente técnica do processo, no entanto, acabou por afastar o direito processual civil do direito material e da realidade social, algo que seria retomado apenas na segunda metade do século XX com o instrumentalismo, fase subsequente do direito processual a ser analisada (MITIDIERO, 2015).

3.3 Instrumentalismo

A partir da segunda metade do século XX, mais precisamente entre as décadas de setenta e oitenta, passa a ter força o entendimento de que o direito processual deveria reaproximar-se do direito material, com vistas a torná-lo efetivo, especialmente pela disseminação da ideia de "acesso à justiça" (LEMOS, 2011). Nessa perspectiva, o direito processual passa a ser visto como "instrumento a serviço do direito material, atento às necessidades sociais e políticas de seu tempo" (MITIDIERO, 2015, p. 34).

Como é cediço, foi Cândido Rangel Dinamarco – no Brasil[17] – o responsável pela superação, em larga escala, da perspectiva puramente técnica do direito

[17] Humildemente, o processualista brasileiro revela suas influências e as bases da instrumentalidade do processo: "Preponderou por muito tempo a crença de que ele (o processo) fosse mero instrumento do direito material, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vitorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos *resultados* da experiência processual na vida dos *consumidores* do serviço

processual civil, identificando e considerando os escopos sociais, políticos e jurídicos a serem alcançados (MITIDIERO, 2015). Essa ideia que perpassa toda sua obra, pode ser assim sintetizada:

> Em termos sociais, o processo serve para a persecução da paz social e para a educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais; no âmbito jurídico finalmente ao processo confia-se a missão de concretizar a "vontade concreta do direito (DINAMRCO, 2013, p. 179).

A definição desses escopos juntamente com a consciência de que o processo é um instrumento a serviço de todos eles, conduzem a uma ideia que ganhou particular relevância nesse contexto, a de "*processo civil de resultados*, de íntima aderência à missão social do processo e à teoria geral do processo civil" (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 22).

Sobre os fundamentos e objetivos dessa concepção, aprofundam Dinamarco e Lopes (2017, p. 22):

> Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e

jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do *acesso à justiça* e, numa palavra, à *instrumentalidade do processo*". DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 255. Destaques no original.

> precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.

O caráter dinâmico-cultural do direito, e consequentemente do processo, refletiu diretamente na percepção de que uma releitura de paradigmas se impunha. Assim, durante essa fase, ocorre sensível deslocamento do objeto de pesquisa da ciência processual. O foco dos pesquisadores que outrora esteve voltado para a relação jurídica processual, dirige-se agora para a jurisdição. Logo, esta última, diferentemente de outros institutos do direito processual, ocupa lugar de destaque na teoria do processo, haja vista constituir uma "manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para consecução dos fins do próprio Estado" (MITIDIERO, 2015, p. 37).

Percebeu-se que o direito processual tem uma missão mais importante a cumprir do que discutir a natureza de determinados institutos ou sutis diferenças entre conceitos. Era preciso avançar com o que se tem rumo à efetivação prática do direito material. Para os processualistas dessa fase, "não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico" (DINAMRCO, 2013, p. 22).

Nessa linha de raciocínio, assevera Dinamarco:

> O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados (2013, p. 23).

A ideia de instrumentalidade, portanto, revela a preocupação com a efetividade do processo e informa toda a atividade jurisdicional. Como observa Peixoto (2013, p. 32):

> Se no direito moderno, arraigado pela ideologia liberalista, o legalismo balizava qualquer ação dos juízes ao caso concreto,

> limitando-se apenas a correta aplicação da lei, o direito contemporâneo passa a ter na justiça social o seu objetivo fundamental.

Dinamarco (2013, p. 377) esclarece que a instrumentalidade do processo deve ser analisada tendo-se em conta duas dimensões, sendo uma negativa e uma positiva. Tal sistematização apresenta-se útil, na medida em que busca afirmar, a um só tempo, duas finalidades. Veja-se a clássica lição do processualista sobre o tema:

> A *instrumentalidade do processo* é vista *pelo aspecto negativo* e *pelo positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais [...]. Destaques no original.

Equívoco comum no estudo da matéria, decorre da confusão entre a instrumentalidade do processo e o princípio da instrumentalidade das formas. Enquanto o primeiro refere-se à efetividade do processo, à persecução de resultados práticos, o segundo representa um método de pensamento sobre os vícios dos atos processuais. O princípio da instrumentalidade das formas prevê que se o ato tiver alcançado seu objetivo não importa a inobservância da forma (GABBAY, *et al*., 2010).

Trata-se, como afirma Gelli (2007, p. 4), de duas ideias distintas, apesar de a instrumentalidade das formas se aproximar do 'aspecto negativo' da instrumentalidade do processo, já que tem a função de advertir para as limitações funcionais das formas.

E ainda, na definição de Jose Roberto dos Santos Bedaque (1990, p. 32):

> O princípio da instrumentalidade das formas constitui um valioso método de análise interna do procedimento. Representa ele aquilo que, de um ângulo externo, pretende-se exteriorizar com a expressão instrumentalidade do processo.

O entendimento proposto por Dinamarco propugnava que a instrumentalidade do processo não pode ser um fim em si mesma, mas um meio para atender as necessidades do povo (jurídica, social e política). Nessa linha de ideias, é possível observar como o movimento de rearticulação dos direitos, iniciado com as Constituições do século XX (vide Capítulo 2), atingiu também a esfera processual. Por conseguinte, garantias processuais são elevadas a um nível máximo de hierarquia das leis, consagrando meios específicos de proteção a direitos.

Atenta a essa interação, Peixoto (2013, p. 33) alude, com clareza, ao contexto de surgimento e afirmação dessa fase metodológica do processo:

> Esta fase metodológica refere-se, portanto, ao movimento ideológico cultural que buscou encontrar uma medida certa entre os excessos das fases anteriores, arraigando na trama processual valores constitucionais e conferindo ao processo caráter instrumental, trazendo à tona a busca pelo justo.

O processo, nessa fase, passa a ser objeto de estudo também de outras ciências, como é o caso da sociologia jurídica – que se concentrou nos estudos sobre o acesso à justiça. Houve, ainda, grande preocupação com a tutela de novos direitos, como os coletivos (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 52).

3.3.1 Críticas ao instrumentalismo

Diversos são os autores que defendem ser esta, ainda, a atual fase metodológica da ciência processual no Brasil. Dentre eles, citem-se: Antonio Carlos

de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, todos vinculados à Universidade de São Paulo – USP, integrantes, portanto, da escola paulista de processo. Para os referidos autores: "A terceira fase está longe de exaurir seu potencial reformista" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 63).

> Bedaque (2009, p. 17), na mesma linha, sequer menciona outras escolas de processo e suas visões sobre as fases metodológicas: "A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados."
>
> A grande adesão da doutrina pátria às propostas veiculadas nesse período não impediu, e por certo não haveria de impedir, o surgimento de críticas. Calmon de Passos (2000, p. 11), em acentuada oposição aos efeitos gerados pela instrumentalidade, argumenta:
>
> O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela "viscosidade" da decantada "instrumentalidade", transforma-se em arma na mão de sicários [...] 'Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada'. Em resumo não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores. Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufocam? E a resposta foi dada pela palavra mágica "instrumentalidade", a que se casaram outras palavras mágicas " celeridade", "efetividade", "deformalização", etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos,

> entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento. [18]

Nessa mesma linha, circula entendimento de que, apesar de o texto de Dinamarco potencializar e possibilitar novos diálogos interdisciplinares, houve uma apropriação muito restrita de suas ideias pelo senso comum dos juristas. Passou-se a lançar mão da instrumentalidade e de suas premissas de maneira casuística. Em regra, "seguiu-se aplicando o formalismo e a literalidade de uma forma geral, sendo afastados quando conveniente, invocando-se a instrumentalidade apenas para conformar os resultados com a axiologia dos julgadores (COSTA; COSTA, 2010).

> A instrumentalidade, tal como foi formulada, apresenta-se como uma forma prática de pensar, sem diálogos mais amplos com a filosofia do direito e a hermenêutica contemporâneas. Com isso, a instrumentalidade parece mais capaz de propiciar um ativismo judicial de magistrados movidos por suas convicções éticas e políticas do que de estabelecer uma estrutura conceitual suficiente para estabelecer uma teoria processual efetivamente renovadora. Essa limitação filosófica, bem como o estímulo a um ativismo judicial relativamente acrítico, gerou algumas críticas muito severas, como as de Calmon de Passos e Rosemiro Pereira Leal. Talvez tenha contribuído para as críticas o fato de que a instrumentalidade ganhou um sentido próprio, pois passou ela mesma a fazer parte do léxico processual, despreendendo-se de seu autor e valendo mais pelo senso comum do que pela formulação acadêmica que um dia teve. [...] Em síntese [...], é difícil saber onde termina a instrumentalidade de Dinamarco (com todos os seus pressupostos metodológicos e reverência as teorias tradicionais) e onde começa a instrumentalidade do senso comum, consistente em uma 'muleta' argumentativa voltada à flexibilização procedimental (COSTA; COSTA, 2010, p. 9-10).

[18] As veementes críticas à instrumentalidade do processo produzidas por J.J. Calmon de Passos, ficaram conhecidas pelo próprio Dinamarco por "santa cruzada". GELLI, Mário Felippe de Lemos. Reflexões sobre instrumentalidade, efetividade e reformas processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual. 2007, out./dez., p. 193.

A despeito das fundamentadas críticas, não se nega a considerável contribuição ofertada por essa escola ao processo civil brasileiro. Diante da necessidade de atualizar o pensamento sobre o panorama do direito processual, entretanto, surgem na atualidade, vozes indicando a superação da visão instrumentalista e anunciando o momento de uma nova fase metodológica do processo, qual seja, o formalismo-valorativo ou o neoprocessualismo.

3.4 Formalismo-valorativo / neoinstitucionalismo / neoprocessualismo

Como assinalado anteriormente, a escola paulista de processo não menciona a existência, nem sequer a tentativa, de sistematização de uma quarta fase metodológica do processo civil. Todavia, significativa bibliografia nacional aglutina-se em torno de ideias que indicam um novo momento da ciência processual, voltado, sobretudo, ao processo no contexto do Estado Democrático de Direito, em estreita sintonia com os direitos fundamentais (JOBIM, 2011).[19]

[19] Didier Júnior (2017, p. 52-53, nota de rodapé), elenca um rol de adeptos dessa tendência: MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Uma. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: RT, 2009; ZOLUNGER, Marcia. Proteção processual dos direitos fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2006; DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007; BRAGA, Paula Sarna. Aplicação do devido processo legal às relações privadas. Salvador: Editora JusPodivm, 2008; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e (em face da) Constituição - princípios constitucionais do processo penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SAMPAJO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional - nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008. Dentre os mencionados autores que defendem uma quarta fase metodológica do processo, inclui-se o próprio Fredie Didier Júnior, a quem atribui-se a expressão "neoprocessualismo".

De acordo com Mitidiero (2015), essa fase reflete o processo civil no paradigma do Estado Constitucional, em que o direito deve estar pautado pela juridicidade e pelo valor justiça.

> [...] não se pode mais sustentar que o juiz, diante do direito material e do direito processual, encontra-se atado a uma *pauta de legalidade*. A pauta do direito contemporâneo é a *juridicidade*, que aponta automaticamente à ideia de justiça, a qual forma o substrato material ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais do Estado Constitucional. O juiz tem o *dever de interpretar a legislação à luz da Constituição* (art. 1º do CPC/2015). (MITIDIERO, 2015, p. 41).

Com efeito, essa mudança de perspectiva parece estar encontrando considerável acolhida no meio acadêmico e jurídico. É possível notar, ademais, inegável influência dessa concepção no novo CPC pela leitura do Capítulo I, da Parte Geral, que trata das Normas Fundamentais do Processo.[20] O NCPC, ressalte-se, é o primeiro diploma processual pensado, discutido, votado, sancionado, e agora aplicado, à luz do regime constitucional de 1988.

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, denomina-se esta fase de formalismo-valorativo, "exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual" (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 53).

[20] As referidas normas fundamentais do processo estabelecem fina sintonia entre Código de Processo Civil e Constituição Federal, na medida em que atrelam os princípios gerais estabelecidos na Constituição aos mais de mil comandos legais previstos no Código. Nos doze artigos que as compõem estão expressos o respeito e a observação que se devem: à supremacia da Constituição (art. 1º); à razoável duração do processo, incluindo a atividade satisfativa (art. 4º); à boa-fé daqueles que de qualquer forma participam do processo (art. 5º); ao dever de cooperação ou colaboração (art. 6º); à paridade de tratamento dispensado às partes e o zelo do juiz pelo efetivo contraditório (art. 7º); à não surpresa das decisões judiciais contra qualquer das partes (art. 9º); ao dever de fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário (arts. 10 e 11).

O formalismo-valorativo, portanto, procura realinhar o foco da ciência processual ao alcance da efetividade, priorizando a decisão de mérito em detrimento do formalismo excessivo, sem, contudo, desprezar o devido processo legal e a segurança jurídica (DIAS; OLIVEIRA, 2015). Nesse contexto, valores caros à democracia contemporânea como participação, colaboração, efetividade, segurança e ética, se sobressaem e impõem uma releitura do processo civil brasileiro.

Nas palavras do próprio instituidor dessa escola:

> Muito mais consentâneo ao nosso ambiente cultural revela-se colocar o processo no centro da teoria do processo. Valoriza-se aí, em maior escala, o papel de todos que nele tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à nossa democracia constitucional.
>
> Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo-valorativo. [...] o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.
>
> Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio de atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas em um novo conceito, o de cidadania processual (OLIVEIRA, 2010, p. 22-23).

Como mencionado, os pensadores do sul do país que defendem essa concepção não se concentram apenas no Rio Grande do Sul, mas também em Santa Catarina e Paraná, com destaque ao Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná – UFP, Luiz Guilherme Marinoni (JOBIM, 2011).

A escola mineira, sob praticamente os mesmos fundamentos, entende também estar-se vivenciando uma quarta fase metodológica do processo. Destacam-se pensadores, como Rosemiro Pereira Leal, André Cordeiro Leal, Humberto Theodoro Júnior, Dierle José Coelho Nunes, Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.

Baseada especialmente na teoria do discurso de Jürgen Habermas, essa escola denomina a atual fase de neoinstitucionalista.

De acordo com André Cordeiro Leal (2008 *apud* JOBIM 2011, p. 102, nota de rodapé):

> No plano do Direito Processual, em sua matriz neo-institucionalista, encontra-se uma proposta teórica consistente que explica como a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) pode ser entendida como assecuratória dessas condições de legitimidade decisória, explicando como o princípio do discurso pode ser institucionalizado (princípio de democracia).

Já a expressão neoprocessualismo é utilizada pela escola Baiana ou Norte/Nordeste, para identificar a atual fase metodológica vivenciada no Brasil. Apesar da distinção terminológica, os fundamentos são os mesmos defendidos pelas outras escolas citadas. Destaca-se a obra do Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia – UFBA, Fredie Didier Júnior.



De acordo com o processualista baiano, a ciência precisou avançar, e avançou, alcançando a superação do instrumentalismo como forma de pensar o direito processual.

> Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase de evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou.
>
> Fala-se, então, de um Neoprocessualismo: o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico.
>
> [...] O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda a produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida (DIDIER JÚNIOR, 2017, p.52-53).

Como se observa, sob enfoques complementares, importantes nomes da doutrina nacional levam a crer que uma nova fase metodológica se desenvolve em terras brasileiras. E não de maneira tímida, mas antes com significativa adesão, alicerçada nos estudos de diversos autores em torno de um mesmo ideário.

No concernente ao nosso estudo, importou, de fato, identificar o contexto em que a doutrina processual desperta para a necessidade de adequar seu objeto de estudo ao movimento de constitucionalização do direito, o qual foi decisivo para o desenvolvimento das mais recentes reflexões sobre o processo e seus institutos, alinhados às necessidades do Estado Constitucional e aos direitos fundamentais.

Há, portanto, estreita relação desse panorama cultural do proceso com o objeto central da vertente pesquisa. É a partir dessas bases que analisaremos os contornos do modelo de processo em vigência no Brasil e verificaremos em que medida o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT tem

observado seus postulados na (in)admissão e julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

4 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A verificação de compatibilidade entre o que dispõe o CPC/2015, no tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas e o modelo de processo instituído a partir da Constituição Federal de 1988, exige o delineamento dos principais aspectos concernentes ao referido modelo de processo.

De início, advirta-se que o modelo constitucional de processo não é mera concepção teórica sem qualquer repercussão na realidade social; antes, deve ser entendido e aplicado com vistas à efetivação das garantias do processo e dos direitos fundamentais concebidos no Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2017).

4.1 A noção de "processo justo"

Como mencionado em capítulo anterior, o Processo Civil, juntamente com outros ramos do Direito foi definitivamente influenciado pela onda de constitucionalização que se iniciou no segundo pós-guerra.

Acerca desse contexto histórico, leciona Humberto Theodoro Júnior (2008):

> A segunda metade do século XX, depois da apavorante tragédia de duas grandes guerras mundiais, viria exigir da revisão constitucional dos povos democráticos um empenho, nunca dantes experimentado, de aprofundar a intimidade das relações entre o direito constitucional e o processo, já que os direitos fundamentais deixaram de ser objeto de simples declarações e passaram a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 01).

O processo, a partir de então, passa a ser visto não mais como mero instrumento da jurisdição, mas como instrumento de operação da garantia de acesso à justiça, por meio de um "processo justo".

Múltiplas são as garantias fundamentais que concorrem para formar a noção de um processo justo. Theodoro Júnior (2008), com fundamento nas lições de Luigi Paolo Comoglio, as sistematiza agrupando-as em garantias individuais, voltadas para a proteção dos interesses subjetivos das partes, e garantias estruturais, relacionadas com as condições prévias de que se deve revestir a organização judiciária para o fiel desempenho da função jurisdicional[21]:

> Para Comoglio (2006, p. 61-2), as garantias individuais, que derivam da Constituição e refletem sobre o "justo processo", compreendem:
>
> a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade, e de correlação e adequação à tutela correspondente à situação jurídica substancial concreta;
>
> b) ampla defesa: "direito inviolável", em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional;
>
> c) assistência judiciária gratuita aos necessitados;
>
> d) juiz natural, preconstituído pela lei.
>
> As garantias estruturais, segundo o processualista italiano (COMOGLIO, 2006, p. 61-2), são:
>
> a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei;
>
> b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária;

[21] Machado (2017, p. 189) ressalta que "antes mesmo da reforma constitucional realizada na Itália, em 1999, Comoglio já defendia a tese de que a Constituição garantia requisitos mínimos de um processo justo e equânime, considerando o contraditório e a participação das partes em igualdade substancial como uma garantia mínima, intangível, mesmo que, até então, não prevista expressamente na Carta Magna daquele país."

> c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção;
>
> d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a "tutela" dos direitos subjetivos substanciais;
>
> e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário);
>
> f) independência dos juízes e ministério público;
>
> g) exercício da jurisdição segundo o "justo processo regulado pela lei";
>
> h) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes em condições de igualdade, diante de um juiz neutro ("terzo") e imparcial, assegurada a razoável duração do processo;
>
> i) motivação de todas as decisões judiciais;
>
> j) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei.
>
> (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 03).

Nessa ordem de ideias, justo processo não é qualquer processo que apenas se amolde à previsão legal (devido processo legal). Justo é o devido processo que se forma tendo em conta parâmetros mínimos e essenciais derivados da norma constitucional e dos valores partilhados pela coletividade com vistas a promover amplo debate pelas partes em contraditório, diante de um juiz independente e imparcial (MACHADO, 2017).

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, por meio dos princípios do contraditório e da ampla defesa, do direito à prova (art. 5º, inciso LV, CF/88), da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF/88), da fundamentação racional das decisões (art. 93, inciso IX, CF/88), do juízo natural (art. 5º, inciso LIII, CF/88), da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF/88), da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88), dentre outros, consubstancia um modelo de processo que viabiliza a construção de um

procedimento jurisdicional legítimo, "que possibilita um resgate discursivo das razões de cada decisão judicial, assegurando a correção da falibilidade do processo" (NUNES, 2006, p. 143).

4.2 Contraditório influente: o direito de participação das partes em simétrica paridade para a legitimação dos provimentos

Para os fins desta pesquisa, o princípio do contraditório, interpretado à luz do modelo constitucional de processo, possui enorme relevância.

A seguir será demonstrado, na esteira de abalizada doutrina, que a observação de tal princípio – considerado no paradigma do Estado Constitucional de Direito – é fundamental para a legitimação das decisões emanadas do Poder Judiciário, evidenciando-se uma superação da perspectiva tradicional sobre seu conteúdo.

4.2.1 A superação do processo como relação jurídica – A teoria de Fazzalari

A teoria desenvolvida em 1978 pelo jurista italiano Elio Fazzalari, e aperfeiçoada no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, propõe a superação da ideia de processo como relação jurídica (existência de um vínculo de sujeição e submissão dos sujeitos envolvidos no processo) formulada por Oskar Von Bülow, em 1868.

A teoria de Bülow, ainda adotada no Brasil, influenciou amplamente a produção da legislação processual, em especial o Código Buzaid de 1973.

Pela importância e pertinência, convém relembrar as ideias centrais que a norteiam. Em primeiro lugar, para essa teoria o processo é o ato de três pessoas: o juiz, o autor e o réu. A relação jurídica processual (pública) distingue-se da relação

jurídica de direito material (privada), uma vez que demanda o preenchimento de pressupostos processuais para se aperfeiçoar.

Tais pressupostos, entendidos como os requisitos de admissibilidade, juntamente com as exceções, formam a base para seu desenvolvimento. Nas palavras de Marcelo Veiga Franco (2012, p. 168-169):

> Com efeito, Oskar von Bülow construiu a sua teoria com base nos pressupostos processuais – entendidos como "os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda a relação processual" – e nas exceções processuais. Com isso, a relação jurídica processual apenas se aperfeiçoa com a litiscontestação, isto é, com a resposta positiva quanto ao preenchimento dos pressupostos processuais e das condições de existência do processo.
>
> [...] Apresentada a demanda, cabe ao réu oferecer exceções dilatórias processuais, ou seja, defesas contra a própria existência dos pressupostos processuais de formação válida e eficaz do processo ("pressupostos processuais expressados negativamente, em forma de exceção"). Todavia, com o preenchimento dos pressupostos processuais e admitido o processo, a relação jurídica processual está válida e eficazmente constituída.
>
> Passada para a fase de análise da res in iudicium deducta, ao réu compete contestar a demanda mediante o oferecimento de exceções relativas ao mérito. A partir de então, o juiz passa a ter condições de resolver a lide, decidindo acerca da existência da relação de direito material litigiosa.
>
> Em síntese, para Oskar von Bülow a relação jurídica processual se divide em dois processos: um processo prévio, preliminar ou in jure, de caráter preparatório e antecedente ao trâmite de mérito, relativo à análise dos pressupostos processuais e à determinação da relação processual, dotado de prejudicialidade e cujo ato final consiste "ou em uma litis contestatio (admissão da demanda) ou em uma absolutio ab instantia (recusa da demanda como inadmissível, o que os romanos chamavam denegatio actionis)"; e outro processo principal ou in judicio, referente à relação de direito material e ao exame do próprio mérito da demanda (relação litigiosa material), que resulta em uma condemnatio ou em uma absolutio ab actione.

Observa-se, assim, uma estrutura que se divide em dois processos: um prévio (preliminar), de caráter preparatório, destinado à análise dos pressupostos processuais, dotado de prejudicialidade, podendo resultar na admissão ou inadmissão da demanda; e outro principal, voltado ao exame de mérito existente na relação de direito material (FRANCO, 2012).

O modelo clássico da relação jurídica processual está assentado sobre a ideia de que ela (a relação jurídica) estabelece um enlace normativo entre as partes, sendo possível que uma exija da outra o cumprimento de um dever jurídico. A presença do vínculo de subordinação subjacente à relação jurídica processual indica a predominância da vontade pessoal do titular do direito subjetivo, eliminando a do sujeito processual obrigado ao cumprimento da prestação, colocando uma parte em situação de vantagem sobre a outra, o que não se adequa ao direito fundamental ao contraditório (GONÇALVES, 1992).

É o que, com base nas ideias de Fazzalari, observa Franco (2012, p. 180):

> Disso resulta a potestade de uma das partes de ditar a conduta processual alheia, o que acarreta na restrição da liberdade individual de ação, da autonomia da vontade, da personalidade e, em última instância, da própria dignidade dos sujeitos processuais, os quais, em situação de desigualdade processual, servem de instrumento da manifestação da vontade de outrem.

O contraditório, nesse contexto, é entendido tão-somente como um direito de bilateralidade de audiência (dizer e contradizer), franqueando às partes a informação necessária e a possibilidade de reação.

É justamente essa visão de um contraditório meramente "formal" (estático) que se busca superar na obra de Fazzalari, haja vista a inadequação de seu conteúdo no paradigma do Estado Constitucional de Direito.

Além desses aspectos, a teoria do processo como relação jurídica ocasionou uma valorização extremada dos poderes judiciais, em detrimento da garantia de liberdade e igualdade entre os sujeitos processuais. O vínculo de sujeição das partes ao controle de um juiz dotado de amplos poderes no processo, ostentando a exclusividade na construção do provimento jurisdicional, evidencia o distanciamento da visão discursiva e democrática do processo moderno.

Ao analisar esse cenário, Dierle Nunes comenta a impropriedade do protagonismo judicial:

> A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (hard cases), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado (NUNES, 2008, p. 143).

E assevera o autor:

> A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.
>
> Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder (NUNES. 2008, p. 154).

À evidência, nota-se o descompasso entre um modelo que autoriza o magistrado exercer subjetivamente a judicatura de maneira solitária e os valores partilhados pela sociedade no presente momento histórico (FRANCO, 2012).

4.2.2 A evolução conceitual do contraditório na teoria de Fazzalari

Uma das ideias centrais da teoria de Fazzalari está em demonstrar a importância da plena participação das partes, em simétrica paridade, na produção dos provimentos como fator legitimador da autoridade estatal exercida no processo. O contraditório, nessa perspectiva, é a chave para a garantia de concretização dessa premissa, revelando-se como elemento estruturante (estrutura dialético-discursiva) do processo[22] (MACHADO, 2017).

O princípio do contraditório, a partir dessa teoria processual, ultrapassa sua definição e sua dimensão formal como mero direito das partes ao conhecimento da demanda e participação no processo, assumindo a função de um direito-garantia de uma "simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura" (FAZZALARI *apud* THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 02).

Fala-se, então, do aspecto material, substancial ou dinâmico do contraditório, marcado pelo poder de influência e pela prerrogativa de controle, dada a possibilidade de as partes interferirem e fiscalizarem os resultados advindos do exercício da função jurisdicional (FRANCO, 2012).

É nesse sentido que se verifica, dentro de uma perspectiva democrática, comparticipativa e policêntrica[23] do processo, uma releitura do papel dos sujeitos

[22] Daí alguns processualistas denominarem essa teoria de estruturalista. Ver: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. Manual Elementar de Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

[23] Os termos "comparticipação" e "policentrismo" são amplamente trabalhados pelos processualistas da Escola Mineira de Processo, em especial por Dierle José Coelho Nunes, com destaque em sua tese de

processuais, em especial do julgador, a quem não mais é conferido o poder de simplesmente desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício (art. 10, CPC/2015).

Destaca-se, nesse ponto, a importância da motivação fundamentada das decisões como elemento essencial do contraditório. Nas palavras de Franco (2012, p. 175):

> A decisão judicial, [...], deve ser o resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural, com base nos argumentos e nos elementos probatórios aventados pelos interessados em simétrico contraditório.
>
> Daí resulta que a motivação decisória é elemento do contraditório. Ao magistrado compete o dever de apreciar e de examinar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento. Já aos destinatários contrapõe-se o direito fundamental de que terão seriamente analisados e considerados os seus argumentos e elementos probatórios, os quais devem ter sido licitamente produzidos como forma de tentativa de convencimento do órgão jurisdicional.

Essa nova dimensão atribuída ao contraditório é fundamental para a distinção entre processo e procedimento presente na teoria fazzalariana. O elemento específico que os diferencia é justamente a presença, no processo, do contraditório, conforme anota Gonçalves (1992, p. 68):[24]

---

doutoramento – Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização processual civil – defendida perante o Programa de Pós-Graduação da PUC-Minas, em 2008.

[24] A "crítica" que se faz à teoria de Fazzalari, encampada por Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 139-140), certamente não impede a constatação dos avanços propostos pelo jurista italiano, como reconhece o próprio autor: "O que seria de anotar na teoria fazzalariana do processo, ponto fulgurante, neste século, do estudo do direito processual, é que Fazzalari, ao distinguir processo e procedimento pelo atributo do contraditório, [...], não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional [...]. Evidente que não se poderia exigir do insigne pensador e processualista italiano, na época inicial de suas lúcidas e contributivas cogitações sobre a escola processual que brilhantemente criou, inserções no movimento

> [...] o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

Com efeito, uma interpretação reducionista do contraditório, limitada à manifestação e reação das partes, não se coaduna com o modelo constitucional de processo, que assegura, além da bilateralidade da audiência (dimensão estática), o direito de ver seus argumentos considerados, influenciando na formação da convicção do julgador (dimensão dinâmica), "que, por sua vez, não transcenderá daquilo que foi debatido no processo para elucidação da lide (garantia de não surpresa)" (MACHADO, 2017, p. 206).[25]

---

constitucionalista que só se afirmou, em paradigmas democráticos avançados, recentemente por estudos de Carpizo, Pizzorusso, Baracho e Canotilho."

Atento a isso, Ronaldo Brêtas (2010, p. 91) recomenda alguma complementação à mencionada teoria, com fundamentos na doutrina constitucionalista:

"[...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõem a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada."

[25] Essa visão encontra acolhida inclusive na jurisprudência do STF, como se verifica em trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.787-3/DF: " Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do

4.3 A contribuição de Italo Andolina e Giuseppe Vignera

Também na Itália, os juristas Italo Andolina e Giuseppe Vignera despertaram para a necessidade de se interpretar a Constituição como a fonte primeira das normas processuais.

A definição de um modelo único de processo estabelecido a partir da Constituição foi a tentativa de conferir efetividade ao que outrora havia sido positivado nas Constituições democráticas, mas ainda sem a devida concretização.

A respeito dessa contribuição, informa Machado (2017, p. 185-186):

> Percebeu-se que não bastava a positivação, em sede das Constituições democráticas, de diversos direitos e garantias fundamentais se não houvesse meios aptos a assegurar sua real efetividade e, nesse contexto, a concepção de um modelo único constitucional de processo surge como instrumento essencial à efetivação dos direitos constitucionais.
>
> Assim, Italo Andolina e Giuseppe Vignera afirmam que, numa perspectiva "pós-constitucional" [...], o processo não pode ser definido apenas pelo seu "ser", isto é, "sua organização concreta segundo as leis ordinárias vigentes", mas deve, necessariamente, levar em consideração o seu dever-ser, ou seja, "a conformidade de sua ordem positiva à normativa constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional.

---

processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte – Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Cristoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas."

Dentro da visão de Andolina e Vignera, imprescindível destacar as três características gerais (expansividade, variabilidade, perfectibilidade) que podem ser atribuídas ao modelo constitucional de processo. Machado (2017, p. 187) as delineia com clareza:

> - expansividade (assegura idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas específicos de processo, desde presente a conformidade com a proposta geral);
>
> - variabilidade[26] (autoriza, por sua vez, a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microssistema. Ou seja, para alcançar determinados fins, é possível ocorrer a criação e adequação de institutos ou técnicas processuais ao modelo constitucional de processo);
>
> - perfectibilidade (permite o aperfeiçoamento do modelo constitucional pela legislação infraconstitucional que pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por garantias e institutos desconhecidos do modelo constitucional de processo, mas que com ele sejam compatíveis). Destaca-se, a título de exemplo, a previsão do princípio da economia processual e do duplo grau de jurisdição que, embora não constituam garantias constitucionais, são compatíveis com o modelo de processo.

Nessa perspectiva, conforme ressalta o precitado doutrinador, a Constituição estabelece as bases principiológicas (um esquema geral "em branco"), em que o modelo constitucional de processo é entendido como um modelo único de tipologia plúrima:

[26] Daniel Carneiro Machado (2017, p. 189) defende que: "[...] mesmo considerando a variabilidade como característica importante do modelo processual de Andolina e Vignera, não é possível admitir que a legislação infraconstitucional, a pretexto de criar tutelas jurisdicionais diferenciadas para remediar conflitos específicos, mitigue ou até mesmo elimine algumas das garantias constitucionais inerentes ao modelo processual. Enfim, toda e qualquer técnica processual deve ser criada e interpretada a partir da Constituição, de suas normas e garantias, sob pena de violação ao núcleo intangível (elementos imutáveis e necessários) do modelo constitucional de processo."

> As referidas características do modelo constitucional de processo civil italiano delineado pelos referidos autores conduzem a um "esquema em branco" – um esquema que contém elementos constantes que se encontram em todos os procedimentos jurisdicionais válidos, mas que também possui elementos de caráter móvel, que exigem complementação, para que as variáveis sejam preenchidas pela legislação infraconstitucional de acordo com o processo em que se encontram (MACHADO, 2017, p. 187).

Pelo mesmo prisma, anota Flaviane Magalhães de Barros (2010, p. 244):

> Tal compreensão de modelo constitucional de processo, entendido como um modelo único e de tipologia plúrima, se adéqua à noção de que na Constituição encontra-se uma base uníssona de princípios que define o processo como garantia. Mas tal modelo vai além de uma matriz uniforme, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias de cada microssistema processual.

A mencionada processualista tece ainda importante observação quanto ao alcance e aproveitamento desse modelo em outros procedimentos, que não os jurisdicionais:

> A mais, a noção de modelo constitucional do processo não está atrelada apenas ao processo jurisdicional. Permite-se, portanto com tal noção avançar para uma teoria do processo que agregue não somente o processo jurisdicional, mas o processo legislativo, administrativo, arbitral, de mediação. Logo, totalmente adequada ao texto da Constituição da República do Brasil de 1988, que já ressaltava a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos processos administrativos (art. 5º, LV da CR/88), e a previsão de participação em contraditório no processo legislativo (art. 64 e segs. da CR/88) (BARROS, 2010, p. 245).

4.4 Modelo constitucional de processo e o CPC/2015

O diploma processual brasileiro em vigor (CPC/2015), instituído pela Lei 13.105/2015, determina categoricamente, em seu artigo 1º, que: o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Como se sabe, houve, desde as discussões para elaboração do Anteprojeto do novo CPC, apresentado ao Senado Federal, em 2010, clara preocupação da Comissão de Juristas em harmonizar processo e Constituição.

Já na Exposição de Motivos do Anteprojeto verifica-se menção ao esforço de concretização, por meio do processo, dos direitos e garantias fundamentais ínsitos ao Estado Democrático de Direito.[27]

Espalhados por todo o Código diversos dispositivos consagram e impõem a observação às normas processuais de matriz constitucional, com especial destaque àquelas provenientes do Livro I, Capítulo I, que estabelecem as normas fundamentais do processo.

Conforme ressaltado neste capítulo, uma releitura dos institutos e princípios processuais vem sendo empreendida, e o CPC/2015 busca se alinhar a essa tendência incorporando as diretrizes (processuais) democráticas estabelecidas pela Constituição.

[27] Conforme a redação original: "Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo" (CPC/2015. Exposição de Motivos do Anteprojeto apresentado ao Senado). Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296. Acesso em: 19 fev. 2019.

A mencionada releitura implica a percepção de uma série de balizas procedimentais inerentes ao processo justo, dentre as quais a participação dos sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional, traço característico e estruturante do processo no Estado Constitucional.

Além desse aspecto, é mister apontar a modificação de visão sobre o princípio do contraditório como elemento essencial do processo (este último entendido como procedimento realizado em contraditório). A atual perspectiva sobre este princípio atribuiu uma nova dimensão substancial (dinâmica) ao seu conteúdo, à qual pretende garantir efetividade as garantias processuais encartadas na Lei Maior, bem como conferir legitimidade aos provimentos emanados do Poder Judiciário.

O dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF/88), não mais tratado como convencimento motivado, mas como uma persuasão racional, é reforçado pelos artigos 10, 11 e 489 da nova legislação processual, os quais visam impedir que o magistrado decida de maneira solipsista, desconsiderando a argumentação das partes e surpreendendo-as com decisões fundadas em valores e fundamentos estranhos ao debate de todos os sujeitos processuais.

Os princípios da boa-fé objetiva e da colaboração (ou cooperação) são também apontados como pilares do modelo de processo que se busca estabelecer a partir da Constituição e do CPC/2015.

Sobre esse quadro, discorrem Cota e Bahia (2016, p. 05):

> O novo Código de Processo Civil busca se alinhar ao modelo democrático e constitucional de processo, com o reforço de seu aspecto principiológico logo em seu capítulo introdutório, que menciona expressamente o princípio de boa-fé objetiva (art. 5.º), da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6.º – teoria normativa da comparticipação), e do contraditório

> como paridade de armas (art. 7.º), de bilateralidade de audiência (art. 9.º), e, mais importante, como garantia de influência e não surpresa (art. 10), de modo a impedir a potencial manutenção do sentido das reformas processuais gestadas sob o denunciado discurso neoliberal. (grifo nosso)
>
> [...] os arts. 9.º e 10 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) trazem o contraditório em sua visão dinâmica, resignificando-o, importando este na condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada, ligando-o impreterivelmente à reestruturada fundamentação das decisões, prevista nos arts. 11 e 489 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que têm por fundamento principal uma releitura do dever de motivar as decisões judiciais, garantindo ampla participação das partes (influência), análise dos seus argumentos (não surpresa) e a busca por estruturar a utilização dos precedentes, das súmulas e das demais fontes do direito.
>
> [...] o novo Código de Processo Civil traz em seu bojo a imposição aos sujeitos processuais do dever de cooperação (art. 6.º), criando deveres específicos, como o de esclarecimento, o da assistência e da prevenção, e o de observar-se as regras constitucionais (garantias constitucionais), dentro dos padrões do devido processo legal, como prescreve o art. 8.º.

Na mesma direção, defende Mitidiero (2015, p. 46-47):

> A divisão de trabalho ideal no processo civil encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas das partes e do juiz. Não por outra razão, o Código de Processo Civil enuncia como uma de suas normas fundamentais a colaboração (art. 6º do CPC/2015), deslocando o centro do processo civil da atuação do juiz para o trabalho em conjunto do juiz com as partes.
>
> [...] Não por acaso, ao lado da colaboração, o novo Código prevê como um de seus compromissos fundamentais a fiel observância pelo juiz e pelas partes do direito ao contraditório (arts. 9º e 10 do CPC/2015).
>
> Ademais, a democracia participativa tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra,

> potencializa-se o valor da participação no processo a fim de que esse se constitua firmemente com um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais (arts. 1º, 7º, 9º e 10 do CPC/2015).

De fato, parece ter andando bem o CPC/2015 nesse ponto; contudo, não passou livre de críticas. Muitos são os aspectos polêmicos e controversos inseridos em suas entrelinhas, o que desencadeou, naturalmente, uma série de pertinentes alertas realizados pela doutrina, muitos dos quais elucidados no decorrer deste trabalho. Afinal, a alteração legislativa promovida pelo novo Código de Processo Civil de 2015 será suficiente para a concretização dos direitos e garantias fundamentais (processuais) previstos na Constituição? Será o Código capaz de promover, satisfatoriamente, uma mudança de perspectiva dos operadores do direito (juízes, advogados, membros do MP, etc.) para a necessidade de construção de um processo comparticipativo e policêntrico, abandonando práticas e visões superadas, destoantes dos valores que caracterizam nosso contexto histórico? O Código porá fim a "ementismos", "decisionismos" e "voluntarismos"? O sistema de precedentes vingará? A jurisprudência, a partir de agora, será estável? A aplicação do direito jurisprudencial aplacará a litigiosidade crescente? Só o tempo dirá.

Nunes e Horta (2015, p. 6-7), prenunciam que:

> Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da comparticipação, corre-se o risco de manter-se o "velho" modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se

> vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas.

Sobre a mera estabilidade da jurisprudência, com base nas lições de Dworkin, asseveram os precitados doutrinadores:

> Decidir à luz da integridade e coerência representa muito mais do que garantir a estabilidade. Jurisprudência meramente estável é uma jurisprudência que se basta e, embora se decida de acordo com o que já se decidiu, não há preocupação em se decidir conforme a Constituição, seus princípios, a legalidade, ou mesmo em harmonia com o que os outros juízes e tribunais vêm decidindo. É possível decidir reiteradamente em um sentido equivocado, injusto, que viole o Direito, e, ainda assim, afirmar que se está dando cumprimento à ideia de estabilidade, pois o referencial é tão somente o sujeito (solipsista), e não a comunidade (de princípios).
>
> Por sua vez, decidir de forma coerente é decidir para e no sistema jurídico e nos princípios que o definem (não basta apenas respeitar o que se decidiu anteriormente – isto é ser estável –; é preciso ser coerente com o contexto histórico e jurídico em que se está inserido), e decidir de forma íntegra é identificar direitos e deveres "a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade."
>
> [...] trabalhar com o direito jurisprudencial não deve servir de atalho para, no atacado, resolver massivamente os casos que chegam ao Judiciário. Se, de um lado, a formatação de teses e de enunciados sumulares favorece a uniformidade do Direito e a previsibilidade e confiança do jurisdicionado, de outro, não deve servir de escusa para o Judiciário deixar de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhe são submetidos, aplicando, ou deixando de aplicar, o direito jurisprudencial com base em razões de fato e de direito construídas comparticipadamente pelos sujeitos processuais (NUNES; HORTA, 2015, p. 25-26; 33).

Ao comentar os estudos elaborados pelo Banco Mundial para a reforma do Poder Judiciário em países da América Latina e Caribe[28], Machado (2017, p. 197-198) critica a busca pela celeridade a qualquer custo, bem como a "verticalização do Poder Judiciário", propostas encampadas pelo CPC/2015, inclusive no contexto do incidente de resolução de demandas repetitivas:

> Para se alcançar a previsibilidade decisória, embora não faça recomendação específica, o Documento Técnico nº 319 menciona, em diversas passagens, a necessária urgência de se ampliar o poder vinculante das Cortes Supremas e a prevalência da jurisprudência sumulada sobre as decisões das instâncias inferiores. [...] Foram sugeridas, assim, várias alterações nos procedimentos administrativos e nos códigos de processo, para aumentar a eficiência no processamento das demandas. As reformas processuais dependeriam da identificação dos procedimentos que obstruem a eficiência das Cortes e causam atrasos nos julgamentos.
>
> [...] Mais recentemente o CPC/2015 instituiu, dentro do mesmo viés, uma espécie de sistema de precedentes vinculantes para conferir maior previsibilidade decisória, além de "importar" novas técnicas de julgamento, dotadas de caráter coletivo, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR com forma de se alcançar maior celeridade na uniformização da interpretação do Direito.
>
> A crítica que se coloca é que, embora muitas das recomendações formuladas pelo Banco Mundial sejam, de fato, pertinentes para a melhoria da qualidade do processo, não se pode relegar ao segundo plano a garantia efetiva de participação e do contraditório das partes para a realização de um processo mais justo e eficiente, de acordo com normas e garantias preconizadas pela Ordem Constitucional de cada país da América Latina.

[28] A partir da análise do Sistema de Justiça na América Latina, em 1996, o Banco Mundial publicou estudos e elaborou um programa de reforma do Judiciário (por meio do Documento Técnico nº 319), abordando os principais fatores que afetariam a qualidade do processo jurisdicional e sua efetividade nos países dessa região (MACHADO, 2017, p. 193).

> À toda evidência, a pesquisa não se preocupou com a previsão de instrumentos processuais para se assegurar, no processo realmente democrático, a efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional.
>
> Enfim, a busca pela celeridade a qualquer custo e a verticalização do Poder Judiciário, mediante a vinculação de precedentes e criação de técnicas de julgamento dotadas de caráter coletivo e vinculantes, se consideradas apenas isoladamente, não se mostram compatíveis com a perspectiva do devido processo justo. (grifo nosso)

E prossegue o alerta desse autor quanto aos riscos presentes nos mecanismos instituídos pelo CPC/2015 para combater a litigiosidade repetitiva:

> Não se pode admitir, dentro desse paradigma, que o legislador infraconstitucional, a pretexto de conferir maior celeridade e previsibilidade decisória, mitigue ou elimine as garantias do modelo constitucional de processo. O problema da litigiosidade repetitiva é, de fato, um problema vivenciado pelo Poder Judiciário na sociedade massificada, mas isso não franqueia a possibilidade de criação de um modelo "próprio e peculiar" de processo para remediar tais conflitos de forma mais célere e uniforme. As garantias constitucionais são as mesmas em qualquer modalidade de processo e não podem assumir o caráter de mera ficção jurídica em razão de disposições infraconstitucionais (MACHADO, 2017, p. 204).

As críticas parecem acertadas, já que o CPC/2015 foi instituído tendo como referência os princípios, normas e valores expressos na Constituição Federal. Em seu bojo estão contidas, em grande medida, as reflexões de moderna doutrina processual e constitucional, potencializadoras da percepção de um processo civil comunicativo, cooperativo e alinhado com o aprimoramento da democracia participativa.

Essa importante redefinição de paradigmas, no entanto, de pouco servirá ao sistema de justiça e à sociedade brasileira caso a aplicação do CPC/2015 não esteja orientada pelas premissas acima apontadas, mas antes e preponderantemente por uma lógica de gestão processual e de produtividade, destinada ao cumprimento de

metas e ao enfrentamento, a qualquer custo, da quantidade de demandas ajuizadas hodiernamente.

Uma mudança de postura, por fim, revela-se necessária no seio da comunidade jurídica (juízes, advogados, membros do MP, servidores do Judiciário, pesquisadores, etc.), os quais, à sua medida, possuem a missão de pensar e operacionalizar o processo em bases mais democráticas.

A propósito, há mais de três décadas assentava Dinamarco (1987, p. 255 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 06):

> As garantias constitucionais, para se efetivizarem, podem se valer do aparelhamento procedimental existente. O pleno acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação de uma nova mentalidade no processo, destinada a envolver não apenas o legislador, mas, sobretudo, os doutrinadores e os sujeitos do processo.

Os desafios são muitos, mas é preciso encará-los. Por essa razão, o diploma processual em vigor reclama uma leitura que prestigie sua complexidade e suas finalidades. Parece necessário, mais do que nunca, revisitar e manter em foco o conteúdo ideológico vertido na Constituição de 1988, base para o desenvolvimento de uma sociedade plural e democrática.

5 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5.1 O contexto de surgimento do IRDR

5.1.1 A crise numérica de processos

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma de acesso à justiça, baseado principalmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Passou a prever as garantias fundamentais do processo, consagrando:

> (a) a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV);
>
> (b) o devido processo legal (art. 5º, LIV);
>
> (c) o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV);
>
> (d) a coletivização do processo por meio de instrumentos judiciais para a defesa de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, tais como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação de improbidade administrativa (art. 37, §4º, a ação civil pública (art. 129, III), etc.

Além da constitucionalização de toda ordem jurídica e da garantia de amplo acesso à justiça, outros fatores contribuíram e contribuem para a manutenção e o crescimento do número de processos judiciais no Brasil, conforme aponta Cavalcanti (2015, p. 386):

> (a) o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, que passaram a ter conhecimento de seus direitos e da necessidade de exercê-los;
>
> (b) a ampliação dos meios de comunicação em massa (televisão, internet, etc.), que contribuiu para a veiculação das informações, estimulando a reivindicação de direitos;
>
> (c) o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta de novos produtos, aumentando as necessidades do consumo humano e, consequentemente, as relações entre os consumidores e os fornecedores de produtos;
>
> (d) a crise do Estado social, que levou ao Judiciário demandas envolvendo direitos que deixaram de ser atendidos adequadamente pelo Poder Público, tais como o direito à saúde, à educação, etc.;

> (e) o aumento da ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas (ativismo judicial), anteriormente de responsabilidade exclusiva da administração pública; etc.

De acordo com Machado (2017), a partir desse contexto, o acesso à justiça passa a ter nova dimensão, especialmente com o advento dos direitos de terceira e quarta gerações, relacionados ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável, à proteção do consumidor, e demais direitos difusos e coletivos. Para o autor, "as declarações jurídicas consagraram a prerrogativa inarredável de que todo cidadão faz jus a receber dos tribunais solução definitiva e em tempo razoável para os atos que violem seus direitos" (MACHADO, 2017, p. 23).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2011) comenta que esse cenário fez prosperar, em contraposição, uma cultura demandista na sociedade brasileira, que confunde, quase sempre, litigiosidade com manifestação de cidadania. Segundo o autor, o verdadeiro exercício de cidadania residiria justamente no oposto:

> [...] ao contrário do que normalmente se defende no Brasil, o verdadeiro exercício de cidadania não consiste na ampla e imediata judicialização de todo e qualquer conflito, como uma espécie de terceirização da resolução da controvérsia, mas sim na busca pretérita de outros mecanismos de autocomposição (por exemplo, transação) ou de heterocomposição (por exemplo, arbitragem) de litígios, que procuram trabalhar a controvérsia, ao contrário de simplesmente eliminá-la por meio da atividade jurisdicional. O objetivo é acabar com a ideia de vencedor e vencido no processo judicial, preservando, portanto, as relações de continuidade (MANCUSO, 2011, p. 54).

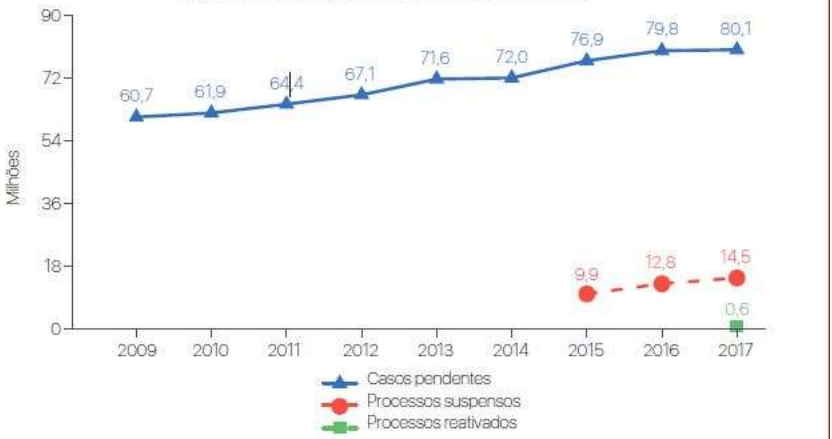
Até que a cultura do brasileiro evolua para o que vislumbra Mancuso, observa-se que os avanços alcançados com as garantias fundamentais do processo minguam e se relativizam frente à incontrolável quantidade de demandas ajuizadas – fenômeno que a própria ordem constitucional instituída ajudou a criar. Os números

são claros, e não se pode negar a existência de uma crise no sistema de justiça no Brasil.

Apenas para ilustrar o que se expõe, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ elaborou recentemente seu 14º Relatório anual Justiça em Números (ano base 2017), onde, entre outras informações, disponibiliza os dados sobre a litigiosidade no território nacional. Apesar de alguns números positivos em relação ao ano de 2017, o balanço geral – considerada a série histórica desde 2009 – ainda é de exponencial crescimento de processos:

> O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura.
>
> Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos e foram baixados 31 milhões. Houve decréscimo dos casos novos na ordem de 1% com relação ao ano de 2016, e aumento dos casos solucionados em 5,2%. A demanda pelos serviços de justiça registrou crescimento acumulado na ordem de 18,3%, considerada toda a série histórica desde 2009. Em 2017 foi o primeiro ano em que o volume de baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados [...].
>
> Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu, conforme demonstra a Figura 46. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2018, p. 74).

Figura 46: Série histórica dos casos pendentes



Na visão de Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Dutra (2015), o fenômeno da litigiosidade de massas e de demandas repetitivas provém da confluência de diversos fatores, decorrendo, ainda, além do amplo acesso à justiça garantido com a Constituição de 1988:

> [...] da universalização de determinados serviços básicos (v.g. telefonia e energia elétrica) ou da ampliação do acesso ao crédito, fatos que colocaram em litígio, de um lado, inúmeros cidadãos e, de outro, instituições financeiras, empresas ou o próprio Estado – seja diretamente, como quando não honra seus compromissos junto a servidores públicos, seja indiretamente, quando intervém na vida social por meio de planos econômicos. Tais demandas repetitivas, em sua grande maioria, não costumam albergar pretensões jurídicas complexas, nem demandam profunda instrução probatória, mas desafiam o Judiciário, em virtude do seu poder exponencial de replicação, que coloca em xeque velhas estruturas e procedimentos (GONÇALVES; DUTRA, 2015, p. 190).

O cenário de crise apresentado justifica, em grande medida, um sem número de reformas legislativas ocorridas, todas no intuito de cumprir ou ao menos diminuir a alarmante discrepância entre as promessas constitucionais e a realidade vivenciada.

5.1.2 As reformas processuais e os Pactos Republicanos: a constante busca por soluções legislativas

Uma onda de reformas legislativas ocorreu no Brasil tendo como base a ideia de que a morosidade na prestação jurisdicional seria fruto, sobretudo, de defeitos na legislação processual. Como visto no subitem anterior, todavia, essa morosidade possui diversas causas e concausas, as quais, por terem sido preteridas pelos poderes constituídos, acabaram por ceder espaço às reformas da legislação processual (MACHADO, 2017).

Para os fins deste trabalho, serão destacadas apenas as mais significativas.

Os desafios impostos pela Constituição de 1988 ao Código de Processo Civil de 1973 inspiraram a primeira reforma importante, ocorrida nos anos 1990. Juristas empreenderam esforços na propositura de aperfeiçoamentos àquela legislação processual, incluindo, por exemplo, modificações nos atos de comunicação processual e a introdução da tutela antecipada:

> A referida comissão composta por diversos juristas, tais como Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, entre outros, foi responsável pela elaboração de 11 anteprojetos de lei para modificação de pontos específicos do CPC, tendo 10 deles sido convertidos em leis que aperfeiçoaram a fase probatória, os atos de comunicação processual, introduziram a tutela antecipada com o propósito de conferir maior efetividade ao processo. A legislação introduziu, ainda, no CPC a ação monitória como tutela diferenciada para obtenção mais célere do título executivo judicial (MACHADO, 2017, p. 32).[29]

[29] Dos 11 anteprojetos, dez foram convertidos em lei. A saber: 01) Lei n. 8.455/92 (alterou dispositivos referentes à prova pericial); 02) Lei n. 8.710/93 (previu a citação por meio de serviço postal e alterou outras disposições relativas aos atos de comunicação processual); 03) Lei n. 8.898/94 (previu a citação do réu, na liquidação por arbitramento e na liquidação por artigos, na pessoa de seu advogado,

Ao que tudo indica, a crença que passou a vigorar em grande parte do meio jurídico brasileiro desde aquela época era a de que era preciso "rapidez acima de tudo" ou a de que "quanto mais depressa melhor". Entretanto, como bem asseverou o jurista carioca José Carlos Barbosa Moreira (2000), "se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa." E prossegue o doutrinador: "o que todos queremos é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço" (MOREIRA, 2000, p. 117-118).

Por evidente, a redução do tempo do processo judicial deve servir para aprimorar a tutela jurisdicional, e não piorá-la, haja vista o surgimento de recomendações para que se reduzam os prazos e recursos, se cancelem oportunidades para manifestações das partes, e outras do gênero, resultando na exclusão de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente às partes litigantes (CAVALCANTI, 2015).

A tutela coletiva tem significativa relevância nesse contexto. A edição do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), juntamente com a Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei n. 7.347/85), acabaram por constituir um microssistema processual coletivo, dando tratamento específico às demandas coletivas. Dentre as principais ações que compõem esse microssistema destacam-se

constituído nos autos); 04) Lei n. 8.950/94 (alterou diversos dispositivos relativos aos recursos); 05) Lei n. 8.951/94 (alterou dispositivos sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião); 06) Lei n. 8.952/94 (alterou dispositivos sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar, prevendo o instituto da antecipação dos efeitos da tutela); 07) Lei n. 8.953/94 (alterou diversos dispositivos relativos ao processo de execução); 08) Lei n. 9.079/95 (introduziu e regulamentou a ação monitória); 09) Lei n. 9.139/95 (alterou dispositivos que tratam do agravo de instrumento); e, 10) Lei n. 9.245/95 (alterou dispositivos relativos ao procedimento sumário (CAVALCANTI, 2015, p. 397-398).

aquelas que admitem a defesa de direitos individuais homogêneos, como, por exemplo, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e o *habeas data* coletivo (CAVALCANTI, 2015).

Em que pese terem sido providências importantes para adaptação da lei processual aos tempos atuais, estas não foram capazes de aplacar a massiva litigiosidade. E por vários motivos, como elenca Cavalcanti (2015):

> a) a inexistência de quantidade suficiente de entidades associativas, fazendo com que a grande maioria das ações coletivas seja proposta apenas pelo Ministério Público e, mais recentemente, pela Defensoria Pública, não alcançando, desse modo, todas as situações massificadas que surgem diariamente;
>
> b) a restrição do cabimento das ações coletivas para a defesa de alguns direitos, como, por exemplo, a limitação imposta pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985, que assim dispõe: "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados";
>
> c) o regime da coisa julgada coletiva secundum eventum litis contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas por meio das ações coletivas, pois seus efeitos somente serão erga omnes quando for caso de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e sucessores (art. 103, III, do CDC). Logo, na hipótese de improcedência do pedido, os efeitos da coisa julgada material alcançarão apenas o legitimado extraordinário, não atingindo a esfera jurídica dos substituídos processualmente, que podem ajuizar suas próprias ações de indenização a título individual;
>
> d) a tentativa de se estabelecer uma limitação territorial aos efeitos da coisa julgada erga omnes, que ficariam restritos à competência territorial do órgão prolator da decisão, conforme prevê o art. 16 da Lei nº 7.347/1985: "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente

> por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova;
>
> e) a inconveniência da substituição processual, ao permitir que alguns sujeitos postulem em favor de uma coletividade dispersa geograficamente.

Enfim, esse arcabouço processual inadequado somado a fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, etc., manteve um ambiente propício à multiplicação de demandas repetitivas assoberbando magistrados e tribunais, fazendo com que a atividade jurisdicional seja constantemente criticada e questionada pela sociedade (CAVALCANTI, 2015).

5.1.2.1 A reforma do judiciário (EC nº 45/2004)

Foi a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 que incluiu-se ao art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito administrativo ou judicial, o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam sua celeridade. Trata-se de importante consagração no texto constitucional de um premente anseio da sociedade.

Outras inovações podem ainda ser destacadas nessa reforma, dentre elas: (a) art. 102, §3º, da CF/88, que dispõe sobre a exigência do requisito da repercussão geral em recurso extraordinário como condição para sua admissibilidade. A partir dessa alteração, um recurso extraordinário só passa a ter o mérito analisado caso fique demonstrado que a matéria de cunho constitucional em análise extrapola os limites da lide individual; (b) art. 103-A da CF/88, que dispõe sobre a possibilidade de aprovação de súmula vinculante pelo STF, mediante decisão de dois terços de seus membros, com efeitos obrigatórios sobre os órgãos do Poder Judiciário e da

administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CAVALCANTI, 2015).

5.1.2.2 I Pacto Republicano: a efetivação da reforma do judiciário

Na esteira da promulgação da EC n. 45/2004, com o intuito de conferir-lhe efetividade, os chefes dos três Poderes subscreveram um "Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano" (BRASIL, 2004).

De acordo com informações do site do STF, o documento estabelece onze compromissos fundamentais que visam combater a morosidade dos processos judiciais, com especial destaque à constituição de uma comissão para trabalhar na progressiva ampliação da Defensoria Pública da União. Dentre outras medidas, ficou também consignada a importância da aplicação de penas alternativas como forma de reinserção social e solução para o incremento da população carcerária (STF, 2004).

O pacto foi decisivo para a efetivação de importantes mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça. É desse período a regulamentação da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral[30], consolidadas por meio, respectivamente, das Leis nº 11.417 e nº 11.418, ambas de dezembro de 2006 (MACHADO, 2017).

5.1.2.3 II Pacto Republicano: elaboração de novas propostas legislativas

[30] Daniel Carneiro Machado anota que: "A plena vigência desses institutos contribuiu para desafogar os gabinetes dos 11 ministros da Corte, possibilitando um andamento mais célere aos processos, visto que impediram a interposição de inúmeros Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento. De acordo com o Presidente do STF à época, Ministro Cezar Peluso, a aplicação da sistemática da repercussão geral já resultou, desde 2007, na redução de 41,2% do número de recursos que chegam à Corte" (MACHADO, 2017, p. 34, nota de rodapé n. 70).

Devido aos resultados positivos do primeiro pacto, uma segunda edição foi assinada pelos chefes dos Poderes em abril de 2009. Nessa edição, decidiram não apenas reafirmar os compromissos estabelecidos anteriormente como ampliá-los para fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso à Justiça e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça (STF, 2011).

Importantes medidas foram implementadas naquele contexto e surtiram efeitos visíveis no cotidiano dos tribunais, conforme observou o Ministro Cezar Peluso, então Presidente do STF, no discurso de abertura do Ano Judiciário de 2011:

> Em 2010, no âmbito do Pacto, foi sancionada a Lei nº 12.322, que, com profunda repercussão na velocidade dos ritos processuais, alterou o Código de Processo Civil quanto à disciplina do recurso de agravo. [...]. Além das diversas leis promulgadas sob sua égide (do II Pacto), vários projetos encontram-se em fase avançada de tramitação. Na Câmara dos Deputados, mencionam-se o PL nº 4.723/2004, que estabelece a uniformização da jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis; o PL nº 4.230/2004, que prevê a remição da pena criminal por tempo de estudo; o PL nº 4.208/2001, que cria novas medidas cautelares no processo penal; e o PL nº 3.443/2008, que altera a lei de combate à lavagem de dinheiro.
>
> No Senado Federal, são de realçar o PLS nº 77/2002, que institui a Certidão Negativa de Créditos Trabalhistas, e o PLC 317/2009, que faculta ao STF julgar recursos extraordinários tempestivos que envolvam casos com ampla repercussão social, ainda que inadmissível por causa formal que a Corte não repute grave. Além dos projetos do Pacto, o Supremo Tribunal Federal participou efetivamente dos debates sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que institui o novo Código de Processo Penal. Também no âmbito da Corte, foram colhidos subsídios para o PLS nº 166/2010, que reforma o Código de Processo Civil.

Como é sabido, os Projetos de Lei acima citados foram convertidos efetivamente em leis e contribuíram, à sua medida, com o aprimoramento do sistema de justiça brasileiro. Um dos projetos aprovados de suma importância para a população mais carente foi a Lei 12.011/2009, que possibilitou a criação de 230 novas varas federais, destinadas à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no interior do Brasil (STF, 2011).

Machado (2017) destaca também:

> [...] a Lei 12.012/09, que criminalizou a entrada de aparelhos celulares e similares nas penitenciárias do país; [...] importante ressaltar, finalmente, que a Defensoria Pública foi fortalecida com a aprovação da Emenda Constitucional 74, que lhe conferiu autonomia administrativa e financeira no âmbito da União, e pela Emenda Constitucional 80, de 04 de junho de 2014, que fixo prazo de 08 anos para que os entes públicos dotassem todas as comarcas de defensores públicos (MACHADO, 2017, p. 36).

5.1.2.4 III Pacto Republicano: mais reformas a caminho

Durante a já mencionada cerimônia de abertura do Ano Judiciário de 2011, o Ministro Cezar Peluso lançou a proposta de se firmar o III Pacto Republicano, com a intenção de dar continuidade ao processo de aprimoramento da ordem jurídica e consolidar o processo de modernização da máquina judiciária (STF, 2011).

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ coordena estudos e discussões prévias para um eventual novo pacto. A convite do próprio CNJ, ainda em 2015, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, ofereceu importante contribuição por meio de ofício endereçado ao então Presidente do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski.

O documento apresentado pela AJUFE propõe, além de outras ações, medidas voltadas a aprimoramentos no âmbito da Execução Fiscal; à redução da litigiosidade excessiva veiculadas por demandas repetitivas e alterações quanto ao tema da Administração e Destinação de Bens Apreendidos (AJUFE, 2015).

Outros temas seguem ainda em análise e discussão e tratam da simplificação dos procedimentos processuais e a ampliação das competências dos tribunais de segunda instância, em especial a redução do número de recursos que podem ser apresentados em cada instância judicial e a modificação da natureza dos recursos extraordinários, para reduzir a duração das causas judiciais, bem como o fim do efeito suspensivo nas sentenças prolatadas pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça, para que vigorem imediatamente, independentemente do julgamento dos recursos especiais e extraordinários impetrados no Superior Tribunal de Justiça e no STF (STF, 2011).

5.1.2.5 PEC nº 209/2012: mais um "requisito" para admissão do recurso especial

Seguindo as tendências reformistas destacadas, uma comissão interna de Ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ elaborou anteprojeto de emenda à Constituição recomendando a criação do instituto da "relevância da questão federal infraconstitucional" como requisito para admissão do recurso especial. O mecanismo aprovado pelo Pleno do STJ é similar à repercussão geral, no âmbito do STF.

O referido anteprojeto deu origem à Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 209/2012, que busca incluir um §1º ao art. 105 da Constituição Federal,[31] para dispor sobre o novo requisito de admissibilidade do recurso especial. Aprovada na Câmara dos Deputados, a proposta foi remetida em 21 de março de 2017 ao Senado Federal, onde passou a tramitar como Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2017. No Senado, tendo já sido aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, a matéria encontrava-se pronta para a deliberação do Plenário, mas retornou à CCJ para o exame das emendas de Plenário[32].

Em síntese, a proposta visa combater o congestionamento processual que assoberba anualmente o Tribunal.

Naturalmente, as análises sobre a proposição possuem diversos matizes. Se, por um lado, a grande maioria dos ministros do STJ defende que a medida materializa a missão constitucional do Tribunal, por outro, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB opõe forte resistência à aprovação da PEC, haja vista a proposta representar, além de restrição ao acesso à justiça, um olhar equivocado sobre como resolver o problema do congestionamento processual no STJ.[33]

---

[31] Como informa Cavalcanti (2015, p. 407): Na Comissão Especial foi aprovado substitutivo ampliando o objeto da PEC, o qual sugeriu, além da criação do instituto da "relevância da questão federal" (introdução dos §§ 1º a 7º ao art. 105, do Constituição Federal), a possibilidade de o STJ editar súmulas impeditivas de recursos (introdução do art. 105-A à Constituição da República).

[32] Até o fechamento desse trabalho não houve novo andamento da matéria no Senado Federal.

[33] Para mais detalhes sobre a oposição (propositiva) do Conselho Federal da OAB à "PEC da Relevância", ver: Proposição n. 49.0000.2012.009403-3/COP. Relator Conselheiro Federal Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Disponível em: https://www.oab.org.br/arquivos/2017/07/pec-209-12-repercussao-geral-no-stj-voto-do-pleno-do-cfoab-2.pdf. Acesso em: 05 nov. 2018.

A medida pode parecer eficaz para reduzir a enorme quantidade de recursos que chegam àquela Corte, tal e qual se deu com a repercussão geral, no âmbito do STF[34]. Todavia, pergunta-se: a medida servirá mais aos Tribunais ou aos cidadãos? A eficiência do sistema pode se fiar no sacrifício do acesso à justiça dos jurisdicionados? Mais do que um requisito formal a medida parece impor novos obstáculos e, ao contrário de representar melhoria e ampliação da tutela jurisdicional, parece impor barreiras e restrições a esse fim.

5.1.3 O Código de Processo Civil de 2015

Em meio à crise do Poder Judiciário e às reformas legislativas que pretendem debelá-la, foi aprovado o Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015.

Já na Exposição de Motivos do Anteprojeto aprovado no Senado Federal, em 2010[35], verificava-se a sintonia do então futuro Código de Processo Civil com essa missão de agilizar e simplificar o processamento e ajuizamento das demandas, de coibir os atos protelatórios, de restringir as hipóteses de reexame necessário e de reduzir recursos.

De acordo com Cavalcanti (2015), pode-se dizer que os trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas encarregados de elaborar o Anteprojeto orientaram-se por cinco objetivos principais:

> (a) estabelecer expressa e implícita harmonia com a Constituição da República;

[34] De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Luciano Felício Fuck, a distribuição de feitos no STF caiu pela metade em uma década (2005-2015), e o acervo do Tribunal é quase 30% daquele pendente antes do instituto da repercussão geral.

[35] Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296. Acesso em: 06 nov. 2018.

> (b) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais próxima da realidade fática;
>
> (c) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
>
> (d) conferir todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e
>
> (e) imprimir maior grau de organização ao sistema processual, conferindo-lhe maior coesão (CAVALCANTI, 2015, p. 413-414).

Como já destacado anteriormente, as normas fundamentais do processo inauguram o novo diploma processual com um nítido compromisso de observação aos ditames constitucionais orientadores da ordem jurídica e do processo no Estado Constitucional (ver item 4.4).

Com efeito, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, sistematizou as reformas processuais pontuais e complementou um ciclo de modificações legislativas do Sistema de Justiça ao longo dos últimos 20 anos. A novel legislação busca conferir maior funcionalidade ao processo e traz inovações em técnicas processuais de julgamentos de conflitos, dentre elas, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, regulado pelos arts. 976 a 987, do CPC/2015 (MACHADO, 2017).

O objetivo precípuo do IRDR é servir ao julgamento, *in abstracto*, de questões de direito replicadas em múltiplas demandas, estimulando a estabilização da jurisprudência, em observância aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia.

Não se deve crer, contudo, que mais uma reforma processual e suas "inovações" sejam adequadas e suficientes para aplacar a litigiosidade crescente e a

morosidade da prestação jurisdicional. Afinal, após dois anos de vigência do novo Código, ainda não se colheu o que se esperava nesse aspecto.

Marcelo Abelha (2015) reflete sobre essa crença que impera no Brasil, de que a criação de novas leis seja suficiente para resolver os problemas da morosidade da justiça:

> [...] esse arroubo otimista, revelado em frases de efeito, de que um novo Código de Processo Civil seria a solução para os problemas da crise do Judiciário, nos faz lembrar um recente fato, de otimismo exacerbado, que foi seguido de uma previsível frustração que aconteceu com a introdução no Texto Constitucional do inciso LXXVIII do art. 5º pela EC 45/2004. Nesse dispositivo consagrou-se o direito fundamental à razoável duração do processo, mas nem por isso teve o condão, da noite para o dia, de transformar processos de duração irrazoável em duração razoável, pois, como se disse, não são os "excessos de recursos" nem o "formalismo processual" os principais algozes desse fenômeno.
>
> [...] é preciso ter em mente que o tema da crise do Poder Judiciário deve ser visto sob várias frentes, pois direta ou indiretamente são muitas as causas às quais se pode atribuir esse nefasto efeito de demora irrazoável na prestação jurisdicional (ABELHA, 2015, p. 62).

Feitas essas breves considerações a respeito das reformas processuais que contextualizam o surgimento do IRDR, passa-se ao exame dos aspectos processuais gerais do aludido incidente.

5.2 Regime jurídico do IRDR

O IRDR é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Consiste num mecanismo processual voltado à identificação de demandas repetitivas que contenham a mesma questão de direito, para decisão conjunta no tribunal local, repercutindo obrigatoriamente (efeito vinculante e *erga omnes*) sobre todas as causas

que versarem sobre questão isomórfica em tramitação, inclusive as futuras, na área de competência do tribunal (MACHADO, 2017).

O IRDR, dessa forma, é uma aposta da nova legislação processual para, ao mesmo tempo, acelerar a prestação jurisdicional, uniformizar entendimento sobre matéria jurídica e dar tratamento isonômico aos jurisdicionados, diante da multiplicação de litígios de massa sem uma resposta rápida e uniforme do Poder Judiciário.

A seguir será tratado o regime jurídico do IRDR, abordando: a natureza jurídica; os pressupostos de admissibilidade; a legitimidade para requisição da instauração; a competência para o processamento e o julgamento; o julgamento e seus efeitos; os recursos cabíveis, além de aspectos polêmicos relacionados a cada um desses pontos.

5.2.1 A inadequação terminológica

Antes de passar à análise dos pontos elencados, cumpre registrar importante observação doutrinária sobre a inadequação do nome dado ao incidente coletivo (IRDR), ante os fins a que se propõe.

Marcelo Abelha (2017) observa que as alterações realizadas no texto original, no âmbito do Congresso Nacional, acabaram tornando o objeto do IRDR bem mais reduzido do que se propunha originalmente. De acordo com o autor:

> O IRDR era para ser, e servir, ao julgamento, in abstracto, de "questões de fato e de direito" replicadas em múltiplas demandas, o que se daria por meio de procedimento modelo voltado à formação de uma norma/texto abstrata vinculante. Contudo, o texto original foi alterado no Congresso e o incidente de resolução de demandas repetitivas acabou se

> tornando um incidente de resolução de questões de direito repetitivas. [...] Entre resolver questões de direito – e apenas de direito! – replicadas em "demandas" que nem sequer precisam ser repetitivas, e, resolver demandas repetitivas há uma inominável distância (ABELHA, 2017, p. 335).

O instituto acabou ficando com um nome que não corresponde à sua verdadeira essência. É o que observa também Cavalcanti (2015), ao anotar que:

> O nome "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas" não é o mais adequado para denominar o novo instituto. Melhor seria "Incidente de Resolução de Questões Repetitivas". Isso porque o referido incidente coletivo não irá resolver as causas repetitivas. Estas serão julgadas (resolvidas) pelo juízo do caso concreto. Isto é, a tese jurídica fixada no incidente será aplicada ao processo repetitivo pelo juízo de origem ao proferir sua decisão a respeito da lide. Na verdade, a função do incidente é fixar, em abstrato, a tese jurídica sobre determinada questão de direito material e/ou processual que vem se repetindo no Poder Judiciário. Em seguida, caberá ao juízo do caso concreto observá-la obrigatoriamente ao proferir sua decisão que resolverá a demanda repetitiva. Essa ideia fica mais clara quando se percebe que o IRDR poderá abranger unicamente questões de direito processual. Nesse caso, a tese jurídica fixada não terá qualquer relação com o mérito da demanda repetitiva a ser resolvida na origem. Ou seja, o IRDR resolverá a questão processual, mas não a própria demanda repetitiva (CAVALCANTI, 2015, p. 44).

Na mesma linha, Sofia Temer (2015) informa que o termo "demanda" é aplicado de maneira não técnica pela lei:

> Em realidade, o IRDR visa solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas. Então, apesar de a lei empregar o termo demandas repetitivas, o que se verifica é que há utilização não técnica do termo "demanda", nesse contexto. Isso porque, a rigor, ao falar em demandas repetitivas deveríamos nos referir a pretensões homogêneas, relativas a relações-modelo. Ou seja, atos de postulação constituídos de causa de pedir e pedido similares, porque

> referentes a situações substanciais análogas (TEMER, 2015, p. 527).

As alterações havidas implicaram ainda num maior distanciamento entre o IRDR e o *Musterverfahren*[36], instituto do direito alemão tido como fonte de inspiração para a criação do incidente brasileiro, conforme consta da Exposição de Motivos do CPC/2015. Dessa maneira, não se deve crer que o IRDR seja uma cópia do instituto tedesco.

De acordo com Cavalcanti (2015):

> [...] o processo legislativo no âmbito do Senado Federal e, principalmente, na Câmara dos Deputados, atribuiu um regramento próprio ao incidente processual coletivo, o qual é diferente e não tem praticamente qualquer relação com o instituto alemão.
>
> Por essa razão, não é correto dizer que o IRDR configura mera cópia do Musterverfahren do direito alemão. É difícil, até mesmo, acreditar que o IRDR teve inspiração no referido procedimento-modelo alemão (CAVALCANTI, 2015, p. 416).

Observa ainda o processualista que o objeto do *Musterverfahren* é mais restrito, tendo aplicação voltada apenas para controvérsias oriundas do mercado de capitais alemão, além de possuir caráter temporário, com término de vigência previsto para 1º de novembro de 2020.

No Brasil, a aplicação do IRDR é mais ampla, abarcando qualquer matéria jurídica, inclusive para dirimir questões processuais. Já o *Musterverfahren* aplica-se também às questões de fato.

[36] Para uma análise detalhada do procedimento alemão *Musterverfahren*, ver: CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Revista de Processo. São Paulo, v. 14, p. 123-146, 2007.

Daniele Viafore (2013) também indica claras distinções entre os dois institutos, incluindo aspectos procedimentais:

> O procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz enquanto o modelo brasileiro admite a instauração de ofício pelo Juiz ou Desembargador. A admissibilidade do incidente é realizada pelo Juiz de origem no procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) enquanto que no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o órgão competente para julgar o mérito do incidente também deve realizar a análise da admissibilidade. No procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) a decisão paradigma somente se aplica para os processos pendentes de julgamento, sendo que no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a tese jurídica é aplicável para os processos pendentes de julgamento e futuros (VIAFORE, 2013, p. 257).

De fato, apesar da inspiração no procedimento-modelo alemão, o IRDR foi instituído no direito brasileiro com regras e contornos próprios que o diferenciam substancialmente daquele instituto[37].

5.2.2 Natureza jurídica do IRDR

Não sobressai na doutrina nacional considerável dissenso sobre a natureza jurídica do IRDR. Para parcela majoritária dos autores[38], o instituto trata-se, na

[37] Para detalhes sobre as distinções entre os dois institutos, ver ROSSI, Júlio César. Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214-224. E também ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo. São Paulo, v. 240, p. 221-242. fev. 2015.

[38] Por todos, ver MATOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC. Magistratura, v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 191. Ver também CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 98-103. E ainda, FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: Temas inéditos, mudanças e supressões. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 626.

essência, de verdadeiro processo objetivo autônomo, de caráter coletivo, que estabelece uma técnica de julgamento para definição em bloco da tese jurídica discutida em várias demandas repetitivas.[39] Nesse sentido, Machado (2017) nota que:

> Embora o IRDR tenha como pressuposto de admissibilidade a existência efetiva de processos repetitivos, sendo instaurado a partir de um ou vários processos modelos (causa piloto), deles se desprende totalmente, adquirindo autonomia processual tanto em relação ao procedimento quanto em relação aos efeitos que irradia (MACHADO, 2017, p. 87).

Não há no IRDR a discussão sobre interesses subjetivos. Não há um litígio propriamente dito. Não há uma pretensão individual resistida.

Sofia Temer (2015) também corrobora essa interpretação, ao observar que ao IRDR interessa a resolução de um conflito normativo geral:

> [...] é possível afirmar que o IRDR preocupa-se preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos apenas serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos. Por isso, adotamos o entendimento segundo o qual o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual objetiva (TEMER, 2015, p. 80).

Em não havendo uma lide intersubjetiva, a própria lei (art. 976, §5º, do CPC/2015) tratou de afastar a cobrança de custas processuais para a instauração do IRDR. Logo, não há vencedores nem vencidos, não cabendo igualmente, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência (MACHADO, 2017).

[39] Daniel Carneiro Machado (2017, p. 86, nota de rodapé n. 177) ressalta que o STJ também reconheceu, em certa medida, o caráter objetivo do julgamento dos recursos especiais repetitivos para a definição de teses jurídicas. Nesse sentido, ver a ementa do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial Repetitivo n. 1.213.082/PR, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques (DJ 18, de novembro de 2011).

Marcos Cavalcanti (2015) demonstra que não sendo ação, tampouco recurso – uma vez que o incidente não consta do rol taxativo de remédios processuais do art. 994 do CPC/2015 – o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo. De acordo com o autor, todas as principais características de um incidente processual são preenchidas por ele. A saber:

> (a) a acessoriedade: o IRDR tem acessoriedade múltipla, uma vez que sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como necessita da pendência de um desses processos repetitivos no tribunal do competente (art. 978, parágrafo único, do NCPC);
>
> (b) a acidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, visto que, dentre outros aspectos, estes serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre as questões comuns do direito discutidas no IRDR, a qual, em seguida, deverá ser aplicada em cada um desses processos repetitivos;
>
> (c) a incidentalidade: o IRDR "cai", "incide", "surge" não apenas sobre os processos repetitivos preexistentes, mas também sobre as causas futuras; e
>
> (d) o procedimento incidental: o NCPC cria um procedimento específico para o exame das questões comuns de direito, estabelecendo, especialmente nos arts. 976 ao 987, o tratamento legal do IRDR (CAVALCANTI, 2015, p. 505).

Daí porque o IRDR deve obedecer ao regime jurídico dos incidentes processuais.

5.2.3 Pressupostos de admissibilidade

O artigo 976, I e II, do CPC/2015 é claro ao estabelecer os requisitos para a instauração do IRDR. Deve haver simultaneamente: (a) efetiva repetição de

processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito; e (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Neste ponto, cumpre registrar importantes observações feitas pela doutrina. Em primeiro lugar, sabe-se que no Projeto de Lei nº 166/2010, que tramitou inicialmente no Senado Federal, o IRDR possuía caráter preventivo, ou seja, naquele texto era cabível a instauração do IRDR sempre que identificada controvérsia com mero potencial de gerar multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica.

A ressalva doutrinária quanto a este aspecto era de que o papel do IRDR deveria ser o de uniformizar o entendimento sobre determinada questão de direito e não o de prevenir o debate processual ainda na primeira instância (NUNES, 2012).[40] A crítica foi acatada e ensejou a modificação no Projeto de Lei nº 8.046/2010, que tramitou na Câmara dos Deputados, para incluir a necessidade da existência concreta da multiplicação de demandas sobre a mesma questão jurídica (MACHADO, 2017).

A questão que se coloca é que essa alteração legislativa não avançou para estabelecer critérios objetivos quanto ao número mínimo de processos repetitivos para a instauração do incidente.[41] Logo, permanece o risco da utilização precoce do

[40] No mesmo sentido, ver CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo civil. Revista de Processo. São Paulo, n. 193, p. 262, mar. 2011. Em sentido oposto CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. *In*: FREIRE, Alexandre *et al* (Org.). Novas tendências do processo civil. vol. III. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 283

[41] De acordo com o Enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC) "a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica".

IRDR antes que novas perspectivas para a mesma questão tenham se desenvolvido pelos jurisdicionados ou mesmo pelos magistrados, culminando na definição de teses jurídicas desconectadas da realidade (GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor, 2015).

O segundo ponto é a restrição do objeto do incidente à questão unicamente de direito. Não caberá, destarte, a instauração do IRDR para resolução de questão de fato controvertida, diferentemente do que ocorre no *Musterverfahren* alemão. Os fatos seriam objeto, num segundo momento, de cognição do juiz natural de cada demanda repetitiva, ocorrendo verdadeira cisão da cognição pelo IRDR.

Para Machado (2017), tal cisão não é uma prática salutar e pode comprometer a prestação jurisdicional:

> Com efeito, a cisão da cognição judicial é uma artificialidade perigosa que acarreta o distanciamento do órgão julgador dos fatos subjacentes ao conflito, o que pode favorecer a uma padronização decisória com comprometimento da qualidade e completude da prestação jurisdicional (MACHADO, 2017, p. 93).

Há, notadamente, nesse novo instrumento, uma tendência à objetivização da jurisdição, estranha à tradição do direito brasileiro, conforme analisa Cabral (2015, p. 1437-1438) ao tratar da hipótese do §1º do art. 976:

> No caso de IRDR que prossegue a despeito da desistência do caso, existe cisão cognitiva e decisória, o órgão que julga o incidente aprecia apenas a questão comum, e todas as demais questões que não forem objeto do IRDR serão decididas pelos juízos dos processos primitivos. Com isso, ao final, o indivíduo receberá uma solução oriunda de uma decisão subjetiva e objetivamente complexa. Subjetivamente complexa porque derivada da pena de dois órgãos jurisdicionais; e objetivamente complexa porque o que poderá ser cumprido e executado será uma combinação de conteúdos: a questão comum definida no

> incidente, somada à decisão sobre todas as demais questões, processuais e de mérito, de cada processo. Ora, trata-se de técnica bem diferente dos recursos repetitivos no CPC de 1973, e também daquela que normalmente deveria informar o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas (com unidade de cognição e decisão, e posterior replicação da ratio para casos similares).
>
> Como consequência, no caso do IRDR que segue para julgamento depois da desistência do recurso ou da ação, existe exercício de jurisdição fora do padrão tradicionalmente observado no direito brasileiro. Historicamente, sempre se pensou a jurisdição como tendo referência a um caso concreto, para a resolução de direitos subjetivos. Aqui, o que se vê é uma objetivização da jurisdição, para usarmos o termo popularizado no controle abstrato da constitucionalidade, i.e., exercício de jurisdição fora de qualquer conflito subjetivo concreto, mais uma comprovação de que o conceito tradicional de jurisdição não atende aos reclamos do direito processual contemporâneo.

Ainda sobre tal ponto, cabe o alerta feito por Gonçalves e Dutra (2015), ao anotarem que os tribunais locais e regionais, a partir do novo regramento processual, estão assumindo papel distinto daquele até então estabelecido pela Constituição. Segundo os autores, esse tipo de cisão estabelcido pelo legislador revela uma tendência de atribuir aos tribunais de segundo grau a prerrogativa de elaboração de normas cada vez mais gerais e abstratas, distantes das peculiaridades dos casos concretos, função que fugiria ao papel do Poder Judiciário, que é tradicionalmente o de individualizar o direito no caso conreto e com isso compor a lide.[42]

[42] Noutro sentido, militando em favor do novo papel atribuído aos tribunais locais e regionais, Reichelt (2015) expõe que: "A introdução de uma nova forma de enfrentamento das demandas de massa trazidas a conhecimento do Poder Judiciário, em especial no que se refere à dimensão dos chamados direitos individuais homogêneos, necessariamente impõe um redesenho do projeto constitucional originalmente proposto em relação ao quadro de organização judiciária do Estado brasileiro. A revisão em relação ao significado do texto constitucional permite a adequação do texto constitucional "às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea". Os reflexos decorrentes desta nova repartição

Quanto ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é importante notar que esses requisitos, em conjunto, são a pedra de toque do IRDR. Aí repousam as principais justificativas para a criação do instituto. Afinal, decisões que dão tratamento distinto à questões idênticas afrontam o princípio constitucional da isonomia e geram instabilidade jurídica por falta de previsibilidade, coerência e certeza do direito.

O fato de não se estabelecer critério objetivo quanto ao número de processos necessários para a instauração do incidente, acabou por tornar o risco à isonomia e à segurança jurídica o pressuposto de maior preponderância na análise de admissiblidade do IRDR. Como destacado pelo Enucniado 87 do Fórum Permanente de Processualista Civis – FPPC: "A instauração do IRDR não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."

---

de tarefas certamente são maiores do que o simples deslocamento de competências de um órgão para o outro. Prova disso pode ser sentida na medida em que se observa o que se passa quando da tentativa de utilização de ferramentas processuais já conhecidas como meio para ordenar um debate que envolve o exercício de atividade substancialmente distinta daquela que se conhece como sendo a da jurisdição no sentido mais tradicional. A existência de proposta doutrinária no sentido de considerar que a ampla defesa e o contraditório seriam ofertados de maneira distinta no contexto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é sintomática a este respeito. Os tortuosos caminhos enfrentados pelo Poder Judiciário no trato do princípio da imparcialidade do juiz em hipóteses envolvendo demandas repetitivas (ainda que antes do advento do instituto em questão) são, também, sinais de que se está diante da necessidade de soluções diversas em relação àquelas tradicionalmente conhecidas. Repensar o papel dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais como forma de propor um novo enfrentamento para os problemas contemporâneos pode ser uma solução adequada desde que isso ocorra de maneira consciente, sem trazer prejuízo no que se refere às conquistas sedimentadas na experiência histórica que transparece no texto constitucional. A alteração legislativa é compatível com a linguagem empregada na Constituição, mas inegavelmente altera o seu significado – e é esse o ponto de partida a ser considerado por aqueles que, no futuro, afirmarão que a mudança trouxe os desejados avanços, acarretou indesejável retrocesso ou, ainda, acabou por se revelar estéril." REICHELT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais. Revista de Processo. São Paulo, n. 248, p.1-10, out. 2015.

Marcos Cavalcanti, na primeira edição de sua obra *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas* (2015), defendia que para a instauração do incidente era suficiente o ajuizamento de diversas demandas repetitivas sobre uma mesma questão de direito, não sendo necessária a prévia existência de decisões conflitantes sobre o assunto.

Em sua segunda edição, no entanto, muda seu entendimento para admitir que a ocorrência de decisões conflitantes sobre determinada matéria é, na verdade, o fator que gera a indesejada ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Do contrário, se as decisões proferidas fossem sempre em um único sentido não haveria interesse processual para a instauração de um IRDR. O raciocínio nos parece acertado.

Esse é o entendimento adotado também pelo TJDFT, conforme trecho de ementa a seguir transcrito:

> PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E IMOBILIÁRIO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. OBJETO. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS EM CONSTRUÇÃO. ENTREGA. ATRASO. INADIMPLEMENTO CULPOSO DA CONSTRUTORA. CARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES E MULTA CONTRATUAL. CUMULAÇÃO. MATÉRIA OBJETO DE IRDR JÁ ADMITIDO. LITISPENDÊNCIA. REPETIÇÃO. INVIABILIDADE. INADMISSIBILIDADE. TAXAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADQUIRENTES ANTES DA EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES E APÓS OBTENÇÃO DA CARTA DE HABITE-SE. DEMORA NA OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO CONTROVERSO. QUESTÃO DE DIREITO. INCIDENTE. ADMISSIBILIDADE. PRESSUPOSTO. ATENDIMENTO. TRÂNSITO ASSEGURADO (NCPC, arts. 976)
>
> [...]

> 2. Engendrado como fórmula de racionalização, aperfeiçoamento e agilização da prestação jurisdicional mediante a fixação de entendimento uniforme sobre questão de direito repetitiva que encontra soluções antagônicas no âmbito do mesmo tribunal de molde a ser resguardada a previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica, o incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR – tem como premissa a subsistência de pluralidade de ações versando sobre idêntica questão de direito sem resolução uniforme, não se satisfazendo com a simples subsistência de multiplicidade de processos se a questão de direito neles debatida tem entendimento uniforme (NCPC, art. 976) (destacamos)
>
> [...]
>
> 5. O incidente de resolução de demandas repetitivas está sujeito a exame prévio de admissibilidade, a ser realizado pelo órgão competente para processá-lo e julgá-lo (NCPC, art. 981), estando sua admissibilidade condicionada à realização dos pressupostos estabelecidos pelo legislador como forma de serem preservadas sua gênese e destinação, implicando que, formatando questão de direito que, fazendo o objeto de multiplicidade de processos, tem encontrado resoluções dissonantes, afetando a segurança jurídica, deve ser admitido como forma de serem asseguradas previsibilidade e uniformidade às decisões judiciais (NCPC, art. 976). (destacamos)
>
> 6. Incidente admitido em parte. Maioria.
>
> (IRDR nº 20160020349044IDR, Câmara de Uniformização, TJDFT, Relator: Desembargador Teófilo Caetano, julgado em 12/12/2016).

O §4º do art. 976 apresenta ainda um pressuposto de admissibilidade negativo, qual seja, a afetação de recurso por tribunal superior para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva, na forma dos arts. 1.036 e1.041, da novel legislação. Tal característica indica o papel subsidiário do IRDR no tocante à definição de teses jurídicas e uniformização jurisprudencial, vez que essa

missão é preponderantemente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por força de previsão constitucional (MACHADO, 2017).

Um requisito não expresso é também considerado essencial pela doutrina majoritária: a pendência de julgamento de causa ou recurso no tribunal competente. Essa era uma exigência prevista no Projeto de Lei que tramitou na Câmara dos Deputados mas foi suprimida no Projeto do Senado Federal no intuito de retomar o caráter preventivo do IRDR.

Ocorre que essa supressão não surgiu o pretendido efeito, vez que outros dispositivos que regulamentam o IRDR no CPC/2015 exigem claramente a existência de causa pendente no tribunal para que o IRDR seja instaurado e julgado por ele, a teor do que dispõe, por exemplo, o § único do art. 978 (CAVALCANTI, 2015). [43] [44]

O STJ, em recente manifestação, indicou que em breve deve pacificar a interpretação sobre a necessidade (ou não) de atendimento do referido requisito para fins de admissão do IRDR. A Ministra Nancy Andrighi pediu vista dos autos em que se discute a matéria, já tendo se posicionado o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino no seguinte sentido:

[43] Nesse sentido, o Enunciado n. 344 do FPPC: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal." Esse é o posicionamento defendido por processualistas como YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, abr., 2012, p. 252; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p.416; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 429-435.

[44] Em sentido oposto, o Enunciado n. 22 da ENFAM: "A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.". Entendimento similar é defendido por TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspdivm, 2016, p. 113-114; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; e por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

> Embora o legislador possa criar incidentes processuais para causas originárias recursais que tramitem no âmbito do Tribunal, não pode criar competências originárias para os Tribunais de Justiça. A instauração do incidente pressupõe a existência de causa pendente no âmbito do respectivo tribunal (REsp 1.631.846/DF).

De fato, esse parece ser esse o entendimento mais consentâneo ao sentido da lei e que aqui se defende. Do contrário, aumenta-se o risco de fixação de teses açodadas que suprimem o debate processual mais aprofundado na primeira instância, incentivando a utilização preventiva do incidente processual.

Esse é o sentido captado por Machado (2017, p. 313-314):

Admitir a instauração do IRDR a partir de processos em tramitação apenas na primeira instância sem qualquer prévio pronunciamento judicial, seja ele por decisão ou sentença, colide frontalmente com o contraditório substancial robustecido pelo debate processual mais amplo que deveria permear qualquer procedimento voltado à fixação de posicionamentos vinculantes de modo a lhes conferir legitimidade constitucional.

Por fim, importante ressaltar que a inadmissibilidade do IRDR por ausência de qualquer de seus pressupostos não impede que o incidente seja nvomanete suscitado, uma vez sarisfeito tal requisito, a teor do §3º do art. 976 do CPC/2015.

5.2.4 Legitimidade

Os legitimados para requerer a instauração do IRDR estão elencados no art. 977, do CPC/2015. São eles: o juiz ou relator do recurso, remessa necessária ou ação originária; as partes; o Ministério Público ou a Defensoria Pública. Em qualquer hipótese o requerimento deve ser dirigido ao presidente do tribunal local ou regional

e instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente (parágrafo único, art. 977).

Cumpre destacar que embora o CPC/2015 não seja claro, as partes a que se refere o inciso II, do art. 977, não se restringem àquelas envolvidas no recurso, remessa necessária ou ação originária em julgamento no tribunal, mas na verdade qualquer das partes dos processos repetitivos que tramitam na primeira instância, desde que haja demanda (ou questão) repetitiva pendente de julgamento no tribunal. Ressalte-se que, vencido o juízo de admissibilidade, deferido o processamento do IRDR, tais partes assumem a qualidade de assitentes litisconsorciais das partes originárias do processo pendente no tribunal, uma vez que a sentença influirá diretamente na relação jurídica entre elas e seus adversários, consoante o art. 124, do CPC/2015 (CAVALCANTI, 2015).

Assim, ante à possibilidade de que vários legitimados possam requerer a instauração de um IRDR perante um mesmo tribunal, o Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC editou o Enunciado nº 89, o qual dispõe que:

> Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.

Outro ponto relevante quanto ao aspecto da legitimidade é que a desistência ou abandono do processo paradigma (aquele selecionado para a instauração do incidente) ou mesmo do próprio IRDR, não obsta o exame de mérito do incidente (§1º, art. 976). Em tais situações, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente assumindo sua titularidade (§2º, art. 976), dado o interesse público na

definição da tese jurídica apta a ser aplicada aos diversos processos repetitivos sobrestados (MACHADO, 2017).

5.2.5 Competência

De acordo com o art. 978 do CPC/2015, o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.[45]

Já o parágrafo único do referido artigo estabelece que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

O citado dispositivo cria uma espécie de prevenção do órgão colegiado que inicialmente julgou o IRDR, o que afrontaria a competência privativa dos tribunais de estabelecerem suas atribuições internas, conforme o art. 96, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal.

Para Marcos Cavalcanti (2015), o parágrafo único do art. 978 do CPC/2015 é formal e materialmente inconstitucional:

> Esse dispositivo legal padece de inconstitucionalidade formal e material. É inconstitucional formalmente, pois ele não encontra qualquer enunciado normativo correspondente no Anteprojeto, no Projeto do senado e no Projeto da Câmara. Simplesmente foi incluído na redação final do texto submetido ao plenário do Senado, sem qualquer discussão a seu respeito

[45] No caso do TJDFT, tribunal referência para o presente trabalho, este órgão é a Câmara de Uniformização, integrada pelo desembargador mais antigo das Turmas Cíveis, que a preside, e pelos dois desembargadores mais antigos de cada uma delas, nos termos do art. 18, inciso I, do Regimento Interno do TJDFT.

> nas casas legislativas. A sua inclusão no texto final, violou o devido processo legislativo e, portanto, o referido dispositivo deve ser declarado inconstitucional por vício formal.
>
> Além da inconstitucionalidade formal, o dispositivo padece ainda de inconstitucionalidade material. Fazendo-se uma leitura inversa do dispositivo, verifica-se que ele mesmo determina qual o órgão competente para julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. O parágrafo único do art. 978 do NCPC vincula a competência para julgar o recurso, remessa necessária ou o processo originário àquela definida no regimento interno dos tribunais para julgar o IRDR.
>
> Em outras palavras: o parágrafo único do art. 978 do NCPC define a competência para julgamento do recurso, remessa necessária ou o processo originário, usurpando a competência dos tribunais de estabelecerem suas atribuições internas por meio do regimento interno, conforme estabelece o já mencionado art. 96, inciso I, alínea "a", da Constituição da República (CAVALCANTI, 2015, p. 453).

Esse é o entendimento externado também por Cassio Scarpinella Bueno (2015), para quem o referido dispositivo viola, a um só tempo, os artigos 108 e 125, §1º, da CF. Em seu ponto de vista, o vício material de que padece o referido dispositivo só poderia ser sanado com a aprovação de emendas à Constituição Federal e a cada uma das Constituições Estaduais:

> Não cabe à lei federal definir a competência dos órgãos dos TRF's nem dos TJ's. A iniciativa viola, a um só tempo, os arts. 108 e 125, § 1º, da CF. Aquilo que o caput do art. 978 tem de virtuoso, [...] o seu parágrafo único tem de vicioso. [...] No máximo, caberia a ele (tribunal) fixar a tese, deixando-a para ser aplicada pelo órgão de primeira instância, a exemplo, aliás, do que, no âmbito dos recursos extraordinário ou especial repetitivos, acabou prevalecendo (não sem críticas) no inciso III do art. 1.040 e de forma similar ao que, no contexto do incidente de arguição de inconstitucionalidade, verifica-se, de forma justificada desde o art. 97 da CF, que reparte a competência dos órgãos dos Tribunais para o reconhecimento da inconstitucionalidade.

> Por esta razão, a inconstitucionalidade formal e substancial do parágrafo único do art. 978 acaba conduzindo o intérprete à compreensão de que a aplicação da tese jurídica deve ser feita pelos juízos de origem, perante os quais tramitam os "casos repetitivos" que ensejaram a instauração do incidente. Somente quando os pressupostos do art. 976 surgirem no âmbito do próprio Tribunal ao julgar um recurso, um processo de competência originária ou, até mesmo, a remessa necessária, é que ele terá competência para, desde logo, aplicá-la ao caso concreto, sendo suficiente, mas necessária, previsão regimental para tanto. É que, nesses casos, sua competência deriva não do parágrafo único do art. 978 (lei federal), mas, bem diferentemente, do arcabouço constitucional (federal, estadual e regimental) prévio, que outorga a competência para julgamento do recurso, do processo ou da remessa necessária.
>
> Se a CF e cada uma das Constituições dos Estados forem modificadas para albergar, dentre as competências dos TRF's e de seus respectivos TJ's, o julgamento originário do incidente de resolução de demandas repetitivas, darão fundamento normativo genérico para o parágrafo único do art. 978, tornando, até mesmo, menos decisiva a crítica que faço à inconstitucionalidade formal do dispositivo. É saber se haverá vontade política para essa alteração. Só espero que se a resposta for positiva, elas sejam feitas em consonância com o devido processo legislativo relativo a propostas de emenda à Constituição (BUENO, 2015, p. 589).

Interessante notar que doutrinador que compartilha dessa opinião e que teve oportunidade de atuar em um IRDR, como é o caso de Marcos Cavalcanti,[46] não sustentou a tese da inconstitucionalidade em juízo, e é difícil imaginar uma razão para isso, já que foi categórico em seus textos.

Outras inconstitucionalidades são ainda suscitadas pela doutrina, nesse contexto.

[46] Marcos Cavalcanti é Procurador do Distrito Federal e atuou como tal no primeiro IRDR instaurado perante o TJDFT, de n. 2016 00 2 013471-4; CNJ n. 0014857-26.2016.8.07.0000.

Em evento promovido pela Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, Georges Abboud afirma que quando escreveu sobre a inconstitucionalidade de determinados dispositivos do CPC/2015, especialmente daqueles que intentam estabelecer um sistema de provimentos vinculantes (arts. 926, 927), o fez sem a menor esperança de que algum dia fossem declarados inconstitucionais, mas apenas por coerência com o sistema jurídico. [47]

Nelson Nery Junior, igualmente, não se mostra otimista com esse quadro, e também não poupa críticas. Para ele, a vinculação de determinados provimentos (incisos III, IV e V, do art. 927) instituída por lei ordinária não possui a devida autorização constitucional, imprescindível para a efetivação dos pretendidos efeitos, tal qual ocorreu com as súmulas vinculantes por ocasião da EC n. 45/2004.

Segundo seu entendimento, o Código de Processo Civil de 2015 é uma lei concebida "de cima para baixo", em que um "núcleo duro" dos Tribunais Superiores buscou de maneira pouco legítima impor, a qualquer custo, a prevalência da jurisprudência – sobretudo a desses tribunais – sobre a lei e a Constituição, no afã de reduzir a carga de processos que lhes chegam, sob a justificativa de que só assim se garantiria isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. Para ele, o Código de Processo Civil de 1973 foi, paradoxalmente, uma lei tanto mais democrática, apesar

[47] ABBOUD, Georges. Ensaio sobre os precedentes judiciais. (Trecho de palestra proferida no 2º Encontro da ABDPro). Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=OPoYELE5_xg. Acesso em: 15 abr. 2018.

de elaborada e aprovada durante o período mais "difícil" do regime militar (gestão Geisel).[48]

Ainda de acordo com o doutrinador, o que deve vincular os juízes e os tribunais são as leis e a Constituição do país, não a jurisprudência.

Apesar das fundadas críticas, em três anos de vigência do novo Código nenhum incidente de arguição de inconstitucionalidade que viesse a suscitar tais questões foi ainda registrado. Logo, o parágrafo único do art. 978 vem sendo aplicado da maneira como foi sancionado. Da mesma forma, não suscitou-se ainda a inconstitucionalidade da vinculação dos provimentos previstos no art. 927 (incisos III, IV e V).

Talvez seja precipitado avaliar os impactos decorrentes do sistema de valorização dos precedentes instituído pelo CPC/2015. Afinal, a doutrina entusiasta desse sistema – para quem as suscitadas inconstitucionalidades não procedem[49] – ainda não realizou o balanço (*accountability*) necessário demonstrando que os resultados pretendidos realmente foram alcançados (ABBOUD, 2018).

Como a questão é polêmica e tem despertado a atenção dos juristas, em breve deve ser apreciada pelos tribunais.

5.2.5.1 Do (não)cabimento de IRDR no STJ

[48] NERY JÚNIOR, Nelson. ABDPro - Colóquio de Jundiaí 2017 - Nelson Nery Junior (Trecho de palestra). Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=9-5urYaD7ls. Acesso em: 10 jun. 2018.

[49] Por todos, Lucas Buril de Macêdo e sua obra Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPODIVM, 2017.

A questão foi aventada em maio de 2017 em um Agravo Interno na Petição 11.383/MS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

A Ministra proferiu voto no sentido de que o IRDR restringe-se ao âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais como instrumento para rápida solução de demandas de massa. Segundo seu entendimento o instrumento afogaria a Corte de processos, o que inviabilizaria o bom andamento processual.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho iniciou a divergência, entendendo ser cabível o IRDR no STJ desde que não haja prévia afetação de recurso repetitivo. Nas suas palavras:

> [...] não deixemos suprimido o instituto para nós justamente porque pode funcionar como soldado de reserva; efetivamente quem fará esse papel é o repetitivo, mas em determinadas circunstâncias que no repetitivo aquele tema não caiba, não suba, ou não encontremos caso adequado para afetar, o IRDR possa ser utilizado como instrumento. Então como não há vedação expressa na lei, não creio que até por política judiciária vai haver entupimento. Ele só será disparado na hipótese do repetitivo não ser utilizado. Mas se o suprimirmos ficaremos sem essa possibilidade de utilização em hipótese específica que a vida prática apresente.

Em voto-vista apresentado na sessão de 03 de outubro de 2018, o Ministro João Otávio de Noronha divergiu parcialmente da ministra Laurita Vaz. Para ele, em sede de REsp não seria cabível o IRDR, mas na competência originária sim, vez que na competência originária o Tribunal (STJ) é um tribunal ordinário.

Até o encerramento deste trabalho, os autos encontravam-se conclusos para julgamento ao Ministro Luis Felipe Salomão, após pedido de vista em outubro de 2018.

5.2.6 O julgamento do IRDR e seus efeitos

Neste tópico serão analisados os aspectos gerais e as peculiaridades que cercam o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e seus efeitos. Dentre eles, o prazo para julgamento de mérito e sua (ir)razoabilidade; a suspensão dos processos como consequência automática (ou não) da admissão do incidente; e também as polêmicas envolvendo o alcance dos efeitos do julgamento do IRDR, haja vista estar inserido no regime de "precedentes vinculantes" trazido pelo CPC/2015.

5.2.6.1 Nota sobre o juízo de admissibilidade (instauração do incidente) e juízo de mérito (julgamento) no IRDR.

Observa-se na sistemática do IRDR a existência de duas fases distintas para o seu processamento e julgamento. A primeira está voltada para a verificação da ocorrência dos pressupostos do art. 976 (instauração do incidente); a segunda destina-se à fixação da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida (julgamento de mérito do incidente).

Não se deve confundir, contudo, entre o emprego e a aplicação dos termos (juízo de admissibilidade e de mérito) tais como ocorrem nos processos subjetivos, quando há resolução de um conflito intersubjetivo de interesses.

Marcelo Abelha (2017) adverte que os conceitos de *juízo de admissibilidade* e *juízo de mérito* são comumente utilizados para o estudo dos recursos, inclusive para se dizer que um recurso foi admitido ou inadmitido. Porém, embora homônimos, não guardam o mesmo conteúdo para incidentes concentrados que tipicamente protegem processos objetivos, como é o caso do IRDR.

Nas palavras do precitado processualista:

> O nó da celeuma reside no fato de que admitir e julgar, terminologia sedimentada para tratar admissibilidade e mérito de ação, recursos e incidentes não podem ser aplicados de modo instintivo para o IRDR porque tal instituto é um incidente processual com natureza de "processo objetivo", e, portanto, dizer que estão presentes seus requisitos não implica em reconhecer a natureza processual deles, pois deve compreender os requisitos processuais e materiais de cabimento do instituto. (ABELHA, 2017, p. 332).

Dessa maneira, a verificação desses requisitos constitui análise da causa de pedir do IRDR, ao passo que a fixação da tese jurídica constitui o seu pedido propriamente dito. A "admissibilidade" ou "requisitos de admissibilidade" do processo objetivo correspondem aos fundamentos de natureza material que devem estar presentes para que se avance sobre a questão principal que é, no caso, a fixação da tese jurídica sobre a questão de direito.

Nesse sentido, o que se chama de juízo de admissibilidade do IRDR deve ser entendido como o "juízo de mérito sobre os seus pressupostos materiais", ou seja, sobre a ocorrência da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e da existência do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A ressalva é válida para evidenciar o equívoco do legislador ao baralhar os conceitos, já que não há julgamento apenas quando se fixa a tese jurídica, mas também quando se julga a instauração do incidente. Isso porque "os tais requisitos mencionados no texto legal são requisitos materiais (art. 976, I e II) e não meros aspectos processuais [...] (ABELHA, 2017, p.344). .....

5.2.6.2 Prazo para julgamento de mérito

Em atendimento à pretendida celeridade processual o art. 980 do CPC/2015, estabelece que o mérito do IRDR deve ser julgado no prazo máximo de um ano, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os pedidos que envolvam réus presos e os pedidos de *habeas corpus*.

O parágrafo único do referido artigo, contudo, prevê que o referido prazo poderá ser dilatado mediante decisão fundamentada do relator, sem a qual a suspensão inicial cessará e os processos repetitivos deverão seguir sua normal tramitação.

Como se verifica, o legislador demonstrou preocupação com o prazo máximo para julgamento de mérito do incidente sem, todavia, estabelecer o termo inicial do referido prazo. Seria a partir da data do requerimento, da admissibilidade, da distribuição do incidente?

Para Marcos Cavalcanti (2015), a melhor saída seria estabelecer como termo inicial o dia em que a decisão de admissibilidade (ou a decisão do STF ou do STJ que determina a suspensão de todos os processos em território nacional) fosse publicada na imprensa oficial. Isso porque a considerar o prazo de um ano de eficácia da suspensão, nada mais coerente que ter como termo inicial o dia em que a referida suspensão tiver início – o que parece apropriado.

Muito se discute se o prazo de um ano – que pode ser dilatado – para a definição da tese jurídica não representaria mais demora do que agilidade na resolução dos casos individuais. Afinal, a prorrogação prevista no parágrafo único do art. 980 não estabelece um limite temporal para a suspensão dos processos, o que, nas palavras de Machado (2017) constitui um verdadeiro "cheque em branco" dado

ao tribunal. Diante dessa situação, a celeridade almejada estaria sendo frontalmente violada.

Na mesma direção é o entendimento de Bruno Silveira de Oliveira (2018, p. 325), para quem a solução dada pelo legislador "opta simplesmente por preservar a uniformidade ao completo sacrifício da exigência constitucional de que os processos sejam processados e julgados em razoável duração."

O precitado autor pondera que se por um lado a lei autoriza – em nome da uniformização do direito – a suspensão de dezenas ou centenas de milhares de demandas individuais até a formulação pelos tribunais do precedente vinculante; por outro não podem as pretensões individuais aguardar *sine die* pelo advento de um precedente que, não raro, levará anos até ser exarado (OLIVEIRA, 2018).

Soma-se a isso, o fato de a lei brasileira não conferir a possibilidade de as partes dos processos suspensos requererem o prosseguimento de suas causas para não se submeterem aos efeitos do IRDR (*opt-out*), o que pode caracterizar violação ao acesso à Justiça (MACHADO, 2017).

5.2.6.3 Das providências do relator

Uma vez admitido o incidente pelo órgão colegiado competente, o relator tomará algumas deliberações previstas no art. 982 do CPC/2015.

Inicialmente, nos termos do inciso I do referido dispositivo, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

De acordo com Cabral (2015), a mencionada suspensão trata-se de providência automática prevista na lei processual como consequência da admissão do IRDR, sendo desnecessária a demonstração pelo relator dos requisitos da tutela de urgência. [50]

Por outro lado, durante a II Jornada de Direito Processual Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, realizada em setembro de 2018, em Brasília/DF, aprovou-se o Enunciado n. 140 que flexibiliza tal providência, ficando a critério do relator avaliar a conveniência da medida, uma vez que a suspensão automática, desencadeada por uma pequena divergência, por exemplo, poderia gerar, desnecessariamente, prejuízo aos processos que seguiam seu curso regular.

Enunciado 140: A suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região prevista no art. 982, I, do CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca da sua conveniência. (destacamos)

À míngua de previsão expressa, o comando vem sendo interpretado de maneira diversa entre os tribunais brasileiros.

Além da medida referente à suspensão dos processos o relator poderá, ainda, requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita o processo no qual se discute o objeto do incidente (art. 982, inciso II, CPC/2015). Tal providência justifica-se pela necessidade de comprovação da multiplicação de interpretações da questão de direito repetitiva que vem sendo aplicada pelos diversos juízos, pondo em risco o tratamento igualitário de todos perante a lei (MACHADO, 2017).

[50] Nesse sentido, o Enunciado n. 92 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência."

A presunção de existência do interesse público no julgamento do IRDR justifica, ainda, a intervenção do Ministério Público, que será intimado pelo relator para se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982, inciso III, CPC/2015).

5.2.6.4 Consequências da decisão de mérito do IRDR

Os efeitos decorrentes da decisão de mérito do IRDR estão delineados no art. 985, do CPC/2015.

O referido dispositivo estabelece, de forma imperativa, que a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR será aplicada (I) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, incluindo àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; além disso, (II) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito, salvo quando não houver ocorrido revisão da tese pelo mesmo tribunal.

O julgamento do IRDR possui efeitos *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado, se favorável ou desfavorável, vinculará todos os envolvidos (partes do processo modelo, dos suspensos e dos futuros), sem que possam optar pela sua exclusão da aplicação da tese que vier a ser firmada, o que o distingue completamente do regime jurídico das ações coletivas previsto no direito brasileiro, no qual a coisa julgada é *secundum eventum litis*, vinculando os substituídos processualmente apenas se os beneficiar (MACHADO, 2017).

Esse efeito vinculante e *erga omnes* advém do já mencionado sistema de provimentos vinculantes estabelecido pelo CPC/2015, dos quais as decisões de mérito proferidas em sede de IRDR fazem parte.

O art. 927 do CPC/2015, transcrito a seguir, estabelece o rol de disposições que devem, obrigatoriamente, ser observadas pelos juízes e tribunais:[51]

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II – os enunciados de súmula vinculante;
>
> III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ressalte-se que em relação às causas futuras, como bem observa Câmara (2017), será caso de improcedência liminar do pedido (art. 332, III) sempre que se demandar contra precedente vinculante fixado em incidente de resolução de demandas repetitivas; por outro lado, será caso de concessão de tutela de evidência (art. 311, II), a qual poderá até mesmo ser deferida *inaudita altera parte* (art. 311, parágrafo único), sempre que se demandar postulando-se algo que tenha apoio em tese fundada em julgamento de IRDR, mediante simples comprovação documental das alegações.

Na hipótese de não observação da tese adotada no incidente por parte dos juízes e tribunais, caberá reclamação, nos termos do §1º do art. 985 do CPC/2015.

[51] Na obra Precedentes judiciais: Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 176-198, Ronaldo Cramer realiza interessante análise sobre o polêmico art. 927 do CPC/2015, mais especificamente sobre as correntes interpretativas que divergem sobre se os precedentes ali listados são vinculantes ou não.

A segunda parte do inciso I do art. 985 do CPC/2015, que estende o alcance da aplicação da tese jurídica aos processos que tramitam perante os juizados especiais, é vista por diversos autores como inconstitucional.

Georges Abboud e Marcos Cavalcanti (2015), em artigo anterior à promulgação do CPC/2015, sustentam que o comando legal viola a competência dos juizados especiais, uma vez que o STF já decidiu, por diversas vezes, que os juizados não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais.

Nas palavras dos doutrinadores:

> [...] os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais. Isto é, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. A suspensão e a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais violam o texto constitucional.

Daniel Carneiro Machado (2017, p. 149) acompanha o entendimento dos mencionados autores ao anotar que os atos jurisdicionais dos tribunais de justiça ou regionais federais não podem interferir de forma vinculante nos juizados, gerando a insegurança jurídica que o incidente visa coibir, haja vista a possibilidade de divergência com o entendimento manifestado pela Turma Nacional de Uniformização – TNU. O autor não ignora que o propósito seja conferir segurança jurídica e isonomia aos litigantes dentro de determinado território, mas observa que, para isso, o microssistema dos juizados especiais já possui mecanismos suficientes para a uniformização jurisprudencial no âmbito de sua estrutura hierárquica.

De acordo com o processualista:

> [...] a única hipótese em que os efeitos do julgamento do IRDR repercutiriam, de fato, sobre os processos em tramitação nos juizados, em qualquer de suas instâncias, seria quando houvesse o julgamento do RE ou REsp interpostos contra o acórdão proferido no incidente, conforme previsto no §2º do art. 987, do CPC/2015" (MACHADO, 2017, p. 152).[52]

Em sentido oposto, respeitados nomes da doutrina nacional não visualizam qualquer incompatibilidade com o texto constitucional na extensão dos efeitos do julgamento do IRDR aos juizados especiais. É o caso de Aluisio Mendes (2017), para quem a medida vem, de certa forma, suprir as deficiências do sistema de uniformização atualmente existentes no microssistema dos juizados.

Corrobora tal entendimento Frederico Koehler (2015), ao registrar que tratou-se de uma opção política correta do legislador de que os juizados especiais não fossem excluídos da aplicação do IRDR, "uma vez que é nesse microssistema que surge a imensa maioria dos casos repetitivos, sendo certo que os juizados [...] sempre estiverem na vanguarda do estabelecimento de um tratamento diferenciado às demandas de massa."[53]

Cassio Scarpinella (2015), apesar de sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, reforça a ideia de que a solução firmada pelo CPC/2015 é a mais prática e lógica, seguindo a então Resolução n. 12/2009 do STJ[54], que permitia

[52] No mesmo sentido: NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.048; SOUZA, Artur César de. Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: Almedina, 2015, p. 160; MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do IRDR com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 148.

[53] Defende também essa abordagem: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre (org.). Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 50-54.

[54] Conforme noticia Machado (2017, p. 147, nota de rodapé n. 306), a referida Resolução foi revogada em 06 de abril de 2016 pelo STJ. Foi aprovada pela Corte Especial a Resolução n. 03/2016, que trata da

que este tribunal superior controlasse o conteúdo das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais por intermédio de reclamações.

Verifica-se que na doutrina não há consenso sobre as implicações e o alcance dos efeitos do IRDR. É saber se a jurisprudência pacificará o entendimento sobre tais aspectos.

5.2.7 Recursos cabíveis contra a decisão de mérito

A depender da matéria discutida no IRDR, se constitucional ou infraconstitucional, caberá, respectivamente, recurso extraordinário ou recurso especial contra a decisão que fixa a tese jurídica, de acordo com o *caput* do art. 987 do CPC/2015.

Por força do §1º do mesmo dispositivo, o recurso interposto será, obrigatoriamente, recebido no efeito suspensivo.

A principal consequência decorrente da apreciação do recurso por um dos tribunais superiores é a aplicação da tese jurídica firmada a todos os processos repetitivos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional, e não apenas no território de jurisdição do tribunal *a quo* (CAVALCANTI, 2015).

Tal sistemática permite inferir que, diante da possível e muito provável interposição de recurso contra decisão de mérito no IRDR, as teses fixadas nesse regime serão, em última análise, definidas pelos tribunais superiores e terão abrangência nacional. O que leva também a uma segunda especulação: a de que o

antiga controvérsia envolvendo o processamento no tribunal das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência da Corte.

prazo para definição das teses, na hipótese de recurso interposto, fatalmente ultrapassará o limite de um ano estabelecido pelo art. 980, do CPC/2015, implicando diretamente na razoável duração dos processos.

5.2.7.1 Legitimidade e interesse para interposição do recurso

Não se verifica na doutrina divergência de entendimento quanto aos sujeitos legitimados para interpor recurso contra a decisão de mérito do IRDR.[55]

Partindo-se da premissa de que o interesse recursal, no âmbito do incidente, decorre da possibilidade de que os afetados pelo julgamento vejam rediscutida a tese definida, é que se entende pela legitimidade e classificação dos seguintes sujeitos processuais:

> sujeitos condutores (ou líderes), que deverão ser escolhidos dentre os que possam apresentar o máximo de perspectivas argumentativas para o debate, ou seja, devem ser sujeitos que levem ao tribunal maior quantidade e qualidade de argumentos sobre a controvérsia jurídica, mesmo que não sejam os sujeitos que tiveram iniciativa para suscitar o incidente;
>
> sujeitos sobrestados, ou seja, as partes dos processos repetitivos, que terão interesse para intervir no incidente por força do direito ao contraditório como direito de influência, a despeito de não terem qualquer vínculo jurídico com os sujeitos condutores;
>
> o amicus curiae,que "embora não se equipare ao sujeito sobrestado, também pode intervir no incidente, ainda que na defesa de algum interesse (institucional, acadêmico, político,

[55] Por todos, citem-se: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPODIVM, 2015; NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015; SOUZA, Artur César de. Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: Almedina, 2015; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: JusPODIVM, 2015.

> econômico), mas sua participação dependerá da demonstração do requisito da representatividade, entendido como capacidade e idoneidade do sujeito e como pertinência em relação ao objeto do incidente. Sua participação também deverá ser autorizada quando a manifestação for relevante, ou seja, quando trouxer novos argumentos e informações para o debate e sua participação";"
>
> *o Ministério Público, que, pela condição de fiscal da ordem jurídica, de- verá atuar no incidente em todos os seus atos, podendo* suscitá-lo, conduzi-lo ou participar de sua instrução;
>
> a Defensoria Pública, que terá legitimidade para instauração, condução e participação no incidente quando a matéria debatida apresentar pertinência no que se refere à defesa de vulneráveis, conforme suas atribuições constitucionais (TEMER, 2017, p. 1.043–1.044).

O ponto mais problemático nesse rol diz respeito à legitimidade das partes dos processos sobrestados. Sofia Temer (2017) enfrenta a questão de forma detida.

A autora carioca observa que dada sua natureza dessubjetivizada, o incidente ganha autonomia processual mediante cisão decisória, desvinculando-se de interesses materiais dos sujeitos das lides originárias. Essa característica faz com que seja inapropriada "a maioria das construções tradicionais relativas aos sujeitos processuais, notadamente no que se refere aos pressupostos e possibilidade de intervenções" (TEMER, 2017, p. 1.042).

Com base nisso, a referida autora assenta que:

> não há possibilidade de participação direta e pessoal de todos os interessados, tampouco é adequado o regime de substituição processual, típico dos meios de tutela do direito subjetivo;
>
> ii) no IRDR, o contraditório se exerce pelo direito à influência e a participação é entendida como direito ao convencimento e não como exigência de consentimento;

> iii) os pressupostos processuais de atuação — interesse e legitimidade — não são extraídos de uma relação substancial litigiosa, mas são analisados sob a perspectiva dos atos ou conjuntos de atos do incidente, visando a atingir pluralidade argumentativa e excelência, sob a perspectiva racional, da decisão;
>
> iv) a estrutura subjetiva do incidente é multipolarizada".

Logo, considerando essa desvinculação da(s) lide(s) originária(s) e a necessidade de se ampliar o debate no incidente, entende-se perfeitamente possível a interposição de recurso extraordinário ou especial pelas partes dos processos sobrestados – sempre e ainda pela lógica do interesse na formação do precedente judicial que afetará em algum momento seu caso concreto.

Esse é a interpretação dada pelo Enunciado n. 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, no qual "a parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."

Ressalte-se que a atuação de qualquer dos legitimados na fase recursal estará sempre condicionada ao requisito da utilidade na intervenção, que será aferida sob a perspectiva da contribuição de novos elementos para o aprimoramento do debate (TEMER, 2017).....

6 PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A seguir passamos à análise da jurisprudência do TJDFT, produzida a partir da sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Antes, porém, do exame específico sobre a (in)compatibilidade do instituto com o modelo constitucional de processo, apresentamos alguns números que ajudam a ilustrar o atual panorama dos IRDR's instaurados perante o tribunal:[56]

Desde a entrada em vigor do CPC/2015, em 18/03/2016, 32 IRDR's foram submetidos ao TJDFT, dos quais 20 foram inadmitidos, por não cumprirem os requisitos cumulativos de admissibilidade ou por carência de legitimidade para suscitar o incidente;

12 IRDR's foram admitidos. Destes, 06 tiveram o mérito apreciado, com a fixação de tese jurídica sobre a questão de direito repetitiva; outros 06 aguardam julgamento;

Em conjunto, os IRDR's admitidos geraram o sobrestamento de 17.383 processos que aguardaram ou ainda aguardam a fixação da tese jurídica pelo tribunal.[57]

[56] Fonte: NUGEP – Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (TJDFT). A última listagem produzida pelo referido órgão contendo essas e outras informações sobre os IRDR's foi divulgada em 22/02/2019. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/gerenciamento-de-precedentes/irdr. Acesso em: 27 fev. 2019. Importante registrar que o website do TJDFT disponibiliza essas informações em três formatos: página comum (HTML); listagem que pode ser exportada para o formato *Excel*; e painel eletrônico nos moldes daquele criado pelo CNJ para divulgação das teses fixadas pelos tribunais brasileiros. A observação que fazemos é que as três opções de consulta retornam dados inconsistentes (discrepantes) sobre os mesmos incidentes, por exemplo: A quantidade de processos sobrestados em razão da admissão do IRDR 01 é, em uma consulta 13.841, noutra 768. Assim, optamos por trabalhar com os dados obtidos pela listagem (*Excel* atualizado), pois são os mais próximos dos informados ao CNJ.

[57] Em todos os 12 (doze) incidentes admitidos houve determinação de sobrestamento dos processos individuais e coletivos com idêntica questão de direito, porém, na listagem disponibilizada pelo TJDFT não há informações sobre a quantidade de processos suspensos em 05 (cinco) desses incidentes. Logo, infere-se que o número de processos sobrestados tenha sido superior ao apresentado neste trabalho.

Os temas mais recorrentes foram: direito processual civil e do trabalho, seguido de direito civil e administrativo; por fim, direito tributário e direito do consumidor.

06 IRDR's foram admitidos em 2016; 03 em 2017; 03 em 2018. Estes números refletem uma tímida e incipiente utilização do novo mecanismo processual e não nos permitem, até o momento, afirmar uma tendência de crescimento no seu uso.

6.1 IRDR no TJDFT - uma impressão sobre sua aplicação com base na jurisprudência local

A verificação de compatibilidade entre o IRDR e o modelo constitucional de processo já foi, em boa medida, objeto de análise pela doutrina.[58] Esses estudos, todavia, foram realizados tendo como parâmetro tão somente as disposições legais que regulam a matéria no CPC/2015. As pesquisas desenvolvidas não tiveram o condão de observar a aplicação prática do novo incidente processual, haja vista a incipiente implantação do mecanismo pelos tribunais brasileiros.

O objetivo dessa pesquisa é, modestamente, propor essa observação a partir da prática forense, especificamente, no TJDFT. Não é tarefa simples, uma vez que uma apuração precisa de todos os aspectos relevantes nessa matéria depende de um acompanhamento mais próximo dos casos concretos, o que demanda o conhecimento do histórico processual de cada caso e as nuances de cada manifestação dos sujeitos processuais interessados direta ou indiretamente na

[58] Por todos, MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. E também, CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: JusPODIVM, 2015.

definição da tese jurídica a ser firmada pelo tribunal, algo que extrapola os limites dessa pesquisa monográfica de graduação.

Dessa maneira, serão analisados os acórdãos prolatados em juízo de admissibilidade e mérito de 04 (quatro) representativos incidentes dos quais se extrairá conteúdo necessário e suficiente ao cotejo inicialmente pretendido.[59]

Como o foco da pesquisa é a verificação de conformidade de sua aplicação ao modelo constitucional de processo, serão apontados, em cada julgado, os aspectos que evidenciam a ocorrência de qualquer desarmonia com o referido modelo.

6.1.2 Processo n. 20160020120149IDR (Acórdão n. 949149)

> Requerente(s) : DES. ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS
>
> Requerido(s) : NÃO HÁ
>
> Relator : Desembargador JOSÉ DIVINO
>
> PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. EXECUÇÃO FISCAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 4/94. NATUREZA JURÍDICA DO ENCARGO DE 10%. COBRANÇA CONJUNTA COM CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESMEMBRAMENTO. EXECUÇÃO ESPECÍFICA. DESTINAÇÃO DO VALOR COBRADO. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. PROLIFERAÇÃO DE DECISÕES IDÊNTICAS. SOLUÇÕES DISTINTAS. ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE.

O juízo de admissibilidade do primeiro IRDR instaurado e admitido perante o TJDFT fornece importantes sinais de como a Câmara de Uniformização balizará o procedimento neste e nos demais incidentes dali por diante.

[59] Apesar das ricas discussões estabelecidas nos acórdãos de mérito estudados, estes não apresentaram elementos significativos a serem aproveitados pelo prisma adotado na pesquisa. Dessa maneira, a análise estará adstrita aos acórdãos de admissibilidade dos incidentes.

6.1.2.1 Da (im)possibilidade de sustentação oral durante o juízo de admissibilidade

Apesar de o incidente em análise ter sido admitido por maioria, registre-se ter havido salutar divergência pelas reflexões apresentadas. O ponto mais importante no julgamento em estudo dizia respeito à (im)possibilidade de sustentação oral durante o juízo de admissibilidade do IRDR.

Após o primeiro voto pela admissibilidade do incidente, a Des. Ana Maria Amarante (então Presidente da Câmara de Uniformização) concedeu a palavra pelo prazo regimental a um dos requerentes do incidente (nesse caso, a um Procurador do DF), embora não houvesse expressa previsão para a sustentação oral nesta fase do procedimento, mas apenas durante o juízo de mérito, nos termos do art. 984 do CPC/2015.

De acordo com a Desembargadora essa possibilidade estaria sendo aberta em nome do princípio da cooperação "para a mais ampla informação dos demais". Todos os Desembargadores, no entanto, manifestaram-se contra a possibilidade de sustentação oral nessa fase, ficando vencida a Presidente no ponto.

As razões para a não concessão da palavra basearam-se na (i) falta de previsão legal para tal manifestação; (ii) na prevenção da criação de um precedente ruim para todos os outros juízos de admissibilidade de IRDR's e IAC's instaurados perante o tribunal.

Em que pese ter acompanhado os colegas, o Des. Teófilo Caetano apresentou argumento favorável à manifestação não só do Procurador do DF neste caso, mas de todos os suscitantes em incidentes de resolução de demandas repetitivas e também de assunção de competência, uma vez que naquele momento [...] "se está

promovendo o juízo de admissibilidade, que pode ser negativo, ou seja, o incidente pode ser recusado no nascedouro, daí a relevância da oitiva de quem o suscitou [...].

Ainda que não tenha prevalecido, tal posicionamento parece ser o mais adequado a um modelo de processo que se pretende dialógico e democrático. A falta de previsão legal para a sustentação oral nessa fase não deveria ser obstáculo para o desenvolvimento do processo em bases mais participativas, sobretudo se empreendida uma leitura sistemática do Código, com observância das normas fundamentais do processo (art.1º ao 12, CPC/2015).

Não se pode olvidar, conforme já tratado nessa pesquisa, que no juízo de admissibilidade do IRDR são analisados, além de requisitos processuais (legitimidade, competência), aspectos materiais determinantes que devem estar presentes (hipóteses dos incisos I e II do art. 976, CPC/2015) para que se avance sobre a questão principal, de mérito.

Dessa forma, fazendo-se uma interpretação conjunta do art. 984, II, do CPC/2015, defende-se a ampliação dos mecanismos que possibilitem o exercício argumentativo dos legitimados em sede de juízo de admissibilidade a fim de que se possa defender, inclusive por meio de sustentação oral, a necessidade e/ou a importância de instauração determinado incidente. É medida que prestigia o contraditório substancial e adequa a aplicação do IRDR aos postulados processo justo.

Outros tribunais, diferentemente do TJDFT, admitem, sem maiores problemas, a sustentação oral nesse procedimento. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG:

2ª SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - Interessado(a)s: VÂNIO RODRIGUES DE SOUSA. Relator: AMAURI PINTO FERREIRA.

IRDR - Cv Nº 1.0105.16.000562-2/001 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - Suscitante: SAMARCO MINERAÇÃO S/A - Suscitado(a):

DES. GERALDO AUGUSTO (PRESIDENTE)
Inscreveram-se para proferir sustentação oral, pelo suscitante, a Dra. Juliana Cordeiro de Faria, pelo interessado, o Dr. Ismar Marques e, também pelo interessado, a Dra. Lusdivina Breguez Ribeiro.
Pelo Regimento, nós teríamos que somar o prazo de 15 minutos, dividir por três, ficando 10 minutos para cada um.

DES. PEDRO ALEIXO
Senhor Presidente, pela ordem. Tenho duas indagações [...]. Primeiro, gostaria de indagar do cabimento dessa sustentação oral e, segundo, se for cabível essa sustentação oral, que os advogados sejam comunicados de que a sustentação oral deve se limitar ao que vai ser decidido hoje, que é a admissibilidade da IRDR e não sobre questão de mérito [...].

DES. GERALDO AUGUSTO (PRESIDENTE)
Pois não. Quanto à primeira indagação, é possível, Desembargador, a sustentação oral, tanto doutrinariamente, quanto à jurisprudência e também, pelo espaço de tempo todo que nós estamos trabalhando, temos admitido a sustentação oral neste tipo de procedimento. (destaque nosso)

E, quanto à segunda, Vossa Excelência tem inteira razão, trata-se apenas, aqui, agora, da admissibilidade. Então, naturalmente que os senhores advogados devem se restringir a esse ponto apenas. Passo a palavra aos procuradores para que realizem suas sustentações.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, também adota semelhante entendimento, conforme noticiou o website jurídico Conjur, em matéria do dia 18 de abril de 2016:

> O julgamento do primeiro IRDR do tribunal fluminense atraiu muitos advogados, estudantes e representantes jurídicos de empresas, até de outros estados. [...]
>
> No julgamento, chamou a atenção a questão de ordem suscitada por um procurador do estado, que estava presente como interessado. Ele pediu a palavra com base no inciso 1º do artigo 932 do novo CPC que diz que cabe ao relator "dirigir e ordenar o processo no tribunal".
>
> O pedido, inesperado, gerou debate entre os desembargadores — o argumento é que não havia previsão legal para a sustentação oral. Mas o colegiado deu a palavra ao procurador, em respeito ao princípio da oralidade. (destaque nosso)
>
> Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/julgar-novidade-cpc-corte-depara-situacoes-nao-previstas. Acesso em: 01 mar. 2019.

Como se verifica, existem alternativas para se estabelecer um processo mais colaborativo mesmo no âmbito da admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Muitas a depender da cultura e da flexibilidade dos magistrados, o que parece ser ainda um entrave no TJDFT, de onde remanescem entendimentos anacrônicos do fenômeno jurídico, a exemplo da manifestação do Des. Sebastião Coelho, durante o julgamento de admissibilidade do incidente em análise:

> Senhora Presidente, já ouvi de muitas pessoas que este Código é o código dos advogados. Então, o espírito do Código foi para atender a classe de advogados, inclusive quando permite a sustentação em agravo de instrumento.
>
> Estamos tendo a primeira oportunidade de contrariar esse pensamento. Vou recordar o ano de 1978, quando o meu

> professor de Direito Civil Ricardo Teixeira Brancato dizia que direito é o que os juízes e os tribunais dão e transitam em julgado. Então, o que dissermos aqui será.

Tal manifestação revela-se ultrapassada ante os avanços da ciência processual e do direito no Estado Constitucional. É nesse sentido que se constata não ser a nova lei processual, isoladamente, medida suficiente para as mudanças pretendidas por boa parte da doutrina, pelo legislador e pela sociedade brasileira.

6.1.2.2 Da suspensão dos processos como consequência automática da admissão do IRDR

Ponto ainda controvertido na doutrina diz respeito à suspensão dos processos por ocasião da admissão do IRDR, sendo tal ato uma das providências do Relator (art. 982, I, CPC/2015).

A interpretação literal do inciso I do art. 982, no entanto, não parece ser a mais adequada nem aplicável a qualquer caso indistintamente, sob pena de violação ao princípio da razoável duração do processo.[60]

No incidente em análise houve a determinação de sobrestamento de enorme quantidade processos que discutiam idêntica questão de direito, como consequência automática de sua admissão.

Tratava-se, a rigor, de mais de 13.800 execuções fiscais. Sua suspensão impediu, durante o trâmite do IRDR, a entrada de recursos aos cofres públicos, conforme observou o Des. Sebastião Coelho em seu voto:

> Caso seja admitido o incidente, não sei se nas providências do eminente Relator ele atentou para o art. 982, inc. I, que diz

[60] Sobre o tema remetemos o leitor aos itens 5.2.6.2; 5.2.6.3 e 5.2.7 deste trabalho.

> que, admitido o incidente, serão suspensos os processos. Não podemos suspender processos, porque o processo é uma execução fiscal que tem de prosseguir para buscar o efetivo ingresso do numerário aos cofres públicos - não estou nem analisando questão de prescrição aqui -, ao passo que aquela verba que seria controvertida é uma verba que não é do Estado. Então, se suspendermos, penso que devamos suspender a decisão da juíza, e não suspender o curso do processo, porque estamos prejudicando o Estado, o Distrito Federal e todos nós jurisdicionados, que não temos nada a ver com essa história.

Com efeito, o TJDFT tem interpretado e aplicado o mencionado dispositivo à literalidade, sem maiores reflexões quanto aos impactos causados por sobrestamentos inadequados.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, assim como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, vêm adotando entendimento diverso do TJDFT, analisando, nos casos em concreto, a necessidade (ou não) da suspensão dos processos que versem sobre mesma questão de direito, conforme se verifica nos trechos dos acórdãos a seguir colacionados:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – TJRS
>
> NÚMERO DO PROCESSO: 70075024752
>
> DATA DE JULGAMENTO: 12/11/2018
>
> RELATOR: Marilene Bonzanini
>
> INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA NÃO ELENCADA NO ROL DO INCISO II DO ARTIGO 5º DA LEI Nº 12.153/09.
>
> [...]

> Desse modo, caracterizada a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, bem como a existência de causa pendente neste Tribunal de Justiça (conflito negativo de competência suscitado nos autos da ação indenizatória nº 014/1.17.0003576-8), proponho aos Colegas a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, todavia, sem determinação de suspensão dos processos, evitando-se que centenas ou milhares de processos fiquem paralisados aguardando o julgamento da matéria, à semelhança do que decidiu a 1ª Turma Cível no IRDR nº 70070020896. (destaque nosso)
>
> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP
>
> INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DEMANDAS REPETITIVAS nº 2243516-62.2017
>
> TURMA ESPECIAL DE DIREITO PÚBLICO
>
> Rqte: Fortress Negócios Imobiliários Ltda.
>
> Rqdo: Município de São Paulo
>
> Capital. LM nº 11.154/91. Base de cálculo do ITBI.
>
> Divergência entre as Câmaras que compõe a Seção de Direito Público.
>
> [...]
>
> É necessário pacificar a matéria, direcionar a conduta das partes e indicar a solidez da jurisprudência. Incidente admitido sem a suspensão de processos em primeiro ou segundo graus.
>
> [...]
>
> Não é caso de suspensão dos processos em primeiro ou segundo grau, ante o entendimento manifestado pelo Órgão Especial e, de modo quase pacífico, pelas Câmaras de Tributos Municipais, e para que não se vede o acesso à jurisdição ante a rapidez com que os negócios imobiliários se realizam. (destaque nosso)

Quanto ao tema, merece destaque o Enunciado n. 140 do CJF, transcrito a seguir:

> A suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região prevista no art. 982, I, do CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca da sua conveniência. (destaque nosso)

Nesse passo, parece mais apropriado e mais consentâneo à finalidade do instituto que a suspensão dos processos como consequência da admissibilidade do IRDR deva passar por um juízo de conveniência e adequabilidade em cada caso, não devendo ser decorrência automática dessa admissão, sob pena de frontal violação à razoável duração dos processos e, consequentemente, ao modelo constitucional de processo.

6.1.3 Processo n. 20160020245629IDR (Acórdão n. 970433)

> Requerente(s) : ELIZABETH FERREIRA MARTINS PEREIRA
>
> Requerido(s) : DISTRITO FEDERAL
>
> Relator : Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. MÁTERIA PROCESSUAL. CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. VARA DE FAZENDA PÚBLICA X JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. RESOLUÇÃO 7/2010 TJDFT. LEI 12.153/2009. INTERNAÇÃO UTI. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. QUESTÃO PRIMORDIAL. SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. DEMASIADA PROLIFERAÇÃO DE DEMANDAS COM SOLUÇÕES DISTINTAS. CÂMARAS CÍVEIS. DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE.

6.1.3.1 Da interpretação do parágrafo primeiro do art. 976 do CPC/2015

Questão preliminar relevante surgiu durante o juízo de admissibilidade deste IRDR, concernente à interpretação do §1º do art. 976 do CPC/2015, que estabelece: "A desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito."

No caso em estudo, o agravo de instrumento que deu origem ao referido incidente havia sido julgado prejudicado e extinto o processo original em virtude do falecimento da autora, que almejava fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde.

A questão que se colocou em debate foi: A extinção do processo também está abarcada pelo §1º do art. 976? Deveriam surtir, neste caso concreto, os mesmos efeitos da desistência ou do abandono para dar prosseguimento ao exame de mérito?

Após muitas considerações, compreendeu-se, por maioria, que sim. Uma vez suscitado o incidente, este adquire independência processual e deve ter seu mérito apreciado em razão do interesse público que lhe é próprio, o que parece adequado, considerando-se a finalidade do incidente.

6.1.3.2 Da necessidade de causa pendente de julgamento no tribunal

Além do aspecto acima aventado, uma questão subjacente foi deixada em segundo plano, mas possui considerável relevância no contexto da admissibilidade do incidente. A extinção do recurso no Tribunal deixou em aberto o preenchimento

de requisito essencial à instauração do IRDR, qual seja: a existência de causa pendente de julgamento.[61]

Esse incidente, portanto, foi admitido sem que houvesse qualquer recurso ou processo de competência originária que legitimasse a atuação do tribunal na fixação da tese jurídica a ser aplicada aos casos que discutem a mesma questão de direito.

A linha de entendimento adotada nessa pesquisa vai de encontro à visão de que o tribunal possui competência para definir tese jurídica sem que haja recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento. Admitir o contrário pode resultar numa aplicação antidemocrática e empobrecedora do direito,[62] uma vez que se privilegiaria a interpretação desenvolvida pelos tribunais em detrimento do debate processual mais aprofundado na primeira instância.

---

[61] Ainda que não seja requisito expressamente previsto na legislação, a doutrina majoritária entende como requisito indispensável a pendência de julgamento de causa ou recurso no tribunal competente. O TJDFT, inclusive, tem adotado esse entendimento desde os primeiros IRDR's instaurados perante a Corte. Nesse sentido, vide os acórdãos de números: 957936 (Relator Des. Jair Soares; julgado em 25 de julho de 2016); 953616 (Relator Des. Teófilo Caetano; julgado em 06 de junho de 2016); 984549 (Relator Des. João Egmont; julgado em 14 de novembro de 2017; e ainda 1015219 (Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira; julgado em 24 de abril de 2017).

[62] Noção colhida das reflexões de José Maria Rosa Tesheiner sobre os precedentes vinculantes: "Nada tenho contra os precedentes persuasivos, mas muito contra a ideia de torná-los vinculativos, independentemente de seus fundamentos. Trata-se de uma ideia essencialmente autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora: autoritária e antidemocrática, porque o Direito se desenvolverá a partir de decisões de uns poucos Ministros dos tribunais superiores; por igual razão, centralizadora, acabando-se com o que ainda resta de federação no Brasil, porque nosso Direito, que já é praticamente todo federal, será obrigatoriamente interpretado de maneira igual, independentemente das condições locais; culturalmente empobrecedora, porque as questões jurídicas já não serão objeto de debate – bastará, em cada caso, apontar para a última decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. O que, em última análise, se busca é um sistema que elimine o debate, tornando praticamente inúteis as qualidades mais caracteristicamente humanas dos operadores do Direito: as de ponderar e decidir, de inteligência e de vontade, transformando-os em rebanhos submissos às ordens de seus pastores" (TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tex.pro.br/index.php/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em: 11/09/2017.

Além disso, como já ressaltado no item 5.2.3 deste trabalho, o STJ inclina-se, igualmente, para o entendimento de que "a instauração do incidente pressupõe a existência de causa pendente no âmbito do respectivo tribunal", haja vista não poder o legislador ordinário criar competências originárias para os Tribunais de Justiça.

Esse aspecto sobressai ao se considerar o momento em que ocorre a extinção do processo ou recurso pendente de julgamento no tribunal. Se antes do juízo de admissibilidade do IRDR (hipótese em que deveria constituir impedimento à instauração do incidente), ou se após o juízo de admissibilidade (caso em que o incidente deveria prosseguir, independentemente da extinção do processo).

No caso em estudo, o recurso foi julgado prejudicado em razão do falecimento da recorrente, antes, porém, do juízo de admissibilidade do incidente.

Adequado entendimento foi externado pelo Des. Arnoldo Camanho de Assis que, apesar de não encaminhar seu voto nesse sentido, trouxe à baila a discussão sobre o tema:

> Não é um tema fácil. Aliás, é isso que acho encantador no Direito Processual Civil: você está estudando a disciplina, acha que sabe muitas coisas e de repente aparece uma questão dessas... Confesso que não tinha pensado na morte dentro do contexto do §1.º do art. 976 do CPC, que foi referido pelo Desembargador Getúlio Moraes Oliveira. Mas, procurando extrair o máximo da redação desse dispositivo legal, que diz: "a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente", talvez seja possível interpretar esse dispositivo legal da seguinte maneira: já foi admitida a instauração do incidente, já passou a fase da admissibilidade e aí sobrevém um pedido de desistência ou abandono do processo. Se o incidente já foi instaurado, o abandono ou a desistência não impediria a Câmara de Uniformização de julgar o mérito. Agora quando ainda nem foi admitido o incidente, talvez esse fato seja um fato processual relevante que, antes até de impedir o exame do mérito, impediria

> talvez até a própria instauração do incidente. Porque se já não há mais processo, se já não há mais recurso, e se houve morte, e se não está instaurado ainda o incidente, talvez fosse o caso de então nem sequer admitirmos o incidente de resolução de demanda repetitiva. (destaque nosso)

Por fim, admitir um IRDR sem um requisito essencial – não se discute aqui a importância da definição de teses sobre os assuntos em questão –, na contramão do que já vem decidindo o próprio Tribunal, parece algo temeroso e passível de gerar inconformidades no procedimento.

Soma-se a isso a possibilidade de o IRDR ser novamente suscitado uma vez atendido o requisito faltante, nos termos do §3º do art. 976, do CPC/2015, não sobejando justificativa para o uso preventivo do IRDR.

6.1.4 Processo n. 20160020219678IDR (Acórdão n. 985993)

> Requerente(s) : DISTRITO FEDERAL
>
> Requerido(s) : NÃO HÁ
>
> Relator : Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO
>
> Relator Designado : Desembargador JOSÉ DIVINO
>
> PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. GRATIFICAÇÃO DE ENSINO ESPECIAL. PROLIFERAÇÃO DE DECISÕES IDÊNTICAS. SOLUÇÕES DISTINTAS. ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE.

6.1.4.1 Evolução do entendimento sobre a sustentação oral durante a fase de admissibilidade do IRDR

Uma vez mais a questão da sustentação oral durante a fase de admissibilidade do IRDR volta ao debate. Dessa vez, o Des. Jair Soares (então Presidente da Câmara

de Uniformização) propõe nova reflexão sobre o tema por entender que o Regimento Interno do TJDFT não veda a sustentação oral expressamente, consoante seu art. 110.[63]

Por apertado placar de 8 a 6 o colegiado manteve entendimento pela impossibilidade da sustentação oral nessa fase do procedimento. Apesar da manutenção do posicionamento da Câmara de Uniformização, o referido placar demonstra salutar amadurecimento da discussão entre os Desembargadores, muitos dos quais cambiaram seu entendimento desde aquela primeira assentada.

Merecem destaque os argumentos do Des. João Egmont:

> O incidente de resolução de demandas repetitivas, na verdade, é um verdadeiro microssistema para a contenção da chamada litigiosidade contida.
>
> Não vejo prejuízo algum em se ouvir o advogado, que poderá, na sua sustentação oral, trazer valiosos subsídios para os julgadores no julgamento da causa, causa esta que não se trata de uma causa individual, mas de uma causa coletiva a envolver milhares de demandas. [...]. Então, Senhor Presidente, veja os subsídios que o advogado pode nos fornecer para o julgamento dessa causa. Vejo com bastante simpatia e até mesmo necessidade de se ouvirem os advogados. (grifo nosso)

E também da Des. Carmelita Brasil:

> Senhor Presidente, embora respeitáveis os argumentos tanto de uma parte quanto de outra, e aqui me refiro especificamente aos colegas que se colocam contrários à sustentação oral, trazendo como fundamento o contido no Código de Processo Civil, como bem ressaltou o eminente

[63] "Art. 110. Não comportará sustentação oral as seguintes hipóteses: I – agravos de qualquer espécie, salvo agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória de urgência ou da evidência e agravo interno contra decisão do relator que extinga ação rescisória, mandado de segurança e reclamação; II – embargos de declaração; III – exceções ou incidentes de impedimento ou de suspeição; IV – conflito de competência."

> Desembargador Arnaldo Camanho, peço licença para divergir por entender que não se pode tomar como exemplo para excluir a possibilidade da sustentação o rol ou os dois contidos no CPC, porquanto se cuida especificamente de recurso e de ação. Aqui estamos tratando de um instituto novo, que não tinha, inclusive, precedente na lei processual. Tratando-se de instituto que não é uma ação nem um recurso, é um procedimento novo, uma definição de atuação nova de um colegiado, penso que não devemos nos ater a normas de princípio restritivo, já que o melhor para a entrega da prestação jurisdicional em qualquer das suas formas é a maior liberdade possível de opinião, de participação das partes interessadas, que se entrelaçam no evento em discussão. (grifo nosso)

Com efeito, essa parece ser a interpretação mais adequada às finalidades do novo incidente processual, o qual veicula, via de regra, matéria de interesse geral que extrapola os limites intersubjetivos da lide originária. Daí a importância de se conferir amplo espaço para as contribuições argumentativas advindas dos interessados na fixação da tese jurídica pelo tribunal.

6.1.4.2 Violação à razoável duração do(s) processo(s) – (Acórdão n. 1119385)

O IRDR em estudo foi admitido em 14/11/2016. Transcorrido o prazo de um ano, todavia, não teve o mérito julgado (art. 980, *caput* do CPC/2015). Essa condição, em tese, autorizaria o prosseguimento das demandas individuais e coletivas até então sobrestadas em razão da sua admissão (art. 980, § único, CPC/2015).

No entanto, a decisão do Relator que cessou a suspensão e autorizou o andamento dos processos foi atacada por um agravo interno interposto pelo Sindicato dos Professores do Distrito Federal – SINPRO/DF que, na condição de

amicus curiae, noticiou o ajuizamento de uma ADI[64] que arguia a inconstitucionalidade de dispositivo legal pertinente à matéria que seria apreciada nesse IRDR. Diante disso, o SINPRO/DF requereu a prorrogação da suspensão dos processos sobrestados até o julgamento da mencionada ADI pelo Conselho Especial do TJDFT.

A Câmara de Uniformização, por maioria, decidiu pela prorrogação da suspensão dos processos até o julgamento definitivo do IRDR que ficou obstado pela prejudicialidade externa do ajuizamento da ADI.

A relevância da uniformização de entendimento sobre a questão de direito envolvida no incidente não deveria constituir óbice ao curso natural dos processos. Não se ignora a importância da segurança jurídica nesse contexto, contudo, a situação a que chegou esse caso resulta em verdadeira negativa de prestação jurisdicional, haja vista o tempo irrazoável na fixação da tese jurídica da qual dependem milhares de processo individuais.

A própria lei (primeira parte do § único do art. 980 do CPC/2015), buscando evitar o represamento por tempo indeterminado dos processos, impõe que tais demandas retomem seu curso regular, sob pena de violação à celeridade e à segurança jurídica que o próprio incidente visa coibir.

Ademais, o ajuizamento de uma ADI não representou óbice ao julgamento de mérito do primeiro IRDR julgado pelo TJDFT, inclusive com base nos motivos acima expostos, conforme se extrai de trecho do voto do Des. José Divino, a seguir transcrito:

[64] ADI n. 2017002021004-9.

I - PRELIMINAR. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. SUSPENSÃO DO IDR. JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADI N.º 2016.00.25.008082-0.

O Procurador-Geral de Justiça argui, em preliminar, a obrigatoriedade de suspensão do IDR com fundamento na existência de prejudicial externa, qual seja, a pendência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (autos n.º 2016.00.25.008082-0) ajuizada em face da LC nº 904/15, art. 1º, § 5º; art. 7º (que alterou o inciso I, § 1º e 2º do art. 42 da LC nº 4/94) e o art. 9º.

A preliminar não deve prosperar.

Suspende-se o processo, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente (CPC, art. 313, V, "a"). O que não se aplica ao caso em apreço.

O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas editadas pelo Poder Público. Logo, enquanto não houver pronunciamento definitivo do Poder Judiciário ou revogação pelo Poder Legislativo, a norma não é excluída do ordenamento jurídico.

A 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.099/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73), decidiu que a Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF, não prevê a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo questionado.

Fere a razoabilidade a suspensão do presente IDR até o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2016.00.25.008082-0, seja pela plena vigência do art. 7º da LC nº. 904/2015, seja pela urgência da resolução da controvérsia que ensejou a interposição de milhares de recursos, em evidente prejuízo à celeridade da prestação jurisdicional e ao erário. O reconhecimento da prejudicialidade externa, no particular, implicaria em negativa de prestação jurisdicional. (destaque nosso)

> Num juízo de ponderação entre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do § 5º do art. 7º da LC nº 904/15, (que alterou o inciso I, § 1º e 2º do art. 42 da LC nº 4/94), com eventual risco de perda do objeto do IDR e a insegurança jurídica decorrente da prolação de decisões judiciais conflitantes, o prosseguimento do julgamento do incidente é medida que se impõe.

Conforme já apontado nessa pesquisa, a prorrogação prevista no parágrafo único do art. 980 não estabelece um limite temporal para a suspensão dos processos, o que, nas palavras de Machado (2017) constitui um verdadeiro "cheque em branco" dado ao tribunal. Diante dessa situação, a celeridade almejada estaria sendo frontalmente violada.

Na mesma direção é o entendimento de Bruno Silveira de Oliveira (2018, p. 325), para quem a solução dada pelo legislador "opta simplesmente por preservar a uniformidade ao completo sacrifício da exigência constitucional de que os processos sejam processados e julgados em razoável duração."

O precitado dutrinador pondera que se por um lado a lei autoriza – em nome da uniformização do direito – a suspensão de dezenas ou centenas de milhares de demandas individuais até a formulação pelos tribunais do precedente vinculante; por outro não podem as pretensões individuais aguardar *sine die* pelo advento de um precedente que, não raro, levará anos até ser exarado (OLIVEIRA, 2018).

Registre-se que até o encerramento dessa pesquisa o julgamento de mérito não foi retomado. Logo, o que deveria levar no máximo um ano alcança quase três.

6.1.5 Processo n. 20160020487363IDR (Acórdão n. 1040904)

Requerente(s) : JUÍZO DA VARA DO MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO URBANO E FUNDIÁRIO DO DISTRITO FEDERAL

Requerido(s) : NÃO HÁ

Relatora : Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

6.1.5.1 Ausência de causa pendente no tribunal

O juízo de admissibilidade desse IRDR foi marcado por intenso debate acerca da possibilidade de sua admissão na ausência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal.

Como já mencionado nesse trabalho,[65] a Câmara de Uniformização do TJDFT, por vezes, tem considerado o requisito não expresso no CPC/2015 como necessário à admissão do incidente. Entretanto, esse entendimento não é ponto pacífico entre os Desembargadores (as).

Nesse IRDR, por exemplo, a tese da desnecessidade do mencionado requisito saiu vencedora revelando séria divergência doutrinária entre os membros daquela Câmara.

A tese encampada pelo Des. Esdras Neves defende que (i) a metodologia utilizada no IRDR chamada de processo modelo "[...] resulta em um recorte cognitivo significativo, por meio do qual é definida apenas a tese jurídica, sem vinculação direta a nenhuma causa [...]"; (ii) "quando o legislador impõe que seja

[65] Ver item 6.1.3.2.

igualmente julgado o recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária (art. 978, § único, CPC/2015), este dispositivo deve ser entendido como relacionado a processos de competência originária [...]"; (iii) não se pode impor ao juiz que suscite o IRDR somente quando exista causa pendente de análise no tribunal, o que colidiria frontalmente com a finalidade do IRDR; por fim, (iv) "a liberdade para que o juiz suscite o IRDR em qualquer momento processual vai na direção da ideia de isonomia e segurança jurídica, pois permite definir preventivamente a tese jurídica a ser adotada e aplicá-la de maneira uniforme [...]".

Conforme delineado anteriormente, defende-se, nesse contexto, que a interpretação mais consentânea ao modelo constitucional de processo deve considerar a existência de causa pendente de julgamento no respectivo tribunal, sob pena de fixação de teses açodadas que mitigam o debate processual na primeira instância e fomentam a utilização preventiva do incidente processual.

Esse é o sentido captado por Machado (2017, p. 313-314):

> Admitir a instauração do IRDR a partir de processos em tramitação apenas na primeira instância sem qualquer prévio pronunciamento judicial, seja ele por decisão ou sentença, colide frontalmente com o contraditório substancial robustecido pelo debate processual mais amplo que deveria permear qualquer procedimento voltado à fixação de posicionamentos vinculantes de modo a lhes conferir legitimidade constitucional.

Dessa forma, ainda que haja efetiva repetição de processos com controvérsia sobre a mesma questão de direito e que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, deve haver também causa pendente de julgamento que autorize a atuação do tribunal. Ademais, não há justificativa para uma manifestação prévia do tribunal acerca de uma questão de direito debatida em primeira instância.

Esse é o entendimento externado por Eduardo Henrique de Yoshikawa (2012, p 252):

> Não se tratando de causa de competência originária do tribunal e não havendo ainda recurso, a decisão a respeito da interpretação do direito não constitui uma questão prévia a ser resolvida pelo tribunal antes de proferir um julgamento, porque o julgamento propriamente dito, ainda que condicionado, não será proferido pelo órgão ad quem, mas pelo órgão a quo. Não há, em verdade, incidente, mas a avocação pelo tribunal de parcela das questões relevantes para o julgamento de mérito [...].

Até que o STJ defina sobre o requisito da necessidade (ou não) de causa pendente no tribunal, é necessário que o TJDFT promova segurança e previsibilidade no processamento dos IRDR's, qualquer que seja o critério utilizado, evitando a instauração infrutífera desses incidentes e orientando a atuação das partes, advogados e MP nesse tipo de procedimento.

Importante registrar que em consulta aos demais incidentes que se sucederam a esse, não surgiu novo debate sobre a (im)prescindibilidade do referido requisito, tendo prevalecido o entendimento firmado neste último IRDR. E mais, no juízo de admissibilidade dos quatro incidentes seguintes[66] não houve divergência a respeito de qualquer aspecto afeto aos requisitos de instauração. Noutras palavras, todos foram admitidos por unanimidade.

Isso pode significar, enfim, convergência e estabilidade na interpretação da lei processual no que concerne à admissibilidade do IRDR, contudo, no contexto da incipiente implantação do referido instituto talvez seja precipitado afirmar.

[66] Incidentes de Resolução de Demanda Repetitivas n. 2017.00.2.011909-9; 2017.00.2.021808-7; 2018.00.2.004334-9; 2018.00.2.007521-0.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações realizadas nessa pesquisa constituem uma tentativa de demonstrar que a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, está, em determinada medida, desarmonizada com os primados do processo no Estado Constitucional.

A busca por segurança jurídica e celeridade, a qualquer custo, induziu o legislador brasileiro, como de praxe, à elaboração de mais uma "solução legislativa" destinada a conter a litigiosidade de massa. No contexto da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, surge o IRDR, inspirado no procedimento-modelo alemão *Musterverfahren*, com a finalidade de conferir, a um só tempo, segurança jurídica, isonomia e celeridade aos casos repetitivos que envolvam idêntica questão de direito, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos.

Da maneira como foi concebido, no entanto, nota-se que o legislador optou por privilegiar a celeridade, sem maiores preocupações com a qualidade da prestação jurisdicional. Entretanto, como se sabe, nem sempre um processo rápido é um processo justo.

A inadequada aplicação do IRDR, portanto, tem o potencial de atentar contra prerrogativas fundamentais dos jurisdicionados e contra postulados fundantes do Estado Constitucional de Direito.

A pesquisa jurisprudencial realizada com base no estudo dos acórdãos proferidos nos juízos de admissibilidade dos incidentes, aliada ao aporte teórico assimilado durante o trabalho, permitiu a verificação empírica da hipótese inicialmente estabelecida pela pesquisa: a de que o IRDR, da forma como projetado,

serviria à celeridade e à segurança jurídica em detrimento de outras garantias constitucionais ínsitas ao processo, como o contraditório e o direito de ação.

Observou-se que o exercício pleno do contraditório é mitigado na medida em que o TJDFT não autoriza, *v.g.*, a sustentação oral durante o juízo de admissibilidade dos incidentes (cf. 6.1.2.1), ainda que não haja previsão expressa para tanto. Em outros tribunais de justiça estaduais, no entanto, verificou-se que o exercício desse direito constitucionalmente assegurado é concedido sem maiores problemas, o que evidencia uma leitura limitada e restritiva do instituto por parte do TJDFT.

O direito de ação, por sua vez, é flagrantemente preterido ante a impossibilidade de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento coletivo (cf. 5.2.6.2), incidindo os efeitos *pro et contra* do julgamento sobre todos os processos sobrestadas e servindo de parâmetro também para aquelas demandas que sequer foram ainda ajuizadas.

Até mesmo a pretendida celeridade perseguida pelo incidente é claramente relegada, na medida em que o TJDFT (i) realiza interpretação literal do inciso I do artigo 982, do CPC/2015, autorizando a suspensão de todos os processos que contenham idêntica questão de direito como decorrência automática da admissão do incidente (cf. 6.1.2.2); (ii) lança mão, sem fundamentada necessidade, da prorrogação do prazo para julgamento do mérito do IRDR (§ único do art. 980, do CPC/2015) alargando, indeterminadamente, o tempo de duração dos processos sobrestados (cf. 6.1.4.2).

A pesquisa teórica, a seu turno, esteve lastreada em considerável revisão bibliográfica que possibilitou a percepção do processo como produto da cultura, vinculado ao espírito do tempo e do lugar, em uma perspectiva histórico-

metodológica. A razão de ser do IRDR não poderia ser assimilada se o contexto político-institucional do Brasil, nas últimas cinco décadas, tivesse passado ao largo do espectro de análise da pesquisa.

De igual maneira, os contornos do modelo constitucional de processo não estariam bem delineados sem o contato com a obra de Comoglio, Fazzalari, Andolina e Vignera. Os processualistas italianos além de aperfeiçoarem a noção de "processo justo" auxiliaram na tarefa de atribuir ao "contraditório" uma nova dimensão substancial, imprescindível ao processo democrático.

As escolas que pensam o processo em solo brasileiro também receberam atenção, com destaque às escolas gaúcha e mineira, as quais defendem ter havido a superação da fase instrumentalista do direito processual, sustentada, ainda hoje, pela escola paulista de processo. Encontra-se, a ciência processual, numa nova fase denominada de formalismo-valorativo, a qual rechaça o formalismo excessivo e desperta para valores caros à democracia contemporânea como a participação, a colaboração, a efetividade, a segurança e a ética

Os dados estatísticos, por si, não dirão muito sobre o IRDR. O novo incidente processual só consagrará sua efetividade na medida em que colaborar para uma substancial prestação jurisdicional. Por essa razão, o IRDR deve ser interpretado a partir das premissas que estruturam o modelo de processo consubstanciado na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que a pesquisa não teve o propósito de desacreditar o incidente de resolução de demandas repetitivas, haja vista estar evidente sua utilidade no atual contexto de crise em que se encontra o sistema de justiça brasileiro. O que se buscou,

outrossim, foi identificar em que proporção o instituto vem sendo utilizado sem o devido zelo às garantias constitucionais do processo.

Por fim, a incipiente implantação desse mecanismo processual no âmbito dos tribunais de justiça estaduais, em especial no TJDFT, não autoriza um juízo definitivo a respeito da sua (in)adequada aplicação. De qualquer forma, a pesquisa representa um retrato de momento e indica que o IRDR merece uma leitura mais harmonizada com as diretrizes constitucionais atinentes ao processo. Afinal, não haverá mérito algum na uniformização da jurisprudência ou na redução do número de processos tendo como contrapartida o sacrifício das garantias constitucionais dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ABELHA, Marcelo. Notas sobre o juízo de admissibilidade e mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*. Curitiba, v. 4, n. 49, p. 331-359, 2017.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 240, p. 221-242, fev. 2015.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

AJUFE. *Ajufe apresenta ao Conselho Nacional de Justiça propostas para um novo Pacto Republicano*. Disponível em: https://www.ajufe.org.br/146-internet/imprensa/5883-ajufe-apresenta-ao-conselho-nacional-de-justica-propostas-para-um-novo-pacto-republicano. Acesso em: 30 ago. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [trad.] Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revsita de Direito Administrativo da FGV*, Rio de Janeiro, v. 240, s/n, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Nulidades e modelo constitucional de processo. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Teoria do processo:* panorama doutrinário mundial, Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 2, p. 243-256.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988: Foi bom pra você também? *Revista de Direito Administrativo da FGV*, Rio de Janeiro, v. 214, s/n, p. 1-25, out./dez. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito à saúde e dist. de medicamentos - Prof. Luís Roberto Barroso em Audiência Pública.* Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY&t=49s. Acesso em: 18 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário Iberoamerciano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo da FGV*, Rio de Janeiro, v. 240, s/n, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Cadernos da Escola de Direito – UniBRASIL*, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 183-225, jan./jul. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. *I Pacto Republicano.* Brasília: Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. *II Pacto Republicano.* Brasília: Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547. Acesso em 23 out. 2018.

BRASIL. *III Pacto Republicano.* Brasília: Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547. Acesso em 17 out. 2018.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.* Diário Oficial da União - DOU, Seção 1, p.2. Brasília: s.n., 13 de dez de 1968.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil.* Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296. Acesso em: 17 ago 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 209/2012.* Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D1C1D25052E68BD9AE4BD8FCE8DC9904.proposicoesWebExterno2?codteor=1020915&filename=PEC+209/2012. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territótios.* Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/normas/regimentos/regimento-interno-do-tjdft. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF-45 - MC/DF.* Decisão monocrática. Agravante: Partido da Social Democracia Brasilileira - PSDB. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45. Acesso em: 18 maio 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil:* inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Eduardo. *Brasil*: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, v. 2, n. 2, p. 1-44, fev. 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coord.) *20 Anos da Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAVALCANTI, Marcos de Araujo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas.* Salvador: JusPODIVM, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 135-144, 2001.

CONJUR. *Demandas repetitivas. Ao julgar novidade trazida pelo CPC, corte se depara com situações não previstas.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/julgar-novidade-cpc-corte-depara-situacoes-nao-previstas. Acesso em: 01 mar. 2019.

COTA, Samuel Paiva; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compreensão equivocada do seu uso no Brasil. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 260, p. 21-45, out. 2016.

COSTA; Ana Surany Martins. Argumentações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no novo projeto do código de processo civil*. Anais do 4º Congresso Constituição e Processo:* uma leitura hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

DIAS, Luciano Souto; OLIVEIRA, Natane Franciella de. O formalismo-valorativo no novo código de processo civil. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Belo Horizonte, v.1, n.2, p. 143-166, jul./dez. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. 1. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA*. Salvador, v. 22. n. 24. jan./dez. 2012.

FRANZOI, Luiz Carlos; MORAIS, Marco Cesar Porfírio de. Redemocratização do Brasil. *JICEX - Revista da Jornada de Iniciação Científica e Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 1-7. 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro, *et al*. Cândido Rangel Dinamarco e a Instrumentalidade do Processo (uma entrevista). *Cadernos DIREITO GV*, São Paulo, v. 7, n. 4, jul. 2010.

GELLI, Mario Felippe de Lemos. Reflexões sobre instrumentalidade, efetividade e reformas processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – RBDPro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-16, out./dez. 2007.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 208, p. 189-202. out./dez. 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalizacion" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 49-73.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018.* Disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

KMIEC, Keenam D. The origin and the current meaning of "judicial activism". *California Law Review*, Berkeley, n. 92, p. 1441-1446, maio, 2004.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização? *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coord.). *Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 3*, Salvador: JusPODIVM, 2015.

LEMOS, Jonathan Iovane de. *A organização do processo civil:* do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Fundamentação histórica. 2011. 157 f. Diessertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS, Porto Alegre, 2011.

MANCUSO, Rodlfo de Camargo. *Acesso à justiça:* condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitvas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 263-279, nov. 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 142-150, jul./set. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentário ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo:* horizontes para a democratização processual civil. 2008. 219 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 267-268.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso:* da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. *In*: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. (org.). Precedentes judiciais no NCPC. Salvador: JusPODIVM, 2015. *Coleção Novo CPC e novos temas*, p. 01-35.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O sistema de pretensões repetitivas: entre a justiça formal e a razoável duração dos feitos (uma análise do prazo de suspensão de demandas e de recursos repetitivos no Código de Processo Civil). *Revista de Processo.* São Paulo, n. 284, out., p.319-330, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAATZ, Igor. *Desvelando as bases do processualismo científico:* ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-6-desvelando-as-bases-do-processualismo-cientifico-ou-de-como-a-teoria-do-processo-nasceu-comprometida-com-o-protagonismo-judicial-por-igor-raatz. Acesso em: 19 abr. 2018.

REICHELT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais. *Revista de Processo.* São Paulo, n. 248, out., p.1-10, 2015.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira*: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015. 214-224.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça.* 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Oficina do CES* – Centro de Estudos Sociais. Coimbra, v. 65, p. 1-62, 1995.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In:* SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional e ADPF 378. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9. Acesso em: 23 abr. 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA NETO, Cláudio Pereria de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional:* teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Supremo Tribunal Federal. *Discurso do presidente do STF, Min. Cezar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011*. Dsiponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf . Acesso em: 22 out. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Representantes dos três Poderes assinam pacto por Judiciário mais eficiente*. Dsiponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 25787*, Impetrante: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 de novembro de 2006. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS+25787%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3s5q2t4. Acesso em: 15 fev. 2019.

Superior Tribunal de Justiça. *A Constituinte*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/A-Constituinte. Acesso em: 23 mar. 2018.

TATE, Neal e VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power.* New York: New York University Press, 1995.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

TEMER, Sofia. Recursos no incidente de resolução de demandas repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica? *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga. (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade juridica e decisao politica. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, n. 1099, 9 dez. 2013. Disponível em: <www.tex.pro.br/index.php/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em: 11/09/2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: *A Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. A consolidação das instituições. Volume III. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil/view. Acesso em: 08 de fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).* Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/0. Acesso em: 13 de fev. 2019.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo alemão Musterverfahren e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas no PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217. p. 257. 2013.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 206, abr., 2012.

O PODER JUDICIÁRIO E A MOROSIDADE NA TRAMITAÇÃO INTERNA DOS PROCESSOS DECORRENTE DA ESTRUTURA DEFICIENTE E DA INABILITAÇÃO TÉCNICO-ADMINISTRATIVA NOS CARTÓRIOS JUDICIAIS

Irene Sousa de Oliviera

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise do Poder Judiciário e a Morosidade na Tramitação Interna dos Processos Decorrentes da Estrutura Deficiente e da Inabilidade Técnico-Administrativa nos Cartórios Judiciais. Constante da Constituição Federal de 1988 em seu artigo, 5º inciso, LXXVIII, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004 como um princípio fundamental. Para tanto, busca-se apresentar uma visão geral dos três poderes no que se refere a celeridade processual. Será observado a seguir, o tempo razoável de duração do processo, com seus excessos de prazos, a influência exercida pelo Ministério Público no que concerne a celeridade processual. Tem-se também uma análise sobre os óbices à celeridade processual, as causas e entraves que paralisam temporariamente o processo na espera de algum procedimento necessário ao seu andamento, demonstrativo de uma analise de pesquisa de campo juntos aos órgãos do Poder Judiciário. E por fim apresenta-se o Processo Eletrônico, Processo Judicial Eletrônico - "PJe", como um novo mundo jurídico que chega como uma proposta de desentrave ao caos que vive o Poder Judiciário.

Palavra-chave Direito Administrativo Processual. Tempo Razoável do Processo. Celeridade. Cartórios Judiciais. Pesquisa de Campo.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é um compêndio de normas de eficácia contida ficando, porém à lei ordinária a incumbência regulamentadora de tais preceitos. Para tanto, o legislador ordinário implementou modificações visando, o cumprimento das garantias impostas, no tocante à duração de prazo razoável do processo.

Portanto, a garantia constitucional inserta no art. 5.º LXXVIII, vem objetivando assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desde os primórdios é notável os conflitos que acompanham as relações humanas, contudo ao longo dos anos as civilizações adotaram, a cada época, mecanismos para solucionarem esses litígios, a discussão que tratará o presente trabalho consiste não direito administrativo processual, na celeridade processual, no tempo da razoável duração do processo. No que tange mecanismos que o legislador, por meio do Novo Código de Processo Civil e de outras leis, inseriu em nosso ordenamento jurídico, para que mesmo atingindo uma celeridade processual, a qual anseia a sociedade, não entre em conflito com o tempo razoável do processo, e que seja mantida a segurança a ampla defesa e o contraditório, para que se alcance um equilíbrio entre os princípios, objetivando obter uma diminuição da morosidade na prestação judicial no ordenamento jurídico. [1]

É relevante o tema proposto, pois evidencia a preocupação do cumprimento à garantia constitucional referente ao razoável prazo de duração do processo e judicial, bem como o dever de criar mecanismos que garantam a celeridade na sua tramitação. Para tanto, diversos estudos e pesquisas foram implementadas, visando solucionar o impasse que tem sido considerado óbice a tal cumprimento. O trabalho procura elencar tais óbices e evidenciar os reflexos na vida do cidadão e do

[1] BRASIL,1988.

jurisdicionado. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ tem promovido debates e estudos, visando encontrar solução de como amenizar o impacto em todo o Poder Judiciário e apontar os reflexos de outros poderes da República.[2]

Com apoio nos estudos e soluções apontadas pelo referido Conselho, busca-se demonstrar em uma escala, mais próxima da realidade, pois pesquisas de campo foram feitas, realizadas nesse sentido. Procura-se no presente trabalho esclarecer, do ponto de vista do processo penal, em razão da ausência de prazos fixados de forma clara, principalmente quando se fala em prisão cautelar (provisória), além da ocorrência de prazos impróprios. Ou seja, que não causam nenhuma sanção ao magistrado.

Muitos dos direitos fundamentais, em decorrência da lacuna da lei no sentido de não haver prazo definido provoca morosidade na prestação jurisdicional. Há uma omissão legislativa, além da inércia estatal levando a demora no prazo processual, fazendo com que os tribunais fundamentem as decisões sobre excesso de prazo, no princípio da razoabilidade, indo de encontro ao previsto no artigo 5.º. LXXVIII da Constituição Federal e nos artigos 7.º e 8.º Conselho Americano dos Diretos do Homem CADH. Portanto, o trabalho propõe fundamentado, em estudo e pesquisas, buscar respostas para a melhor aplicação prática do direito.[3]

Para corroborar os dados elencados no presente trabalho, realizou-se uma pesquisa de campo, obedecendo as determinações do Comitê de Ética e Pesquisa, do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, cujo projeto foi aprovado pelo parecer n.º 3.206.356. As pesquisas foram realizadas em diversas circunscrições judiciarias do Distrito Federal e na Seção Judiciária da Justiça Federal, em Brasília. A referida

[2] CNJ,2018.
[3] BRASIL,1988.

pesquisa trouxe a lume algumas deficiências no que tange ao andamento de processos, confirmando o objetivo do presente trabalho que é de demonstrar a morosidade na prestação jurisdicional. Todos os documentos e formulários da pesquisa, estão em anexo deste trabalho.

1 FUNÇÃO TRIPARTITE DOS PODERES E A CELERIDADE PROCESSUSAL

Este capítulo tem como escopo um dos pontos essenciais deste trabalho, ou seja, demonstrar como o Estado, representado pelos poderes constituídos, tem buscado cumprir com a garantia constitucional do razoável prazo de duração do processo: administrativo e judicial, bem como da celeridade na tramitação destes.

1.1 OS TRÊS PODERES

Nesta seção, busca-se demonstrar a influência dos três poderes na prestação jurisdicional, bem como nos processos administrativos no âmbito de suas atuações.

Preceitua a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º: "São Poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"[4].

O tratado clássico de Montesquieu *Espirit des Leis*, sugestionado pela obra de Locke, datada de 1748, constata com apoio na "experiência eterna" que todo aquele que é investido no poder tende dele abusar até que encontre limites. Afirma

[4] BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.

Montesquieu que tal, limitação a um poder só e possível se houver outro poder capaz de limitá-lo[5]

Constata-se uma evolução no aspecto da harmonia e independência dos poderes, pois segundo o que assegura, em razão da época, recomendar divisão do poder como garantia da liberdade, mormente garantindo a independência do Judiciário. Com o advento da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1979, estabelece em seu artigo 16: Toda Sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não possui uma constituição[6].

Há diversas maneiras de verificar a harmonia entre os poderes, para tanto, estabelece como observação primeira, as normas de cortesia, resultantes da reciprocidade e do respeito às prerrogativas e faculdades de cada poder. Não obstante a tal observação, deve-se considerar como relativa à divisão de funções, bem como a independência de cada um deles, pois, em razão da busca de um equilíbrio, estabeleceu-se um sistema de freios e contrapesos, visando a satisfação da coletividade. Portanto, evita-se a arbitrariedade que resulta em desmando de um poder em prejuízo de outro, sem contar a ofensa aos direitos dos cidadãos[7].

A separação dos Poderes está amparada pela Constituição Federal de 1988, que a elevou à categoria de Cláusula Pétrea estatui em seu artigo 60 § 4º, inciso III. "A separação dos poderes".

---

[5] MONTESQUIEU (1748) *apud* NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos.9.ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2018.

[6] FALCÃO, Joaquim. Separação de poderes e a independência do poder judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 243, p. 235-274, jan. 2006.

[7] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

> I – Separação e Independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos poderes não possui uma formula universal apriorística e completa: por isso quando erigido a categoria, no ordenamento brasileiro, em doutrina constitucional de observância compulsória pelos Estados membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outro países, mas sim modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. II – Magistrado: aposentadoria compulsória: exclusividade das hipóteses previstas no artigo 93, inciso IV da Constituição Federal, 1988: impossibilidade de criação de outra Constituição Estadual[8].

Conforme a ementa acima se verifica a Separação dos Poderes, mormente no que se refere ao controle (freios e contrapesos) sendo que tal não impede o controle dos atos do Poder Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, evitando o abuso e o arbítrio emanados de qualquer dos poderes. No tocante à harmonia, verifica-se que ocorre em respeito a faculdade e prerrogativas própria de cada um deles.

Percebe-se, portanto, do estudo relativo à separação dos poderes, que a intenção dos seus defensores era: segundo Locke entendia que o Executivo e o Federativo deveriam ser exercidos pela mesma pessoa, subordinados, entretanto, pelo poder Legislativo, sendo essencial para ele a separação os componentes o Legislativo e do Executivo[9].

Como preconiza: "(Todo Poder Corrompe)". Preocupa-se com a preservação da liberdade, evitando os excessos inconvenientes e abusos decorrentes da arbitrariedade estatal. Tal cuidado levou Motesquieu a propor a divisão das funções

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5 MT. Relator: Ministro Sepúlveda Percente. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Diário da Justiça, Poder Judiciário, 31 out. 1997. Ementário nº 1889-01, p. 277.

[9] SILVA, 2014.

do Estado em legislatura, administrativa e jurisdicional, assim justificou a atribuição de cada uma a órgão diferente[10].

1.2 PODER LEGISLATIVO

Sendo um dos poderes intimamente ligado, à produção das leis, no cenário nacional, quando este as edita está diretamente influenciando na prestação jurisdicional e/ou, na gestão dos diversos órgãos.

A forma do Estado brasileiro é Federal, portanto, há participação de vontade dos Estados na formação da vontade nacional. Tanto os Estados como o povo brasileiro estão representados no Poder Legislativo, consequentemente na elaboração de Lei que norteiam à vida do povo e destino da nação. Conclui-se, portanto que, o legislativo nacional e bicameral.

O bicameralismo, no particular atende a forma definida na Constituição Federal. O Congresso Nacional compõe-se da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo que cada casa está apta a representar o povo os Estados e o Distrito Federal, da seguinte previsão constitucional em seu artigo: "A Câmara dos Deputados compõe-se de representante do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal"[11].

Já em seu artigo 46 a Constituição Federal estabelece: "O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos, segundo o princípio majoritário"[12].

[10] SILVA, 2014.
[11] BRASIL, 1988.
[12] BRASIL, 1988.

Estabelecida, pois, a relação entre a Federação e o Bicameralismo, ou seja, tanto o povo brasileiro quanto os Estados tem representação no Poder Legislativo que dita regras em âmbito nacional sujeitando a todos no território nacional a sua submissão. Para tanto, há o desempenho da atividade legislativa, reunião conjunta ou em separado das duas casas sendo aquela do Congresso Nacional.

As reuniões (sessões) podem ocorrer de forma ordinária ou extraordinária sendo a primeira conforme estatui o artigo 57º da Constituição Federal ou ainda, pelo Presidente da República ou pelos presidentes das duas casas, legislativas em casos disciplinados na Constituição Federal[13].

Há, no entanto, uma predominância da Câmara dos Deputados no tocante à iniciativa legislativa, pois é nela que acontece a promoção da criação da lei, mediante provocação do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e, também, dos cidadãos.

A Câmara dos Deputados é um dos seguimentos do Poder Legislativo Federal que tem função precípua, representar o povo, portanto, representatividade popular. Os representantes populares são eleitos em cada Estado, sendo sua eleição pelo sistema proporcional, como tal, não há na Constituição Federal uma fixação do quantitativo de deputados Federais que ficam a cargo de Lei Complementar. Há previsão para uma quantidade mínima de 8 (oito) e do no máximo de 70 (setenta) deputados, conforme estabelece o artigo 45, § 1º.

> O número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, Será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população procedendo-se aos ajustes necessários no ano anterior às eleições, para que

[13] TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 19.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

> nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados[14].

A proporcionalidade é verificada em cada ano anterior às eleições promovendo assim, o reajuste necessário a manter a proporcionalidade para legislatura de 4 (quatro) anos. Esse sistema é justo, pois um Estado muito populoso tem proporcionalmente, menos deputados que um Estado de pequena população.

A Câmara possui atribuições privativas e exclusivas, pois não delegáveis, e que exerce por si só, dentre eles:

> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:
>
> I - Autorizar, por dois terços de seus membros a instauração de processo contra o Presidente e Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;
>
> II - Proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentado ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, como determina o artigo 84, Inciso XXIV;
>
> III - Elaborar seu regimento interno;
>
> IV- Dispor sobre a sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de Lei para a fixação da respectiva remuneração[15].

O Senado Federal é representante dos Estados e do Distrito Federal. A representatividade compõe-se de 3 (três) senadores (com dois suplentes cada), sendo que a representatividade de cada Senador, é para um período de 8 (oitos), sendo renovada a cada quatro anos, conforme estabelece o artigo 46 da Constituição

[14] BRASIL, 1988.
[15] BRASIL, 1988.

Federal. Nota-se que por serem eleitos pelo povo (voto popular), via partidos políticos.

Câmara dos Deputados e Senado Federal, embora funcionem conjuntamente são autônomos em suas organizações, estabelecendo o funcionamento do Congresso Nacional tais como: mesas, comissões, sendo estas comissões temporárias e comissões parlamentares de elaborar inquérito.

Como órgão Legislativo da União tem como atribuição principal, embora não seja a única, elaborar leis. Temer[16] indica as outras atribuições, que são:

a) .. Atribuição Legislativa - elaborar Leis conforme previsão constitucional.

b) .. Atribuições Deliberativas – Decreto legislativo e de resoluções autonomamente, ou seja, sem a participação do representante máximo do Pode Executivo.

c) .. Atribuições de Fiscalização e controle, em alguns casos, com a participação do Tribunal de Contas e da Comissão Mista.

d) .. Atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade, neste caso presidido pelo Supremo Tribunal Federal.

e) Atribuições Constituintes, mediante elaboração de emendas à Constituição Federal.

1.3 PODER EXECUTIVO

[16] TEMER, 2003.

Este poder tem funções diversas descritas na Constituição Federal, como: iniciar o processo legislativo, sancionar e promulgar as leis, expedir decretos e regulamentos entre outros, portanto, afeta a prestação jurisdicional e o processo administrativo, no âmbito de suas atividades podendo, dependendo da lei de sua iniciativa e dos meios de exercer a sua administração, obstaculizar a celeridade processual.

O Poder Executivo está disciplinado na Constituição Federal, nos artigos 76 a 91; são funções do Poder Executivo, exercidas pelo Presidente da República: as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo[17].

Como chefe de governo representa o Estado no ponto de vista político e administrativo, neste ponto a sua atuação é infralegal, embora não seja discricionário, pois atua em obediência às normas descritas em Lei. Tais atividades estão descritas no artigo 84 da Constituição Federal.

Todavia, administrar, para o Poder Executivo, não representa uma atividade tipicamente definida, pois além de tal, cabe ao Presidente da República, na função o de Chefe de Estado à expedição de atos com força de Lei, tais como: medidas provisórias, quando houver relevância e urgência em um determinado assunto excetuando-se em matéria penal e processual penal, entre outras; de natureza política, sua atuação compreende na participação em processo legislativo, tanto pela sanção, quanto pelo veto e promulgação das leis, além de ser o provocador de emendas à constituição[18].

[17] BRASIL, 1988.
[18] TEMER, 2003.

Segundo Silva, conclui-se, "pode dizer-se, de modo geral que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de Chefia de Estado e de Chefia de Governo e de administração"[19].

O sistema de governo Presidencialista confere ao Chefe de Estado e Chefe de Governo independência, no que diz respeito a aval do Congresso Nacional, para ser investido no cargo ou nele permanecer, pois eleito pelo voto popular para um mandato de 4 (quatro) anos. A Constituição Brasileira garante a eleição do Presidente da República pelo sufrágio universal e voto direto e secreto, com observância ao princípio da maioria absoluta, não computando os votos nulos e em branco, considerando a maioria de votos válidos.

O Presidente da República somente perderá o mandato nos casos de:

a) .. Cassação, quando da ocorrência de crimes de responsabilidade, cuja decisão será emanada do Senado Federal, e por crime comum, pelo Supremo Tribunal Federal.

b) .. Extinção, nos casos de morte, renúncia perda ou supressão dos direitos políticos e perda de nacionalidade brasileira[20].

Há outras formas para a perda do mandato do Presidente.

Das atribuições do Presidente da República.

Dentre as atribuições do Presidente da República, elencam-se as mais consentâneas com o presente trabalho. Entre elas destacam-se: Iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos na Constituição Federal; sancionar,

[19] SILVA, 2014.
[20] SILVA, 2014.

promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos; vetar projetos de lei, tal ou parcialmente[21].

1.4 PODER JUDICIÁRIO

A função precípua deste poder é a prestação jurisdicional conforme garantia constitucional. Portanto é o primeiro responsável, por uma atividade jurisdicional que promova uma duração razoável do processo e estabeleça a celeridade em sua tramitação, sendo assim, alvo de análise mais apurada no presente trabalho.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 fixou a tese da Separação de Poderes, entre outros.

> No princípio da Supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os poderes, e na independência do Judiciário, que se manifesta, por primeira, na prerrogativa eminentes de proceder à revisão judicial das leis dos atos normativos diante da Constituição, anulando-os quando com esta incompatíveis[22].

Contemplando a independência externa do Poder Judiciário com pelo menos duas dimensões distintas. O Poder Judiciário tem sua independência institucional enquanto Poder de Estado, e as garantias institucionais estabelecidas para assegurar tal situação; os membros do Poder Judiciário tornam-se independentes, em especial os magistrados em suas funções exercidas e definidas as garantias para guardar tal situação.

Com a consagração do Poder Judiciário como Poder de Estado, gozando das mesmas prerrogativas atribuídas aos poderes Executivo e Legislativo. Ele na Constituição Federal do Brasil de 1988, ganha autonomia administrativa financeira

[21] SILVA, 2014.
[22] SILVEIRA *apud* TEIXEIRA, 1994, p. 3.

como prevê o artigo 99 da Constituição Federal do Brasil "Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira."[23] Portanto, nós temos um modelo de Poder Judiciário técnico – burocrático resumindo suas características da seguinte maneira[24]:

a) .. Seleção através de concurso provas/e ou provas de títulos técnicas de juízes;

b) .. A estrutura do Poder Judiciário Brasileiro é Federal e Estadual;

c) .. Carreira do judiciário só se faz mediante concurso público.

A função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição é o meio jurídico que o Estado tem parar dirimir os conflitos de interesses em seus casos concretos que se realizam por meio de processo jurisdicional.

Distinguir a jurisdição da administração, não tem sido papel muito fácil, no entanto para Chiovenda[25] a jurisdição é uma atividade secundária, onde a vontade ou a inteligência de alguém é substituída, enquanto o administrador exerce uma atividade primária, desenvolvendo-a em seu próprio interesse. Sendo assim o juiz decide (julga) em razão da vontade da lei no que cabe ao outro. Enquanto a administração toma decisões concernentes da própria atividade.

Contudo, a distinção entre jurisdição e administração não está acentuada sobre uma base lógica e nem tão pouca sobre uma base histórica e política, mas a uma atividade do Estado onde ele, o Estado dirige as funções mediante substituição

[23] BRASIL, 1988.
[24] CARVALHO, Fernando Henrique. A independência do poder judiciário e suas garantias. Webartigos [site]. 18 mar. 2015.
[25] CHIOVENDA, 2014 *apud* BEDAQUE, 2010.

daquele interesse que o Ele considera seu. Enquanto que a jurisdição é a segurança que o Estado repassa aos conflitantes nas composições das lides, mediante o estabelecimento de ordens concretas, dirigida aos interesses dos titulares das contendas[26].

2 VISÃO SOBRE O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Este capítulo constitui a base vital desse trabalho, pois nos apontará os óbices e sugestões sobre o tema central: "razoável duração do processo e a sua celeridade".

A lentidão processual com o caminhar do tempo foi se tornando insustentável tanto para o operador do direito que dela necessita diuturnamente, quanto para o cidadão quando a ela precisa recorrer para solução de um conflito. Com as novas alterações do Código de Processo Civil, o legislador em seus artigos, parágrafos e alíneas, trouxe exigências urgente de mudanças, com o objetivo de diminuir a morosidade processual da Justiça Brasileira, tendo como escopo principal uma maior celeridade processual, com o intuito de desafogar o excesso de processos a espera de julgamento.

Pode-se dizer que existem princípios que nos direcionam para uma análise da razoabilidade da duração de um processo de uma maneira precípua. Dentre eles está, a garantia de acesso à justiça que está contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito" [27].

Fica claro que esse princípio, a garantia do acesso à justiça, suscita a todos os outros demais, os quais atuam para o alcance efetivo e amplo desse, princípio-síntese

[26] CARVALHO, 2015.
[27] BRASIL, 1988.

e com objetivo final. O mais preocupante, contudo, é constatar que o acesso à justiça não significa somente a garantia do direito de ajuizamento de ação, mas também o acesso de uma forma ampla a uma ordem jurídica justa, para que de fato se receba a "justiça".

> É bem verdade que a expressão "tempo razoável" é por demais, subjetivo e dá margens a várias interpretações. Cabível a indagação: qual o tempo razoável para o tramite de um processo. A resposta à questão acima certamente não será unânime entre os operadores do direito. Movidos por cacoetes pessoais derivados da natural influência das atividades profissionais exercidas, o prazo razoável para a duração de um processo na visão de um magistrado poderá não coincidir com o prazo razoável da visão de um advogado, que, muito provável, não será o mesmo prazo razoável esperado pelo cliente que se socorre do judiciário[28].

Assim reveste-se, de particular importância a Lei Complementar 35/79 que prevê no seu artigo 35, inciso II, o dever do procedimento do magistrado "Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar[29]". Sob essa ótima, ganha particular relevância o artigo 226, incisos I e II do Novo Código de Processo Civil onde estabelece o prazo para as práticas do magistrado, e ainda o artigo 20 do Código de Ética da Magistratura, que é dever do magistrado velar pelos atos processuais e que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, sendo assim o cumprimento de prazos também um dever ético do magistrado[30].

[28] WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Processo civil: curso completo. 2.ed.rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59.

[29] BRASIL. Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Seção 1, p. 1.

[30] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de ética da magistratura nacional. Diário da Justiça, nº 51, de 18 de setembro de 2008.

No Poder Judiciário é evidente a exacerbada burocratização, onde as lides processuais atuais seguem sem a certeza de sua real tramitação até ao alcance da decisão final, mesmo constatando na legislação um rol de providências jurídicas relativo ao tempo razoável de duração do processo onde consta início e término, fgGcabendo ao juiz, dirimir o litígio da forma mais célere e ágil possível, sem que com isso fira os princípios da segurança e o contraditório[31].

Uma das primeiras e expressivas mudanças do Novo Código de Processo Civil é o fim da divisão de procedimentos, onde o procedimento sumário deixou de existir, aplicando-se agora, somente o procedimento comum nos termos do artigo 318 do novo Código de Processo Civil, "Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei". Outra mudança de suma importância foi a exigência do endereço eletrônico na petição inicial, facilitando assim as citações, cada vez mais utilizadas dentro da realidade digital do Poder Judiciário[32].

Também visando à celeridade processual o Novo Código de Processo Civil criou um mecanismo de conciliação entres os litigantes, ou seja, buscar um meio mais célere para a solução dos conflitos com o auxílio de um conciliador, fazendo a mediação entre as parte. A atuação do conciliador só acontece se entre os litigantes não houver vínculo anterior. Só acontecerá audiência de conciliação se as partes se manifestarem expressamente que assim o desejam. O artigo 321 do Novo Código de Processo Civil trouxe, ainda, em seu texto que o juiz é obrigado indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado na petição inicial, para que a referida

[31] NICOLITT, André. Manual de processo penal. 6.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
[32] NERY JUNIOR; NERY, 2018.

efetivação do processo siga seu curso sem maiores demora. Nesse mesmo artigo versa sobre a cooperação das partes, para que o processo tenha uma rápida solução do conflito judicial[33].

Analisando o Novo Código de Processo Civil, é possível identificar o quanto a marcha processual é dinâmica e deve ser prestada de forma rápida, mas o legislador em momento nenhum descuidou da segurança jurídica que permeia um processo judiciário. No tocante à criação de leis que viabilizem o dinamismo processual restando ao juiz o dever de buscar o ponto de equilíbrio entre rápida solução e segurança na decisão judicial[34].

Quando um cidadão procura uma tutela jurisdicional é natural que queira em tempo hábil e útil para gozar dos seus benefícios, "Como bem disse José Rogério Cruz e Tucci: 'Ao lado da efetividade do resultado que a deve conotar, imperioso é também que a decisão seja tempestiva'"[35]. Numa análise mesmo que grotesca verificamos, inegavelmente que por outro lado, quanto mais tempo se levar para proferir a sentença, a eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória.

O Estado na figura do juiz tem a obrigação de proporcionar uma satisfação jurídica e não apenas isso, mas a decisão final deve ser pronunciada com um tempo coerente à natureza do objeto litigioso, ou seja, o tempo razoável do processo, para que não se torne uma utopia a tutela jurisdicional.

2.1 EXCESSO DE PRAZO E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

[33] NERY JUNIOR; NERY, 2018.
[34] NERY JUNIOR; NERY, 2018.
[35] WAGNER JUNIOR, 2008, p. 57.

Nesta seção será dada ênfase à temática do trabalho, demonstrando os prejuízos ao jurisdicionado e ao Estado, bem como apontará solução para sanar tal defasagem temporal. Dando ênfase à garantia constitucional da duração razoável do processo e da busca da celeridade em sua tramitação.

O sistema processual brasileiro está eivado de burocracia, além da tradição encarceradora, impedindo a observação dos direitos dos presos e dos que estão submetidos a um processamento penal, onde há evidente desrespeito aos prazos processuais.

Pedidos de liberdade que são efetivados no mesmo dia da prisão, mas que são apreciados, às vezes, até meses depois. Tal demora se deve a exigências de apresentação de documentos de eficácia constitucional duvidosa, que contribuem para alongar, de forma ilegal, o prazo de algumas prisões provisórias, além de ferir a presunção de inocência[36].

Paulo Rangel, (....) comentando sobre o princípio constitucional do devido processo legal, aduz:

> A tramitação regular e legal de um processo e a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei. A liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade, a exceção[37].

O Princípio do devido processo legal assume no processo penal uma importância maior, pois limita a formação da lei, vez que deve adequá-la aos direitos e garantia fundamentais do cidadão, observando que não há lugar para interferência

[36] BARROSO, 2014.

[37] RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

na proteção da liberdade sem considerar o instituto garantista do devido processo legal.

Em se tratando da garantia insculpida no capitulo dos direitos e garantia relativo à presunção de inocência, artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória." [38]

Segundo Lopes Junior, a carga probatória, sobre a autoria e materialidade de um crime, deve ficar inteiramente a cargo da acusação, aplicando o princípio do *indubio pro reo* e que para preservar a intimidade daquele, que a priori é inocente, deve-se restringir a publicidade abusiva dos atos judiciais e que é necessário que ocorra, em razão dessa condição do réu, um rigor em decretar prisões cautelares[39].

Portanto, conclui o autor que, aceitando a tese da presunção de inocência obriga em um verdadeiro dever de tratamento diferenciado, em razão da exigência legal de que o cidadão seja tratado como inocente.

O princípio da presunção de inocência foi mitigado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, no qual decidiu pela execução antecipada da pena em 2.º grau, violando claramente tal princípio.[40]

Há duas posições doutrinárias em relação ao tema alegando que a demora processual compromete a versão dos fatos do acusado. Testemunhas já não se lembram com exatidão sobre os fatos, ocorrência do fenômeno da falsa memória,

[38] BRASIL, 1988.

[39] LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

[40] JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas [site]. 17 fev. 2016.

algumas provas, por serem efêmeras, já desapareceram com o tempo, pois não há casos de desaparecimento total, comprometendo a busca pela verdade real[41].

Percebe-se que há evidente prejuízo ao réu quando se extrapola o limite da razoável duração do processo. Evidencia que o Estado, mesmo que não haja prisão cautelar, se apossa do tempo do cidadão causando dano irreversível em sua vida[42].

Em decorrência de modernas posições doutrinárias e jurisprudenciais, emerge outro princípio constitucional, embora implícito dentre as garantias fundamentais, a duração razoável da prisão cautelar.

Não se deve considerar, apenas a demora na prisão como quebra do princípio da razoável duração do processo, pois mesmo que solto o imputado, este estará livre do cárcere, mas não do estigma e da angustia em decorrência de tal demora. A eternização do processo penal constitui forma de violação às garantias fundamentais. Nesse caso a primeira garantia afrontada é a da jurisdicionalidade que afirma: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, uma vez antecipa a pena pela estigmatização como pelo cárcere[43].

De outra forma há reflexos no princípio do contraditório e da ampla defesa e no Tribunal do Júri, na plenitude de defesa, causados pela demora processual, que além disso onera o acusado em custas processuais ou honorários advocatícios. Cabe, ainda, evidenciar que o princípio da celeridade processual é um direito subjetivo processual do imputado, considerando a Constituição Federal.

Em razão desse princípio constitucional, assim discorre:

[41] LOPES JUNIOR, 2019.
[42] LOPES JUNIOR, 2019.
[43] LOPES JUNIOR, 2019.

> A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente, mas o que deve ficar claro é que existe uma pena processual, mesmo quando não há prisão cautelar, e que ela aumenta progressivamente com a duração do processo. Seu imenso custo será ainda maior, a partir do momento em que se configurar, pois, então, essa violência passa a ser qualificada pela ilegitimidade do Estado em exercê-la[44].

Embora haja expressamente garantido na Constituição Federal, art. 5.º, LXXVIII, a duração razoável do processo é considerada como "conceito vago e indeterminado" não sendo considerado apenas como inobservância dos prazos processuais, estabelecidos. Há ainda, um clamor por edição de lei que seja capaz de definir o que seja de fato, aceito como razoável duração de um processo.

No entanto, para a teoria do não prazo, a razoável duração do processo deve ser analisada diante de um caso concreto devendo, para tanto, evitar a fixação abstrata de um prazo máximo para aquilatar a duração do processo. Considerando-se a análise do caso concreto, pergunta-se: o legislador estará mais habilitado que o juiz para decidir sobre a duração do processo? Ao juiz pé atribuída à função de preservar as garantias fundamentais, mas ao revés atuam como violadores de tais princípios[45].

Não havendo parâmetros legais, não se pode admitir insolúvel a questão do prazo razoável e da celeridade. A solução é recorrer a jurisprudência que tem pautado em tratados e convenções como escopo para solucionar tal impasse, A Convenção Americana sobre direitos humanos, sendo recepcionado pela Constituição Federal, em seu artigo 5.º, §2.º: "Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

[44] LOPES JUNIOR, 2019, p. 235.
[45] NICOLITT, 2019.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"[46].

A Conferência Americana sobre Direitos Humanos – CADH, em seus artigos 7/5 e 8/1, assim garantem:

> Artigo 7/5 – Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantir que assegurem o seu comparecimento em juízo.
>
> [...]
>
> Artigo 8/1 – Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente independente e imparcial estabelecido anteriormente por lei na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza[47].

É instituto que tem aplicação imediata, por força do artigo 5.º, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal:

> Artigo 5.º
>
> §, 1.º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> §, 2.º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil, seja parte[48].

[46] BRASIL, 1988.

[47] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Seção 1, p. 6.

[48] BRASIL, 1988.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH contribuem para uma confirmação da necessidade de observação do prazo razoável de duração e da celeridade processual.

> O TEDH, via de regra, ao analisar um caso de alegada violação à duração razoável do processo, o faz através de três passos:
>
> 1.º - Analisa a efetiva duração do processo fixando o período a ser considerado;
>
> 2.º - Considera os critérios objetivos para aferição da razoabilidade do prazo; e
>
> 3.º - Pronuncia-se sobre a violação do direito e sobre o pedido formulado[49].

Para aferir a razoabilidade processual:

> [...] quatro deverão ser os referenciais adotados pelos tribunais brasileiros, a exemplo ao que acontece nos TEDH e na CADH: complexidade do caso; atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não, poderá se beneficiar de sua própria demora; a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.) [...][50].

André Nicolitt afirma que em matéria penal o termo inicial está estampado no indiciamento no inquérito policial e como marco excepcional, pois começa a considerar marco inicial quando ocorrer repercussão relevante sobre a dignidade da pessoa (ex. escuta telefônica, prisão temporária, preventiva e etc.), ou seja, em qualquer fase, tanto na persecução criminal extra *iudicio* e *in iudicio*. Para saber a duração do processo recorre-se aos termos: inicial e final, sendo este último aferido

[49] NICOLITT, André Luiz. Duração razoável do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 75.
[50] LOPES JUNIOR, 2014, p. 195-196.

ao trânsito em julgado da sentença, qualquer que seja ela (condenatória, absolutória ou terminativa), ou ainda, da decisão que arquiva o inquérito.[51]

A complexidade da causa: complexidade fática, a complexidade do direito – (complexidade jurídica) e a complexidade do processo (complexidade instrumental), critérios objetivos podem justificar o atraso processual, o que é parâmetro para o TEDH reconhecer como ponto de partida para admitir a razoável duração do processo. A parte pode contribuir para a demora processual o que não é considerado como desídia dos encarregados da persecução criminal.

O comportamento, desde que de boa-fé e sem afetar o seu direito constitucional do contraditório e ampla defesa, não podem ser considerados como procrastinatório e muito menos como promotor da demora processual que afetam o prazo razoável de duração e a celeridade na tramitação do processo, no entanto, há comportamentos que deixam, claro a intenção em promover a morosidade processual, tais como: adiamentos de audiência, frequentes trocas de advogados, fuga do acusado e etc.[52]

Evidenciando sob a irresponsabilidade, em relação à demora processual, por parte dos litigantes:

> Na realidade o que se depreende da jurisprudência do TEDH e TC da Espanha é que o comportamento dos litigantes é um critério de menor importância ante o dever das autoridades de darem regular andamento ao processo. Sua utilidade revela-se maior quando se percebe a colaboração das partes, pois, uma vez detectada a contribuição dos demandantes para o bom

[51] NICOLITT, 2019.
[52] NICOLITT, 2019.

> andamento do feito, a violação ao direito à duração razoável do processo se torna patente[53].

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização de Habeas Corpus para atacar ilegalidade ou abuso, no caso de demora injustificada do processo e ou da prisão. O Ministro Ricardo Lewandowiski, relator do HC n.º 136435/PR, julgado em 22 de novembro de 2016[54], desconsiderou precedente que favorece ao Superior Tribunal de Justiça, em caso de demora em seus julgamentos. Esse HC buscou dar celeridade ao julgamento de um recurso especial que aguardava decisão naquela Egrégia Corte (STJ). Comumente o STF aplica precedente que por comprovado excesso de trabalho no STJ, permite a este flexibilizar, a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Embora seja entendimento da Suprema Corte, sobre a razoabilidade d duração do processo naquela Corte, no presente caso a 2.ª Turma considerou que pela complexidade na tramitação em razão das inúmeras sucessões de relatores, gerou desconforto e constrangimento no paciente, concedeu a ordem para determinar que o STJ julgue o recurso imediatamente.

Extrai-se dessa decisão do STF que o "habeas corpus" é instrumento hábil para dar celeridade ao julgamento e prestigiar a garantia do princípio da duração razoável do processo, embora haja na Suprema Corte várias decisões denegando a ordem em situações parecidas[55].

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA, EXCESSO DE PRAZO NÃO ATRIBUÍDO

[53] NICOLITT, 2019, p. 147.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 136.435-PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Nelson Inácio Goettems. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procuradores: Defensor Público-Geral Federal. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário, Brasília, 05 dez. 2016. DJe n.º 259/2016, p. 57.

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Informativo STF nº 848, de 21 a 25 de novembro de 2016.

> AO RÉU CONSTRANGIMENNTO ILEGAL CARACTERIZADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA REVOGAR A PRISÃO DO PACIENTE. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal afirmou o entendimento de que a prisão por sentença de pronúncia sujeita-se ao limite da razoabilidade, não se permitindo o seu prolongamento por tempo indefinido. A demora injustificada para encerramento do processo criminal, sem justificativa plausível ou sem que se possam atribuir ao Réu as razões para o retardamento daquele fim, ofende princípios constitucionais, sendo que enfatizar da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo. (artigo 5.º inciso LXXVIII da Constituição da República [...][56]. (grifo nosso).

Há, no entanto, Súmulas do STJ que procuram afastar, em certas hipóteses, o argumento de haver excesso de prazo no processo criminal, senão vejamos:

Súmula 21 – Pronunciado o réu, fica superada a legação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

> [...]
>
> Súmula 52 – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.
>
> [...]
>
> Súmula 64 – Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa[57].

O próprio Superior Tribunal de Justiça vem mitigando a aplicação de algumas súmulas com o intuito de viabilizar a aplicação da garantia constitucional da razoável duração do processo e de sua celeridade, senão vejamos:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, INIDONEIDADE DA

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 87721/PE. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Partes: José Adelino da Silva, José de Siqueira Silva Júnior, Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça, Poder Judiciário, DF, 07 dez. 2006.

[57] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Súmulas do Superior Tribunal de Justiça [site]. 13 nov. 2018

> FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A PRISÃO. 2. EXCESSO DE PRAZO. DILIGENCIAS COMPLEMENTARES REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAIS DE UM ANO PARA CUMPRIMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA N.º 52. GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.
>
> 2. Ainda que encerrada a instrução é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo prevista no artigo 5.º inciso LXXVIII da constituição. Reinterpretação da Súmula 52 à luz do novo dispositivo[58](grifo nosso).

Há por parte do Supremo Tribunal Federal, desconsideração, dependente do caso concreto, das Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, buscando dar cumprimento à garantia constitucional do princípio da razoabilidade, senão vejamos:

> HABEAS CORPUS, PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREJUDICIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
>
> Evidenciado que a prisão preventiva do paciente perdurara por mais de dois anos e cinco meses, sem que a defesa tenha concorrido para esse excesso de prazo, a decisão pela prejudicialidade da impetração, face à superveniência da sentença de pronúncia traduz situação expressiva de constrangimento ilegal.
>
> Ordem concedida[59].

[58] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Recurso em Habeas corpus 20566-BA. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Recorrente: Rivanio Pires Rocha. Advogado: Miguel Cordeiro Aguiar Neto. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 25 jun. 2007, p. 300.

[59] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 86980-SP. Relator: Ministro Eros Grau. Partes: Hadeilton Domingos de Faria, Thais Pires de Camargo Rego Monteiro. Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, 27 out. 2006, p. 372.

Na mesma esteira de raciocínio o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem decidido:

> [...] O prazo para conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos[...] (STJ. HC 352.061/RS Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)
>
> [...] 2. O indeferimento fundamentado da produção de prova irrelevante e impertinente ou protelatória para julgamento da causa não constitui cerceamento de defesa, mas providências coerente com o devido processo legal e com o prazo razoável de duração do processo, máxime porque o magistrado deve fiscalizar a estratégia processual adotada pelas partes e velar para que a relação processual seja pautada pelo princípio da boa-fé objetiva.
>
> 3. O indeferimento de perícia considerada desnecessária é ato norteado pela discricionariedade regrada do juiz, consoante o disposto no artigo 184 do CPC [...] (STJ, HC 142.836/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016)[60].

Os Tribunais estaduais, num desejo de adequar o prazo de duração razoável de um processo, a exemplo dos Tribunais superiores, têm decidido no mesmo sentido:

> ROUBO TRANSCURSO DE MAIS DE SEIS ANOS ENTRE O FATO E A SENTENÇA. PROCESSO SIMPLES SEM COMPLEXIDADE, ABSOLVIÇÃO.
>
> 1. O tempo transcorrido, no caso em tela, sepulta qualquer razoabilidade na duração do processo e influi na solução final do fato e denúncia ocorridos há quase sete anos. O processo, entre o recebimento da denúncia e a sentença demorou mais de cinco anos. Somente a intimação do Ministério Público da sentença condenatória tardou quase cinco meses. Aplicação do

[60] TALON, Evinis. STF: o habeas corpus e a duração razoável do processo. Jusbrasil [site]. 2018.

> artigo 5.º, LXXVIII sem complexidade a justificar a demora estatal.
>
> 2. Vítima e réu conhecidos, réu que pede perdão à vítima, já na fase policial; réu vítima e testemunha que não mais se lembram dos fatos".
>
> 3. Absolvição decretada.
>
> RECURSO DEFENSIVO PROVIDO[61].

2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA INFLUÊNCIA NA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SUA CELERIDADE

Nesta seção aborda-se sobre a contribuição favorável e desfavorável do membro do Ministério Público em relação à regularidade processual, considerando a sua atuação desde o oferecimento de peça acusatória até o trânsito em julgado da decisão, pois me matéria penal a atuação de tal órgão tem caráter de obrigatoriedade.

Como função institucional cabe ao Ministério Público, entre outras atribuições, agir de maneira a não ser promotor da quebra da garantia constitucional da duração razoável do processo e de sua celeridade, evitando, para tanto, promover dilações desnecessárias no processo. Como garantidor do objeto do processo deve evitar fazer requerimentos que não irão produzir efeitos positivos ao processo, pois a efetividade deste depende da observação do bom senso do Parquet, uma vez que o receio do insucesso no processo produz uma ânsia, no sentido de requerer diligências desnecessárias.

Referenciando sobre a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro, nos escreve Nicolitt:

[61] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal nº 70019476498-RS Apelante: José Heberson Rodrigues dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 14 de junho de 2007.

> Com efeito, o membro do Parquet e o juiz, respectivamente na atuação e na direção do processo devem evitar, o primeiro a insegurança que leva à falta de critérios e o segundo, a falta de cuidado e de independência, pois muitas vezes se deferem diligencias inúteis para não ferir suscetibilidade, dada uma estranha promiscuidade de funções que acaba por existir, as vezes, entre Ministério Público e juiz[62].

O Ministério Público, em razão de suas atribuições institucionais concedidas pelo ordenamento legal brasileiro, estando incumbido, para tanto, do dever de velar: pela ordem jurídica, pelo Estado Democrático e pela boa administração da justiça, acrescendo, ainda, o dever funcional de dar agilidade no que diz respeito a sua função, ao andamento do processo. Em razão da atuação do Estado na prestação jurisdicional.

Há, no entender da doutrina, motivos diferentes a justificar as dilações processuais que comprometem a razoável duração do processo e uma condução célere deste. As primeiras são de origem estrutural (organizativas), que estão representadas pela sobrecarga de processos, varas únicas em Comarcas com população que justifica a criação de outras, a segunda está fundamentada na deficiência da condução dos processos pelos juízes e tribunais[63].

Caso haja patente demonstração da violação à garantia da razoável duração do processo, causando danos diversos ao jurisdicionado, não há previsão no ordenamento brasileiro sobre responsabilidade do Estado. Há previsão para ressarcimento de danos no âmbito administrativo com fundamento no artigo 37, §6.º da Constituição Federal:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que

[62] NICOLLIT, 2019, p. 147.
[63] NICOLLIT, 2019.

> seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa[64].

No entanto, há previsão para reparação de danos no âmbito da jurisdição em sentido amplo e estrito, nesse caso o Estado responde apenas no caso de erro judiciário, na forma do artigo 5.º, inciso LXXV da Constituição Federal, *in verbis:* "O estado indenizará o condenado por erro judiciário [...]"[65].

A regra que determina a reparação de dano, por atos jurisdicionais por parte do Estado está defasada, não corresponde com a condição de Estado Democrático de Direito, pois o Estado limita tal reparação apenas no caso de erro judiciário. A justificativa dessa desatualização está baseada na independência do juiz. Nesse caso só poderá haver ação de regresso contra o causador, depois comprovada fraude ou dolo do magistrado, conforme se infere do art. 37, §6º da Constituição Federal, em vigor[66].

3 INSTRUMENTOS E ÓBICES À CELERIDADE

Conforme intitula nesse capítulo, busca-se evidenciar e apontar os problemas, no que se refere aos entraves à celeridade processual e identificar soluções possíveis, para tal impasse.

Continuando a discorrer sobre o tempo razoável do processo que nada mais é do que assegurar a celeridade processual. Bem nos afirma Bedaque, há necessidade de avaliar três grandes obstáculos a serem superados com o escopo de promover a celeridade processual e consequentemente encontrar um prazo razoável de duração

[64] BRASIL, 1988.
[65] BRASIL, 1988.
[66] NICOLITT, 2019.

para o processo: "o primeiro está relacionado à pobreza, que impede o acesso à informação adequada, o segundo refere-se aos interesses de que aos denominados "coletivos ou difusos"[67]. Por fim, depara-se com os óbices decorrentes da insuficiência do processo litigioso para a solução de determinadas demandas.

Pode-se dizer que há um movimento destinado a eliminar esses obstáculos ao que se denominou: "ondas renovadoras do direito processual". Neste contexto fica claro que o "formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se.[68]" O mais preocupante, contudo, e constatar que o problema maior a ser enfrentado, embora, ainda não solucionado, é a morosidade do instrumento estável na solução de conflito, o que acaba comprometendo sua eficácia prática. Fica assim identificado que a doutrina vem procurando eliminar os óbices, buscando demonstrar ser o emprego inadequado da formalidade, um dos responsáveis pela demora do processo, além do rigor formal a ele imposto.

Com o Novo Código de Processo Civil foram elaboradas seis diretrizes as quais trouxeram melhoras significativas para celeridade processual[69]. Baseado nos pensamentos do Nicolitt[70], entende-se:

1. Majoração do ônus financeiro do processo visando uma diminuição de demandas.

[67] CAPPELLETTI; GARTH, Bryant, 1988, apud BEDAQUE, 2010, p. 22.
[68] BEDAQUE, 2010, p. 25.
[69] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
[70] NICOLITT, 2014.

2. Promover um incidente de coletivização, nos julgamento ou demandas de causas múltiplas, típicas da sociedade contemporânea, nos Tribunais de segunda instância.

3. Passou a vigorar uma redução de recursos no Novo Código de Processo Civil, pra conferir assim uma maior celeridade à prestação jurisdicional, respeitando os princípios da segurança jurídica e do contraditório.

4. Inovação de um procedimento único para a fase de conhecimento do processo.

5. Autorização ao magistrado para julgar liminarmente com base em posicionamentos de súmulas.

6. Maior importância para conciliação e mediação como meio para soluções de controvérsias.

Sendo assim identifica-se que a efetividade está representada pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a celeridade processual, o que obriga, para tanto, a presença de um instrumento estatal destinado a fornecer uma tutela jurisdicional concernente aos anseios da coletividade. Pode-se dizer que é ilusório em pensar apenas a promoção unicamente da celeridade processual promove a efetividade do processo. Cuida-se para que a busca da celeridade não venha a comprometer a segurança jurídica. Sendo esta priorizada como valor essencial ao processo justo. Neste contexto fica claro que para se prestar uma jurisdição adequada e célere, haverá necessidade de flexibilizar as exigências formais compatibilizando a celeridade e um processo justo à natureza instrumental do processo judicial. O mais preocupante, contudo, é que há dois valores a serem observados: a forma do processo e o objetivo a ser alcançado. Como apontado anteriormente o último deve

ser priorizado, desde que para tanto, não afete a segurança e a liberdade, pois o rigor formal deve ser abandonado quando comprometer os objetivos do processo, considerando a manutenção de valores outros assegurados, dentre eles a celeridade processual e o devido processo legal.

Em seu artigo 319 do Novo Código de Processo Civil aduz:

> O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, incumbindo-lhe:
>
> I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
>
> II – velar pela duração razoável do processo;
>
> [..][71]

Portanto a lei assegura a razoabilidade do tempo do processo em seu curso, visando que a satisfação dos conflitos entre as partes sejam, o mais breve, sanadas resolvendo quaisquer dúvidas ou atos desnecessários[72].

Infelizmente a realidade que envolve o sistema judiciário é de lentidão e morosidade, em sua essência, a realidade do dia-a-dia é dura e severa quanto ao cumprimento eficiente dos atos processuais em tempo hábil sentenciando o jurisdicionado perpetuando a sua tutela pelo Estado-juiz.

Verifica-se ainda que os operadores do judiciário não são totalmente ilesos dessa morosidade, pois o sistema jurídico funciona através de pessoas, e por elas também é regulado o serviço à população. Gira em torno do servidor uma famosa estabilidade, a qual gera agentes que exercem suas atribuições de forma meramente burocrática e de uma lentidão assustadora para o meio jurídico, além disse há carência de servidores para satisfazer o acúmulo de processos que se empilham ao

[71] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.
[72] NERY JUNIOR; NERY, 2019.

longo de anos e até décadas que favorece a falta de celeridade processual, deparamos ainda com uma estrutura dos órgãos que envolvem o Poder Judiciário, gritando por mudanças, para terem uma tecnologia de ponta, por promoverem aos servidores treinamentos específicos, objetivando satisfazer o meio e fim processual, para que assim se obtenha no atendimento às demandas agilidade, celeridade e cooperativismo visando um aumento gradativo de maneira rápida e simultânea para a satisfação que envolve a celeridade processual[73].

Não é exagero afirmar que o processo não se refere unicamente às partes, uma vez que uma contenda judicial afeta a sociedade como um todo, pois ela é a fomentadora, por meio de impostos, da manutenção econômica do Poder Judiciário. Poderia ainda, as decisões judiciais influenciar por meio da jurisprudência e servir de orientação para outras demandas, o que acaba por influenciar na própria segurança das relações jurídicas que refletem no meio social que anseia por uma justiça segura, justa e célere. Isso porque a garantia à tutela jurisdicional efetiva é extraída do modelo constitucional do processo e das garantias asseguradas, entre elas a garantia do prazo razoável de duração, que no mesmo contexto constitucional, determina que o Estado, haverá de buscar meios para promover a celeridade processual.

No entanto, necessita-se avaliar uma questão em particular, não se pode olvidar a existência que temos dois princípios, que inicialmente são opostos: quando sejam, o princípio da segurança jurídica e o da celeridade, não devendo, no entanto deixar procrastinar a decisão final, mas avaliar e identificar a forma para a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando, que nem o

[73] NICOLLIT, 2014.

processo se estenda além do prazo razoável, e também não seja comprometido a ampla defesa e contraditório[74].

3.1 DEMONSTRATIVO REAL DE ÓBICES PROCESSUAL

Apresenta-se nesse subtópico os entraves causadores da morosidade processual, que podem durar anos, até que se consiga um desembaraço e consequentemente possa alcançar a pretensão deduzida. Segue abaixo exemplo de dois processos físicos analisados um tramitado na Vara Cível, Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante – DF e outro tramitando na Goiás 1º Vara Criminal , Crimes dolosos contra a vida e execução Penal.

Processo número – 2013.11.1006325-3 - Ação Monitória

Enganos que podem ocorrer por uma simples falta de atenção ou por uma inabilidade técnica inicial de um servidor.

1. .. Não consta nos autos da Ação Monitória um instrumento procuratório que atende as formalidades legais, exigidas para validar a representação do Autor do feito, uma vez que foi assinada por pessoa diversa da que consta no Contrato Social da empresa requerente. (conforme anexo)

2. .. A empresa ré apontada nos Autos da Ação Monitória tem atividade comercial diversa conforme apontada na Impugnação da Ação. (anexo).

3. .. endereço fornecido nos autos da ação para a respectiva citação do réu diverge totalmente do endereço da empresa ré, requerido um

[74] NICOLITT, 2014.



novo endereço ao autor da ação, novamente este fornece endereço diverso, por repetidas vezes ocorre o mesmo fato< chegando inclusive a indicar o endereço da pessoa física, embora essa pessoa nunca fez parte da sociedade empresarial apontada.

4. .. Há uma inobservância quanto ao nome empresarial para o nome correto da empresa ré, esta não tomando conhecimento, pela diversidade de endereços apresentados, gerou a necessidade de citação por edital e posteriormente a nomeação de curador de ausentes, o que provocou uma demora maior na condução do feito, criando assim, um enorme óbice na duração e celeridade processual.

Além destes erros observa-se vários outros como: idas e vindas do processo, tempos de espera nos escaninhos gerando assim uma demora processual enorme prejudicando o réu em sua vida empresarial e civil como demonstram os apontamentos em anexo.

Processo número 2005 0386 6746 - Homicídio Simples

Encontra-se na seara desse processo criminal do Estado de Goiás, uma morosidade de anos, chegando a ser desrespeitoso com a dignidade humana por parte do Estado. Denunciado o réu por homicídio simples, mesmo este tendo agido em legitima defesa de outrem. O fato ocorreu em maio de 2001, instaurando-se inquérito policial no mesmo mês e ano finalizado em julho de 2001.

o Ministério Público denunciou o réu em 21 de Julho de 2001, mas tal denúncia só foi recebida pelo o juiz daquela Comarca em abril de 2006. Sendo o réu citado uma única vez no mês de março de 2006, não sendo encontrado no endereço constante dos autos, pois havia se mudado para o Estado do Tocantins, segundo

vizinhos, e de igual modo citado por edital uma única vez, com um erro gritante pois o edital foi publicado em Jornal de circulação do Estado de Goiás.

Ocorrendo a audiência de instrução e julgamento sem a presença do réu no dia 23 de outubro de 2006. Audiência que foi decretada sua prisão e a suspensão prescricional. Houve erro na decretação da prisão, pois o réu não tinha conhecimento de tal citação, uma vez que se encontrava em estado diverso, e o judiciário tinha conhecimento de tal fato.

Em 2016 foi expedido carta precatória de mandado de prisão para a justiça do Distrito Federal, que devolveu o mesmo para a Comarca do juiz deprecante, no Estado de Goiás, sem o cumprimento da mesma. No entanto, em 15 de outubro de 2018, o réu foi preso preventivamente, na cidade de Campos Belos GO, ao tentar tirar um documento junto ao judiciário local. Foi solto por habeas corpus no mês de março de 2019, está sem saber, no entanto, quantos anos será ainda sua saga processual que já tem completos 18 anos .

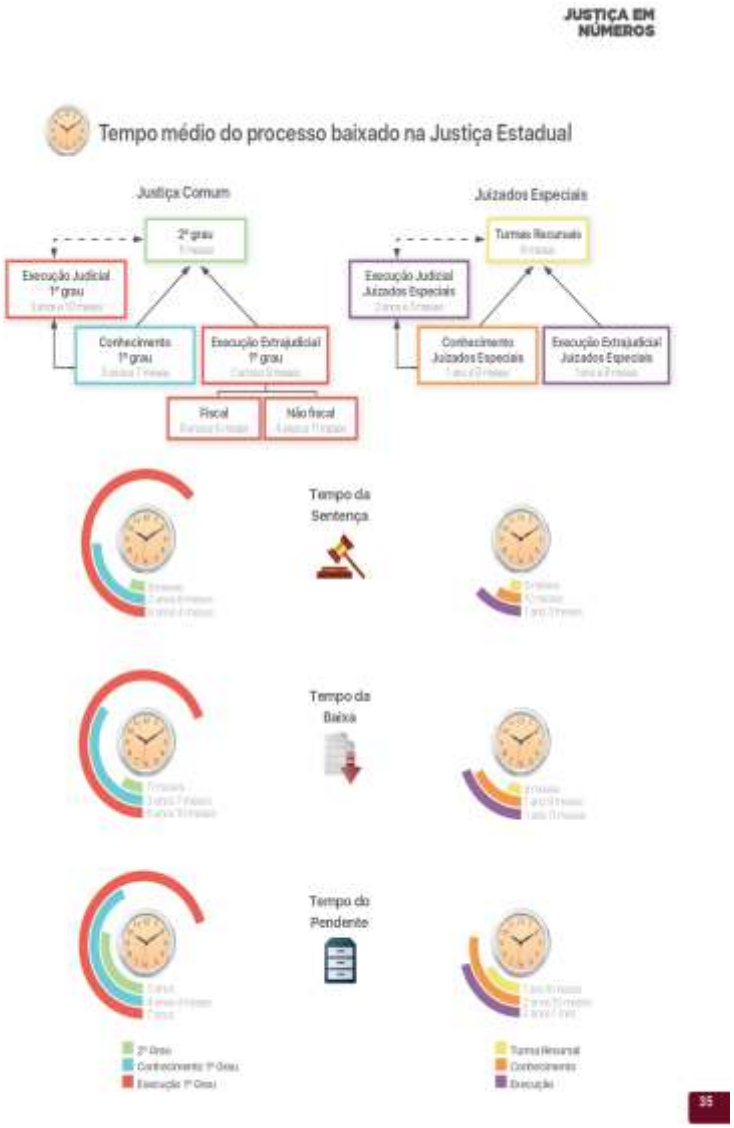
4.2 DEMONSTRATIVO ANO DE 2018: JUSTIÇA EM NÚMEROS - CNJ

O ano de 2017 foi sem dúvida um ano de crescimento para o Poder Judiciário, no que tange a celeridade processual; historicamente 2017 foi o ano com menor crescimento físico de Processos na Justiça brasileira, comparando-se com os últimos 9 anos. Durante o ano de 2017 ingressaram 29,1 milhões de novos processos e foram baixados 31 milhões houve uma queda de 1% em relação a 2016. Desde 2009, em 2017 foi a primeira vez que o volume de processos baixados superou a marca de 30 milhões de casos solucionados.

Mesmo verificando esse aumento e uma maior celeridade processual o estoque de processos não reduziu, temos um acumulado de 80 milhões de processos tramitando entre os 91 tribunais brasileiro, mesmo o índice de atendimento à demanda chegando a ordem de 106%, manteve-se a quantidade de processos praticamente, constante.

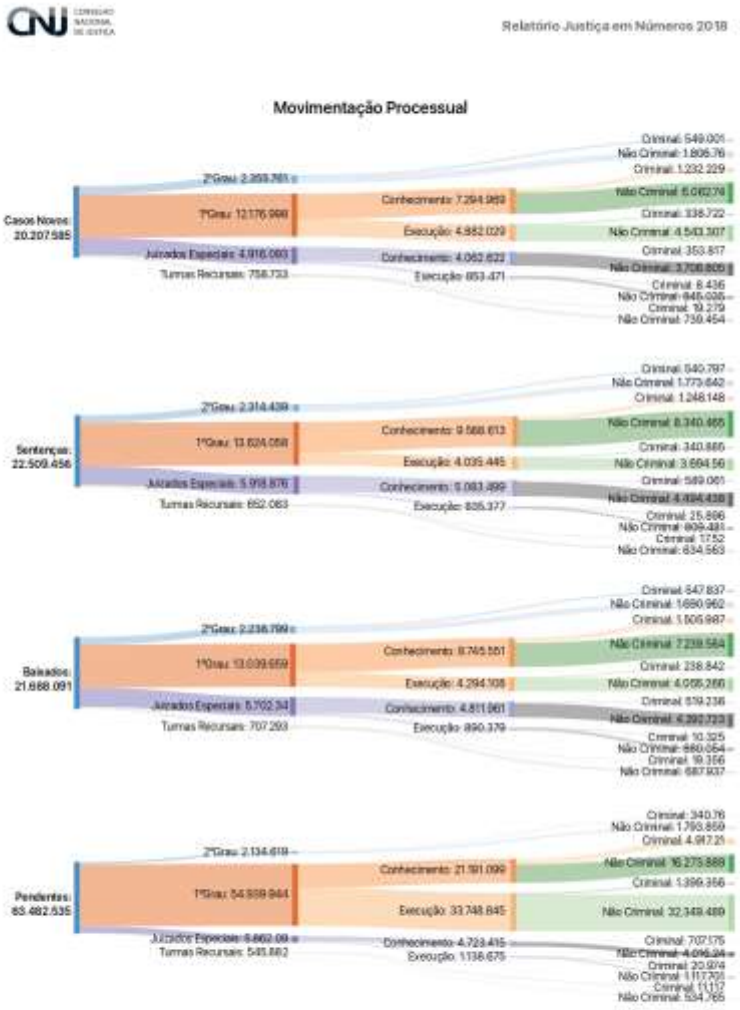
Há muito ainda o que fazer, para um escoamento e uma tramitação mais célere dos processos que se acumulam, já podemos enxergar uma pequena luz ao fundo, mesmo que ainda ofuscada. A seguir apresenta-se uma demonstração de gráficos do Conselho Nacional de Justiça sobre a tramitação dos processos e seus progressos e crescimentos no decorrer dos anos. Sabendo que ainda temos, todos os operadores do direito, muito a trilhar para que a sociedade tenha um atendimento célere, seguro e com uma resolução que não prejudique ao jurisdicionado e nem o Estado, bem como o aplicador do direito.[75]

[75] BRASIL, CNJ 2018.



76

[76] CNJ, 2018.



36

77

[77] CNJ, 2018.

3.3 PESQUISA DE CAMPO E DADOS ESTATÍSTCOS

A pesquisa de campo permitiu demonstrar alguns óbices à morosidade e a celeridade processual. Diversos são os entraves que interferem no funcionamento dos cartórios judiciais, alguns relacionados com os servidores e outros relativos ao aspecto organizacional na estrutura do judiciário local, onde a pesquisa física abrangeu varas judiciais cíveis e criminais em diversas circunscrições judiciais, do Distrito Federal.

Apresenta-se alguns exemplos da pesquisa em forma de gráficos, sendo que os demais estão em anexo do presente trabalho.



Pesquisa realizada com o Diretor de Secretaria



Pesquisa realizada com o Diretor de Secretaria



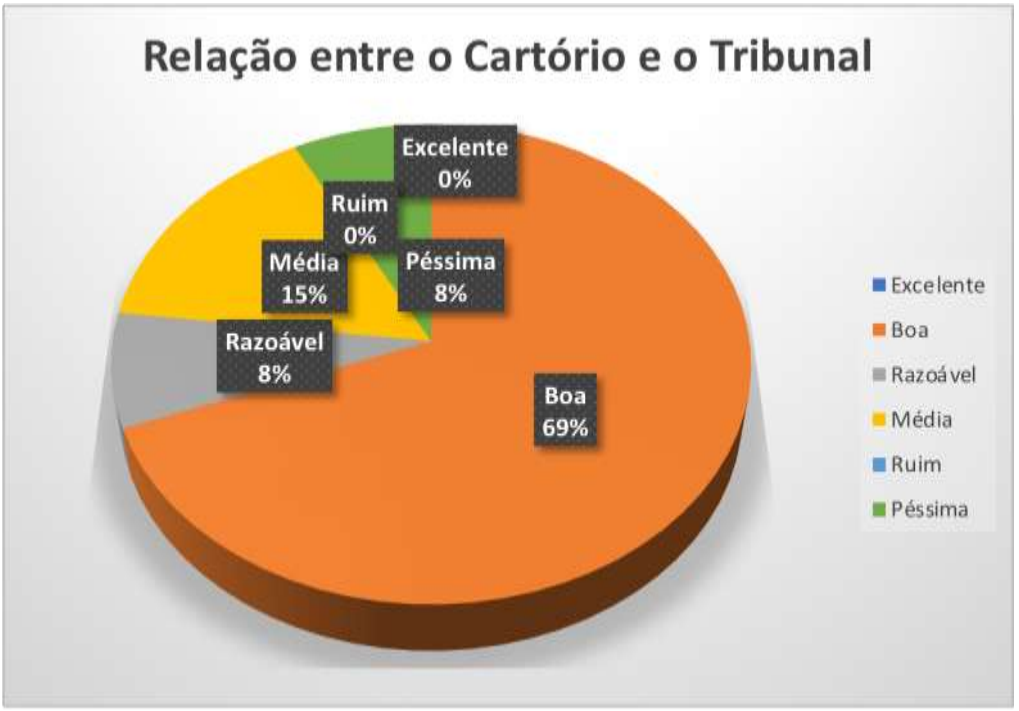
Pesquisa realizada com o Diretor de Secretaria

1 – Em relação ao serventuário (auxiliar do cartório) pode-se afirmar que a sua falta de conhecimento técnico, para a classificação documental nos cartórios judiciais, no momento da autuação, promove a morosidade no andamento do processo, em decorrência de retorno para adequação e ajuste?

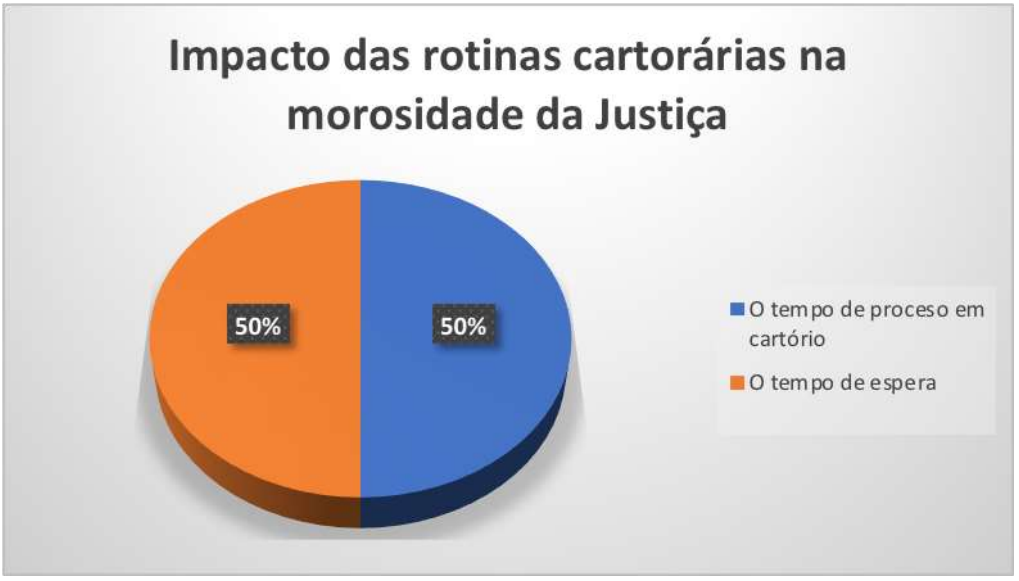
"Certamente o retrabalho é um dos grandes responsáveis pela demora na tramitação dos feitos judiciais".

2 – Há necessidade de um curso de formação prévia ao exercício da função?

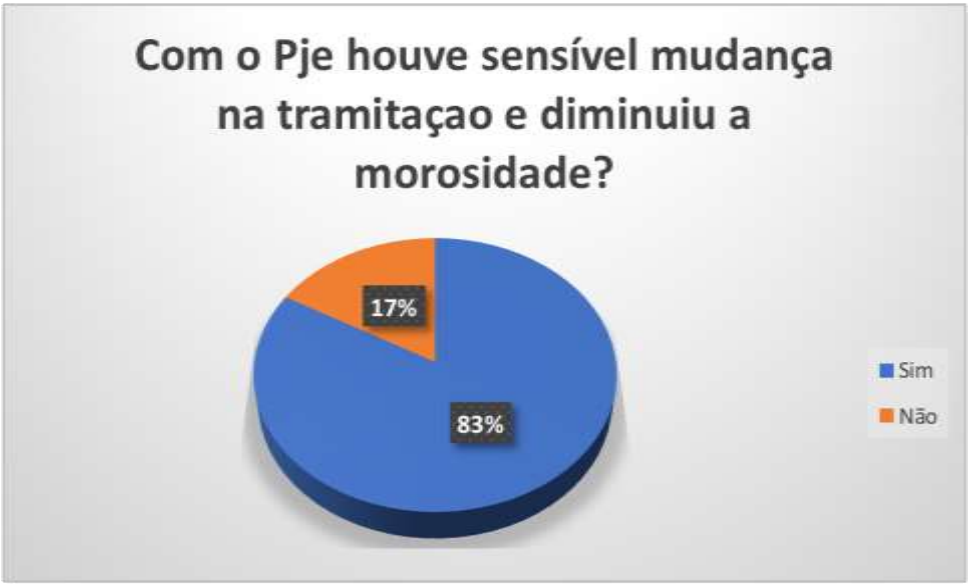
"Seria interessante que os servidores chegassem com um conhecimento mínimo, mais homogêneo dos procedimentos, mas não é indispensável".



Pesquisa realizada com serventuários



Pesquisa realizada com serventuários



Pesquisa realizada com serventuários

4 PROCESSO ELETRÔNICO, UM NOVO MUNDO JURÍDICO

Com o avanço da tecnologia houve a necessidade de implementar e aplicar esse avanço, também no mundo jurídico que, em razão do aumento da conscientização da população em buscar o amparo do poder judiciário para solucionar os conflitos existentes, exige a urgente implementação da tecnologia, para além de prestar uma jurisdição em quantidade maior, promover a celeridade e consequentemente adequar-se à garantia constitucional da razoável duração do processo.

O tempo do processo tem uma importância vital nos tempos modernos que vivemos a era da informática, da internet, da web, do e-mail, tudo em uma "velocidade luz", como continuar com a velha máquina portátil, e as pilhas e pilhas de papéis, um acumulo de pastas infinita nas mesas dos advogados, dos magistrados nos Tribunais, seja qual instância estiver tramitando o processo.

Um novo mundo se abriu com a Lei 11.419 de 12 de dezembro de 2006, agora de qualquer lugar poderá peticionar, sentenciar, citar, intimar, um novo caminho, uma nova etapa em buscas de soluções rápidas, de celeridade processual, agora com um simples clicar de botões os operadores do direito fazem funcionar a máquina do Sistema Judiciário[78].

O tempo do processo tem uma importância vital. Sites jurídicos especializados trazem uma gama de informações, que nos servem de auxílio, para formulação de peças processuais. O que dá ao profissional um meio seguro e célere

[78] NICOLITT, 2014.

de obter as informações necessárias sobre os andamentos processuais sem ter que sair do seu escritório, utilizando apenas um "*click*" de mouse em seu computador.

Verifica-se também que o novo no início assusta, causa desconfiança a familiarização com a tecnologia leva um tempo para acontecer, passa-se por momentos de adaptações, de acertos e de aceitação.

A celeridade processual tem esbarrado não somente nesse tempo, mas também na construção de tecnologias que permitam ao jurisdicionado obter uma resposta tempestiva e efetiva, um posto de equilíbrio de difícil alcance, pois a sociedade meda, o próprio direito muda, por isso há uma maior dificuldade de estruturação do estado para atender a todos de forma efetiva.

Como bem nos asseguram Nelson e Rosa Maria Nery:

> A cultura globalizada deu maior visibilidade às vantagens e desvantagens, acertos e equívocos dos poderes públicos em virtude da exposição a que eles estão sujeitos, situação que é decorrente da transparência própria da democracia. Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que no processo o tempo é algo mais do que ouro, é justiça, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc[79].

Portanto, em um segundo momento, abordaremos com mais profundidade sobre os benefícios e os poucos entraves que foram identificados na substituição das pilhas de papéis para modernos computadores e um mundo virtual com assinaturas

[79] NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 14.

virtuais e seguras, onde não se corre o risco de perder uma folha escrita essencial àquele processo.

Mesmo considerando um que a celeridade processual, é um problema e que ainda estamos distantes de alcançar um meio em que tudo se equilibre de forma justa e pertinente a atender uma sociedade que anseia por um Sistema Jurídico justo, conseguimos identificar que já se obteve um alcance considerável com os novos liames do Novo Código de Processo Civil.

No tocante às mudanças implementadas, embora de forma lenta, conforme explicitado anteriormente, há uma considerável mudança que, ainda, em via de implementação já traz grandes benefícios tendentes a viabilizar a celeridade na tramitação do processo e na duração razoável de seu tempo. Estamos falando do processo eletrônico, cujo tema será abordado posteriormente, no decorrer deste trabalho, onde será enfatizado as suas benesses.

Enfatiza a necessidade de adequação do operador do direito aos reclames da tecnologia. Alega que se não houver adequação do operador do direito com o que há de mais moderno, tecnologicamente falando, terá dificuldade em se enquadrar nas atividades forenses. As dificuldades estarão estampadas, desde a interpretação de uma lei ajustando-a as novas situações, para a sua correta aplicação, criando entraves na transformação social. Adequando-se às transformações que ocorrem no dia a dia.

Sheila Leal, nas palavras de Nicolitt, diz que hoje em dia, não há mais separação geográfica que isole os povos, pois a conexão nas redes da internet fez com que ocorresse um inter-relacionamento causando uma interdependência que tornou,

por meio da globalização, o mundo em um ambiente comum, sem fronteiras geográficas[80].

Ante ao progresso tecnológico que abarca o planeta e a real necessidade de adequação a essa nova maneira de viver, obriga a todos: homens, empresas privadas e públicas, bem como os órgãos estatais a se inserirem no contexto da informática. Com apoio nesse pensamento afirma-se que o direito não pode ficar alijado dessa maravilha tecnológica eficaz e grandiosa ferramenta que é a rede mundial de computadores. Nessa linha de pensamento aduz Henrique Abrão, citado por Marcos Patrick: "a principal virtude do processo eletrônico é a de permitir não apenas o acompanhamento de etapas e fases procedimentais, mas, sobretudo, priorizar a velocidade compatível com a natureza do litígio[81]".

A adequação do direito deve ocorrer em razão da evolução do tempo, cuja realidade é a de um mundo digital, inquestionavelmente presente na vida de todos. A dependência dos recursos tecnológicos provocou além da necessidade de adequação a necessidade de atualização em termos de equipamentos, programas de informática e capacitação técnica individual e coletiva,

Uma demonstração da evolução tecnológica, no que pertine a aplicação no âmbito do direito, faremos uma breve síntese da evolução, tanto na criação de leis, quanto dos programas a serem aplicados na condução dos processos, a saber:

1.º - A lei do fax, Lei n.º 9.800 de 26 de maio de 1999, foi criada objetivando integrar a evolução tecnológica à operação do direito visando à atualização,

[80] LEAL (2007) *apud* Nicolitt, 2014.

[81] BARROSO, Marcos Patrick Chaves. Processo judicial eletrônico: Lei 11.419/06. Desafios em sua implantação. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 17, n. 129, out. 2014.

aprimoramento da prestação jurisdicional. Embora tal lei não tenha permitido grandes alterações para a questão do processo judicial, pois não isentou da apresentação do documento original criando nesse caso uma dilação do prazo:

> De acordo com Almeida Filho, (2008, p. 24). 'ao contrário, transformar-se em verdadeira chicana processual, a fim de se ganhar mais cinco dias, diante da necessidade de protocolo do original no aludido prazo'[82]

2.º - Com advento da Lei n.º 10.259 de 12 de julho de 2001 que teve como escopo disciplinar o Juizado Especial Federal, veio um avanço para a época, expressivo no campo do uso do meio eletrônico em seu processamento. Entre eles estão: intimação das partes, o recebimento de petições conforme estatui o § 2.º do artigo 8.º, § 2.º: "os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico"[83].

Com isso observou-se a necessidade de criar mecanismos para viabilizar tal implementação, para tanto estatuiu o artigo 24 da respectiva lei:

> O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais criarão programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados e promoverão cursos de aperfeiçoamento destinados aos seus magistrados e servidores[84].

A Justiça Federal, como determinado em lei, criou o sistema de nome: "E-Processo" que ficou conhecido como "E-poc", direcionado para o Juizado Especial. No entanto, com o intuito de cumprir as determinações legais o TRF5 desenvolveu um sistema mais completo que dava mais segurança ao jurisdicionado e ao Poder

[82] BARROSO, 2014.
[83] BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 2001. Seção 1, p. 1.
[84] BRASIL, 2001.

Judiciário. Tal sistema foi balizado com o nome de "PJe". Diante de sua eficácia o CNJ – Conselho Nacional de Justiça acolheu tal programa, por sua interatividade de segurança, em todos os órgãos do Poder Judiciário, excluindo os da Justiça Eleitoral e Militar[85]

Persistia a ausência de confiança na autenticidade e identificação do documento, pois o cadastramento dos usuários era feito no próprio site do Juizado. Na tentativa de sanar essa dúvida o legislador ordinário criou a Lei n.º 11.280 de 26/02/2006, inserindo um parágrafo único no artigo 154 do CPC, com o intuito de validar tais documentos por meio do ICP-Brasil, senão vejamos:

Os tribunais no âmbito da respectiva jurisdição poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meio eletrônico, atendendo os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperalidade da infraestrutura Brasileira – ICP Brasil.[86]

Numa evolução constante, buscou o Legislador criar diversas leis para fomentar o Poder Judiciário de meios para promover a celeridade na tramitação dos processos, bem como da busca de um razoável prazo de duração do processo, Dentre elas citamos:

a) Lei 11.341, de 7 de agosto de 2006, que inseriu no CPC nova redação ao artigo 541, para permitir que em caso de recurso especial ou extraordinário, possa o recorrente demonstrar, em caso de dissidio jurisprudencial, a prova da divergência por meio de julgados disponíveis na internet.

[85] BARROSO, 2014.
[86] BARROSO, 2014.

b) Criação da Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que veio permitir a utilização da penhora eletrônica (artigo 665-A) do leilão online (artigo 869).

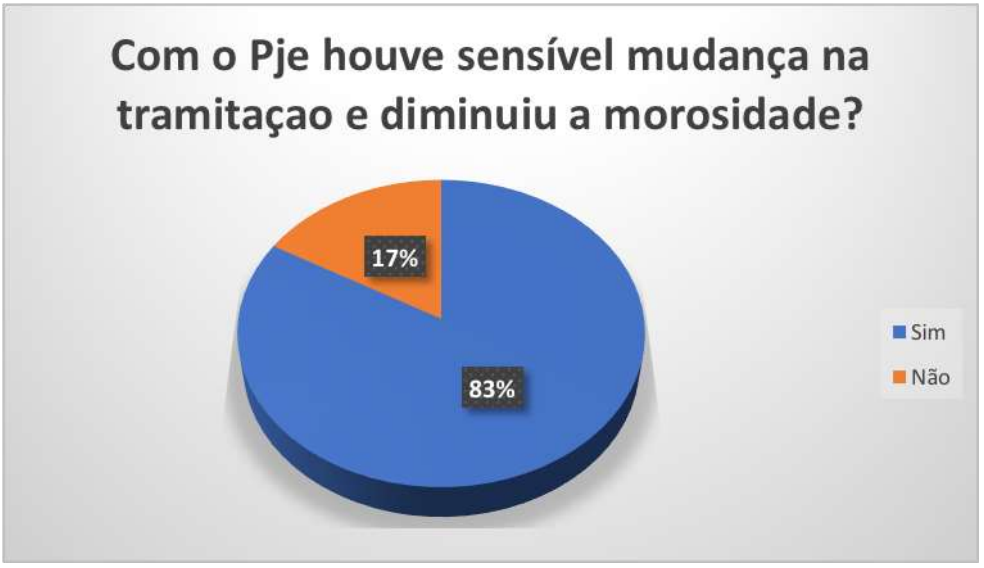
Ante o fracasso das leis anteriores, foram então criadas novas leis para dirimir os conflitos e dar ao Poder Judiciário, maior segurança e facilitar as ações dos Poderes: Legislativo e Executivo, no que diz respeito a tramitação processual.

Com os dissabores, dúvidas e contradições das leis anteriores procurando meios para dar eficiência e acelerar a tramitação segura nos processos acumulados nos tribunais do país incluindo no processo judicial os atos de comunicação processual: citação, intimação e notificação, foi editada a Lei n.º 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Esta Lei tem o escopo de ser aplicada em todos os processos judiciais: cíveis, penais, trabalhista e juizados especiais.

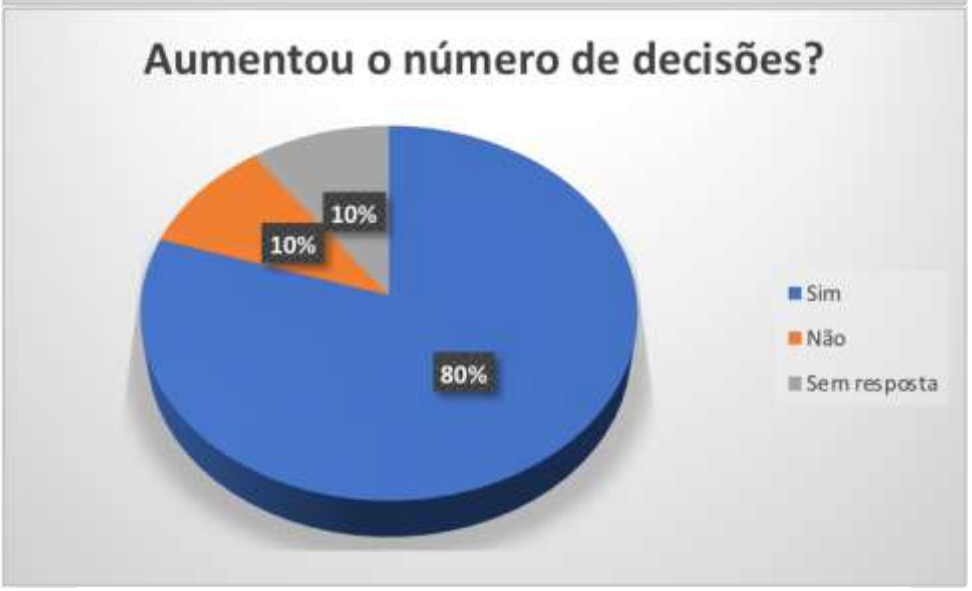
> Pedro Calmon, em comentário sobre a informatização dos processos:
>
> A máquina trabalhará pelo homem (...) Nunca mais se ouvirá falar do calhamaço de papéis que se convencionou chamar de autos. Não se verá mais as capas, rosas, azuis ou amarelas, as tarjas vermelhas, e, em especial não se verá mais a velha costura de linha de algodão que amarravam, não só os papéis, mas os diversos volumes que muitas vezes formam os autos de processos complicados e eternos. Será uma enorme economia de papel, de tinta (hoje toner), de grampos e de fotocópias. Será economizado, também, o transporte dos autos até os tribunais. Não se falará mais de busca e apreensão dos autos. Acabará, também a disputa entre as categorias em busca de privilégio da vista pessoal dos autos. Todos terão acesso à íntegra dos autos e a todo momento (...) não mais se sentirá o aperto nos corredores amontoados de advogados diante do balcão da vara aguardando ansiosamente para serem atendidos por um servidor público que corre para todos os lados tentando dar conta de suas tarefas[87].

[87] WAGNER JÚNIOR, 2008, p. 78-79.

Em pesquisa de campo, realizada no Núcleo Controle, Atualização, Implantação e Treinamento do Processo Judicial Eletrônico – PJE do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, observou-se nos elementos componentes da pesquisa que tal sistema tem melhorado, e muito, a prestação jurisdicional no que tange ao prazo razoável de duração e a celeridade em sua tramitação. O resultado de tal pesquisa está elencado nos gráficos a seguir expostos.







Além dos dados estatísticos obtidos, verificou-se por meio de respostas fornecidas, pelos entrevistados, que o Processo Jurídico Eletrônico - PJe tem exercido influência sobre a prestação jurisdicional na atualidade, senão vejamos:

1. .. Com a implantação do PJe. Houve uma sensível mudança na tramite atribuição dos processos. Consequentemente diminuiu a morosidade processual?

   R – Sim, embora ainda esteja em implementação e adaptação, já se sente uma maior celeridade com os autos eletrônicos.

2. .. A classificação documental na formação do processo sofre diminuição nas varas?

   R – Não. A diferença é que o serventuário utiliza o sistema eletrônico promovendo melhor agilidade. Todavia, a classificação documental permanece a mesma, só que tudo feito dentro do sistema eletrônico.

3. .. número de decisões amentou? Se não a que atribui tal inércia?

   R – Na verdade, a procura pela prestação judiciária continua crescente, só que as decisões estão mais céleres, pois sem os autos físicos o processo tramita mais rapidamente, portanto, as decisões também acompanham esse rito.

4. .. Qual a sua avaliação pessoal sobre o novo sistema PJe.?

   R – Creio que o PJe seja muito benéfico para o processo de uma maneira geral, tendo em vista que gera maior economia, celeridade, semk abrir mão da segurança jurídica, mesmo que ainda não esteja operando 100%.

5. .. Há equipamentos suficientes para os serventuários atuar no processo?

R – Sim. Os equipamentos disponibilizados aos serventuários são adequados, bem como podem contar com um bom suporte em TI (tecnologia da informação).

6. .. Os serventuários estão capacitados para atuar no processo em todas as fases?

R – Como o sistema PJe ainda não está totalmente em operação, os serventuários estão sendo capacitados gradativamente, a medida em que o sistema vai sendo implantado em todas as áreas.

7. .. Os juízes se tornaram mais independentes após a implantação do PJe.?

R – Com relação a prestação jurisdicional não houve mudança. Todavia, com a implantação do sistema eletrônico eles também tiveram que se adaptar e passar por treinamento

Seque no Anexo pesquisa original.

CONCLUSÃO

O processo administrativo e judicial brasileiro têm, tradicionalmente, uma demora que, embora prejudicial ao administrado e jurisdicionado, é por eles tolerado, mais como tradição, pois referida demora causa prejuízos de ordem patrimonial e moral. Tal prejuízo não está adstrito ao usuário do sistema, atinge também os poderes constituídos, encarregados do processamento.

Com o intuito de dar proteção ao usuário, evitando dissabores em sua vida, a Emenda Constitucional 45 de 2004, inseriu no artigo 5.º da Constituição Federal, Capítulo dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o inciso LXXVIII,

garantindo um prazo razoável de duração dos processos, no âmbito administrativo e judicial, bem como afirmando que o Estado deverá buscar meios que acelere a tramitação destes.[88]

Os poderes da República têm exercido papel fundamental na normatização e funcionamento dos órgãos instituídos. A separação entre eles delimita a atuação de cada um deles, embora tal separação não pode prejudicar a harmonia que deve pairar entre eles, por meio do respeito a faculdades e prerrogativas própria de cada um.

Houve uma consagração do Poder Judiciário como Poder de Estado, gozando das mesmas prerrogativas atribuídas aos demais poderes, possuindo autonomia administrativa, financeira, consagrados na Constituição Federal. Portanto, há um Poder Judiciário técnico-burocrático, cujas características entravam os andamentos de processos administrativos e judiciais sob sua tutela.

A jurisdição e administração têm se confundido, muito embora, a função jurisdicional seja um meio jurídico que o Estado tem para dirimir os conflitos de interesses em seus casos concretos, esta se realiza por meio de um processo jurisdicional em que se exige meandros administrativos na gestão destes a das varas judiciais. Tais atividades, em uma simbiose clara tem contribuído para a demora na prestação jurisdicional.

No estudo sobre o objetivo principal deste trabalho, percebeu-se que a lentidão processual tornou-se insustentável, tanto para o operador do direito, que dela necessita diuturnamente, quanto para o cidadão que a ela precisa recorrer para a solução dos seus interesses em conflito. A razoabilidade da duração do processo exige uma medida para adequá-lo em um tempo que permita a solução do conflito

[88] BRASIL,1988

de uma maneira a satisfazer as partes e ao Estado, pois este garante acesso ao Poder Judiciário, por meio do inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça de direito". [89]

A garantia ao acesso à justiça não significa somente a garantia do direito de ajuizamento de ação, mas também o acesso de uma forma ampla a uma ordem jurídica justa, para solucionar o impasse da demora a Lei Complementar 35/1.979, estabeleceu regras a serem seguidas pelos Magistrados, tendentes a dar maior celeridade na tramitação dos processos, dentre eles está a norma contida em seu artigo 35, inciso II: "Não exceder injustificadamente os prazos para sentencia ou despachar". Apesar do esforço do Legislador em criar novas regras e até a implementação de um novo Código de Processo Civil que estabelece o fim da divisão de procedimentos, onde o procedimento sumário deixou de existir. A exigência do endereçamento eletrônico na petição inicial, facilitando assim as citações. A conciliação entre os litigantes, buscando um meio de dar celeridade na solução dos conflitos.

Mesmo constando, na legislação, um rol de providências tendentes à busca da celeridade, fica evidente que o Poder Judiciário está exacerbado na burocratização, onde as lides processuais atuais seguem sem a certeza de sua tramitação até ao alcance final em tempo razoável de duração. Cabendo ao juiz dirimir o litígio da forma mais célere e ágil possível, sem que com isso fira os princípios da segurança e o contraditório.

Outra razão, em relação ao tema proposto, está no fato do desrespeito às regra e prazos processuais, com flagrante inobservância às normas legais e constitucionais.

[89] BRASIL,1988

Há uma tradição encarceradora com desrespeitos a tais prazos, o que consequentemente transmuda em desrespeito aos direitos e garantias que devem nortear os processos, de qualquer natureza. No caso do processo penal há uma maior preocupação com a razoável duração do processo, pois sua demora transmuda em constrangimento ilegal, ensejador de libertação imediata, do réu preso. Nesse há que observar a presunção de inocência e cuidar, em caso de prisão cautelar, de promover a celeridade na tramitação do processo, evitando eivar de ilegalidade, o processo penal,

Verifica-se, com base nesse trabalho que em qualquer tipo de processamento, a prestação jurisdicional adequada às garantias constitucionais, obriga ao julgador, encarregado do julgamento, a promover a celeridade e em consequência promover a conclusão do processo em prazo razoável, tendo em vista os prejuízos diversos, sofridos pelas partes e o Estado, titular da prestação jurisdicional.

As pesquisas apontam que a demora na prestação jurisdicional penal compromete a versão dos fatos. Testemunhas já não se lembram com exatidão dos fatos, além da perda de interesse da população no caso, pois provas efêmeras desaparecem com o tempo, levando à condenação de muitos réus que, apesar do tempo, não voltaram a delinquir, demonstrando uma adequação ao meio social, a despeito de não ter sido necessário à condenação, nem tão pouco a sua segregação no cárcere.

Tem-se apontado, na pesquisa monográfica, que a demora processual afeta, por demais, a vida do cidadão, pois no caso de qualquer tipo de reparação, pleiteada no processo, essa será sempre corrigida, em muitos casos, desde a data do fato ou da

instauração da ação. A imputação da demora será do Poder Judiciário, mas quem arca com a oneração será sempre o perdedor que em nada contribuiu para tanto.

Aponta-se, neste trabalho, que há diversos instrumentos jurídicos para forçar a celeridade processual. Dentre eles, em matéria penal, há o habeas corpus que deverá ser impetrado para atacar a ilegalidade ou abuso, no caso de demora injustificada do processo ou prisão.

Conclui-se pelos levantamentos realizados na: doutrina, jurisprudência e na legislação constitucional e infraconstitucional, que os operadores do direito e o legislador tem se preocupado em reparar esse vício temporal. Além de outras providências, no âmbito civil e administrativo, há no âmbito penal, especificamente, no Tribunal do Júri uma possibilidade de o réu requerer ao Tribunal que determine o pronto e mediato julgamento do processo.

O prazo razoável de duração e a sua regular tramitação, depende, também, da atuação do órgão do Ministério Público que, entre outras atribuições deve fiscalizar e cuidar da regularidade processual, incluindo nesta, o dever de zelar pela garantia constitucional da duração razoável do processo e de sua celeridade, cuidando para não promover dilações desnecessárias no processo.

Depreende-se do presente trabalho que os equívocos do Estado jurisdição, no tocante a violação à garantia da razoável duração do processo, causador de danos ao jurisdicionado, são irressarsíveis, pois não há previsão legal responsabilizando os causadores, no âmbito jurisdicional. Portanto, há previsão para ressarcimento de

danos no âmbito administrativos, com fundamento no artigo 37 § 6.º da Constituição Federal. [90]

Considerando as pesquisas realizadas, com diversos servidores do Poder Judiciário e em diversas varas judiciais nas várias circunscrições judiciárias, concluiu-se que a maioria dos óbices e entraves, ao andamento dos processos, decorrem de fatores intrínsecos e extrínsecos aos processos, nas diversas modalidades de demandas. Percebe-se, portanto, que não há nenhuma providencia, por parte do Poder Judiciário, no sentido de solucionar tal impasse, a não ser a ânsia em implantar o PJe na totalidade de processos, pois em se tratando de varas criminais, na justiça estadual, ainda não foi implantado tal sistema. Tem-se como certeza que onde tal sistema já está funcionando, ocorre um fenômeno acelerador dos processos, no que diz respeito ao prazo razoável de duração, o que permitirá em breve o cumprimento da garantia constitucional do razoável prazo de duração dos processos, bem como a sua celeridade.

Por último, podemos concluir que surgiu um novo mundo jurídico, com a implantação do processo judicial eletrônico e a adoção de equipamentos de informática para a gestão de processos. A exigência de dinamização do processamento, dá-se ao fato do aumento da conscientização da população em buscar o amparo do poder judiciário para solucionar os conflitos, requer modernização de equipamentos auxiliares, para além de prestar uma jurisdição em quantidade maior, promover a celeridade e consequentemente adequar-se à garantia da razoável duração do processo.

[90] BRASIL,1988

Com essa implementação o mundo novo se abriu, pois alguma das atividades externas passaram a ser realizadas por meio eletrônico, tais como: petição, sentença, citação, intimação, ocasionando mais celeridade na tramitação do processo e consequentemente garantindo o prazo razoável na sua duração.

Mesmo considerando que a celeridade processual, é um problema e que houve avanço tecnológico na instrumentalização das rotinas, estamos distantes de alcançar um meio em que tudo se equilibre para atender a uma sociedade que anseia por um Sistema Jurídico justo, foi identificado que se obteve um alcance considerável com os novos liames do Novo Código de Processo Civil.

Por último, como contribuição acadêmica, sugere-se o seguinte:

1. .. Curso de formação profissional aos servidores ingressantes e reciclagem aos antigos;
2. .. Uma preocupação maior com a classificação documental na formação dos processos;
3. .. Buscar meios de fomentar maior interação entre os aartórios judiciais e o Tribunal;
4. .. Procurar agilizar a implantação do PJe, principalmente nas varas criminais da justiça

REFERÊNCIAS

BARROSO, Marcos Patrick Chaves. Processo judicial eletrônico: Lei 11.419/06. Desafios em sua implantação. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 17, n. 129, out. 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15289>. Acesso em: 17 out. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. Efetividade do processo e técnica processual. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de ética da magistratura nacional. Diário da Justiça, nº 51, de 18 de setembro de 2008, p. 1-5. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ51_2008-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2008.

BRASIL. Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 19 fevereiro 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2011. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 2001. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-publicacaooriginal-146341-pl.html>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Seção 1, p. 6. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 87721/PE. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Partes: José Adelino da Silva, José de Siqueira Silva Júnior, Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça, Poder Judiciário, DF, 07 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Recurso em Habeas corpus 20566-BA. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Recorrente: Rivanio Pires Rocha. Advogado: Miguel Cordeiro Aguiar Neto. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 25 jun. 2007, p. 300. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8923670/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-20566-ba-2006-0268521-6?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 out 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Súmulas do Superior Tribunal de Justiça [site]. 13 nov. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 136.435-PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Nelson Inácio Goettems. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procuradores: Defensor Público-Geral Federal. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário, Brasília, DF, 05 dez. 2016. DJe n.º 259/2016, p. 57. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161205_259.pdf>. Acesso em: 06 out 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas corpus 86980-SP. Relator: Ministro Eros Grau. Partes: Hadeilton Domingos de Faria, Thais Pires de Camargo Rego Monteiro. Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 out. 2006, p. 372 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388748>. Acesso em: 20 out 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Informativo STF nº 848, de 21 a 25 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo848.htm#%E2%80%9CHabeas%20corpus%E2%80%9D%20e%20razo%C3%A1vel%20dura%C3%A7%C3%A3o%20do%20processo>. Acesso em: 06 out 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5 MT. Relator: Ministro Sepúlveda Percente. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Diário da Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 31 out. 1997. Ementário nº 1889-01, p. 277. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266193>. Acesso em: 06 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal nº 70019476498-RS Apelante: José Heberson Rodrigues dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 14 de junho de 2007. Conjur [site]. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj-rs-duracao-razoavel-processo.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

CARVALHO, Fernando Henrique. A independência do poder judiciário e suas garantias. Webartigos [site]. 18 mar. 2015. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-independencia-do-poder-judiciario-e-suas-garantias/130544/>. Acesso em: 06 out. 2018.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018. http://cnj.jus.br/

Noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justiça-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais. Acesso em: 04 de abril 2018.

FALCÃO, Joaquim. Separação de poderes e a independência do poder judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 243, p. 235-274, jan. 2006. Disponível em: doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42568>. Acesso em: 22 out. 2018.

JULGAMENTO histórico: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Migalhas [site]. 17 fev. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>. Acesso em: 06 out. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NICOLITT, André Luiz. Duração razoável do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NICOLITT, André. Manual de processo penal. 6.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Constituição Federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 9.ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2018.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVEIRA, Nery da. Aspectos institucionais e estruturais do poder judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). O judiciário e a constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TALON, Evinis. STF: o habeas corpus e a duração razoável do processo. Jusbrasil [site]. 2016. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/413549148/stf-o-habeas-corpus-e-a-duracao-razoavel-do-processo>. Acesso em: 13 out. 2018.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 19.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Processo civil: curso completo. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

ANEXO A – PARECER CONSUBSTANCIADO

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: O Poder Judiciário e a morosidade na tramitação interna dos processos decorrente da estrutura deficiente e da inabilitação técnico administrativa nos Cartórios Judiciais

Pesquisador: IRENE SOUSA DE OLIVEIRA
Área Temática:
Versão: 2
CAAE: 04148018.9.0000.0023
Instituição Proponente: Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.206.356

Apresentação do Projeto:
Trata-se de pesquisa cujo "objetivo, primordial, demonstrar a morosidade dos processos judiciais decorrente de uma estrutura deficiente e inoperante do Poder Judiciário e apontar os motivos da inobservância da duração razoável do processo que foi erigido à condição de garantia constitucional. Para tanto, será realizada pesquisa quantitativa e qualitativa, junto às varas judiciais, envolvendo servidores de diversos níveis, inclusive o magistrado: titular e substituto. Serão, ainda, analisados diversos processos de diversas especialidades, visando estabelecer, para a pesquisa, os prazos desde o recebimento da petição inicial até o trânsito em julgado, em diversas instâncias. Será incluído, no presente trabalho, opinião e pareceres do Ministério Público sobre a dificuldade enfrentada no meio jurídico sobre o não atingimento do razoável prazo de duração e a ausência do Estado no que diz respeito a promoção dos meios que garantam a celeridade na tramitação dos referidos processos. Por fim demonstrar os prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, bem como o desestímulo causado aos servidores, em geral".

A pesquisadora aponta que fará "pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo (qualitativa e quantitativa)".

Endereço: SEPN 707/907 - Bloco 6, sala 6.205, 2º andar
Bairro: Setor Universitário **CEP:** 70.790-075
UF: DF **Município:** BRASILIA
Telefone: (61)3966-1511 **E-mail:** cep.uniceub@uniceub.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: O Poder Judiciário e a morosidade na tramitação interna dos processos decorrente da estrutura deficiente e da inabilitação técnico administrativa nos Cartórios Judiciais

Pesquisador: IRENE SOUSA DE OLIVEIRA
Área Temática:
Versão: 2
CAAE: 04148018.9.0000.0023
Instituição Proponente: Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.206.356

Apresentação do Projeto:
Trata-se de pesquisa cujo "objetivo, primordial, demonstrar a morosidade dos processos judiciais decorrente de uma estrutura deficiente e inoperante do Poder Judiciário e apontar os motivos da inobservância da duração razoável do processo que foi erigido à condição de garantia constitucional. Para tanto, será realizada pesquisa quantitativa e qualitativa, junto às varas judiciais, envolvendo servidores de diversos níveis, inclusive o magistrado: titular e substituto. Serão, ainda, analisados diversos processos de diversas especialidades, visando estabelecer, para a pesquisa, os prazos desde o recebimento da petição inicial até o trânsito em julgado, em diversas instâncias. Será incluído, no presente trabalho, opinião e pareceres do Ministério Público sobre a dificuldade enfrentada no meio jurídico sobre o não atingimento do razoável prazo de duração e a ausência do Estado no que diz respeito a promoção dos meios que garantam a celeridade na tramitação dos referidos processos. Por fim demonstrar os prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, bem como o desestímulo causado aos servidores, em geral".

A pesquisadora aponta que fará "pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo (qualitativa e quantitativa)".

Endereço: SEPN 707/907 - Bloco 6, sala 6.205, 2º andar
Bairro: Setor Universitário **CEP:** 70.790-075
UF: DF **Município:** BRASILIA
Telefone: (61)3966-1511 **E-mail:** cep.uniceub@uniceub.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: O Poder Judiciário e a morosidade na tramitação interna dos processos decorrente da estrutura deficiente e da inabilitação técnico administrativa nos Cartórios Judiciais

Pesquisador: IRENE SOUSA DE OLIVEIRA
Área Temática:
Versão: 2
CAAE: 04148018.9.0000.0023
Instituição Proponente: Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.206.356

Apresentação do Projeto:
Trata-se de pesquisa cujo "objetivo, primordial, demonstrar a morosidade dos processos judiciais decorrente de uma estrutura deficiente e inoperante do Poder Judiciário e apontar os motivos da inobservância da duração razoável do processo que foi erigido à condição de garantia constitucional. Para tanto, será realizada pesquisa quantitativa e qualitativa, junto às varas judiciais, envolvendo servidores de diversos níveis, inclusive o magistrado: titular e substituto. Serão, ainda, analisados diversos processos de diversas especialidades, visando estabelecer, para a pesquisa, os prazos desde o recebimento da petição inicial até o trânsito em julgado, em diversas instâncias. Será incluído, no presente trabalho, opinião e pareceres do Ministério Público sobre a dificuldade enfrentada no meio jurídico sobre o não atingimento do razoável prazo de duração e a ausência do Estado no que diz respeito a promoção dos meios que garantam a celeridade na tramitação dos referidos processos. Por fim demonstrar os prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, bem como o desestímulo causado aos servidores, em geral".

A pesquisadora aponta que fará "pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo (qualitativa e quantitativa)".

Endereço: SEPN 707/907 - Bloco 6, sala 6.205, 2º andar
Bairro: Setor Universitário **CEP:** 70.790-075
UF: DF **Município:** BRASILIA
Telefone: (61)3966-1511 **E-mail:** cep.uniceub@uniceub.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: O Poder Judiciário e a morosidade na tramitação interna dos processos decorrente da estrutura deficiente e da inabilitação técnico administrativa nos Cartórios Judiciais

Pesquisador: IRENE SOUSA DE OLIVEIRA
Área Temática:
Versão: 2
CAAE: 04148018.9.0000.0023
Instituição Proponente: Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.206.356

Apresentação do Projeto:
Trata-se de pesquisa cujo "objetivo, primordial, demonstrar a morosidade dos processos judiciais decorrente de uma estrutura deficiente e inoperante do Poder Judiciário e apontar os motivos da inobservância da duração razoável do processo que foi erigido à condição de garantia constitucional. Para tanto, será realizada pesquisa quantitativa e qualitativa, junto às varas judiciais, envolvendo servidores de diversos níveis, inclusive o magistrado, titular e substituto. Serão, ainda, analisados diversos processos de diversas especialidades, visando estabelecer, para a pesquisa, os prazos desde o recebimento da petição inicial até o trânsito em julgado, em diversas instâncias. Será incluído, no presente trabalho, opinião e pareceres do Ministério Público sobre a dificuldade enfrentada no meio jurídico sobre o não atingimento do razoável prazo de duração e a ausência do Estado no que diz respeito a promoção dos meios que garantam a celeridade na tramitação dos referidos processos. Por fim demonstrar os prejuízos sofridos pelo jurisdicionado, bem como o desestímulo causado aos servidores, em geral".

A pesquisadora aponta que fará "pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo (qualitativa e quantitativa)".

Endereço: SEPN 707/907 - Bloco 6, sala 6.205, 2º andar
Bairro: Setor Universitário **CEP:** 70.790-075
UF: DF **Município:** BRASILIA
Telefone: (61)3966-1511 **E-mail:** cep.uniceub@uniceub.br

ANEXO B – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

UniCEUB
Centro Universitário de Brasília

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE

O PODER JUDICIÁRIO E A MOROSIDADE NA TRAMITAÇÃO INTERNA DOS PROCESSOS, DECORENTES DE ESTRUTURA DEFICIENTE E DA INABILIDAÇÃO TÉCNICO-ADMINISTRATIVA NOS CRTÁRIOS JUDIDIAIS.

Centro Universitário de Brasília – UniCeub.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Pesquisadora responsável: Irene Sousa de Oliveira, Graduada: Bacharel em Estudos Sociais.

Senhor (a) , está sendo convidado(a) a participar do projeto de pesquisa acima citado. O texto abaixo apresenta todas as informações necessárias sobre o que estamos fazendo. Sua colaboração neste estudo será de muita relevância para nós, no entanto a aceitação não implica permanência até o término da presente pesquisa, podendo desistir de prosseguir a qualquer momento.
O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (**TCLE**).
Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) Senhor(a) deverá ler e compreender todo o conteúdo. Ao final, caso decida participar será solicitado a assiná-lo e receberá uma cópia do mesmo.

Natureza e objetivos do estudo

- O objetivo específico deste estudo é apontar o motivo da afetação à razoável duração do processo, bem como os óbices à celeridade em sua tramitação.

- Você está sendo convidado a participar exatamente por ser operador do direito e acumular experiência na condução de processos na condição de julgador e responsável por manter a regularidade processual.

- **Procedimentos do estudo**
- Sua participação consiste em responder um questionário referente à atividade exercida no Poder Judiciário em suas diversas áreas.
- O procedimento será realizado por escrito.
- Não haverá nenhuma outra forma de envolvimento ou comprometimento neste estudo.
- A pesquisa será realizada em vosso gabinete.

Riscos e benefícios.

- Este estudo não possui riscos
  Caso esse procedimento possa gerar algum tipo de constrangimento, o Semhor(a) não precisa realizá-lo.
- Com sua participação nesta pesquisa oSenhor(a) estará colaborando para uma compreensão razoável sobre a morosidade processual e indicando meios de atingir uma celeridade adequada aos anseios da sociedade,

Participação, recusa e direito de retirar do estudo

- Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar.
- O Senhor(a) poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com um dos pesquisadores responsáveis.
- Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres

Rubrica do participante:
Rubrica do pesquisador:

ANEXO C – IMPUGNAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Cópia

EXCELENTÍSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL, DE FAMÍLIA E ÓRFÃOS E SUCESSÕES DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIARIA DO NÚCLEO BANDEIRANTE/DF

TJDFT - Circunscrição Judiciária de NÚCLEO BANDEIRANTE
Comprovante de recebimento de Petição
Número de Protocolo: 2017.11.026049931 - Data e Hora: 08/11/2017 15:33
Recebido em: VARA CÍVEL, DE FAMÍLIA E DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES DO
Processo: 2013.11.1.006325-3

126

Processo n.º 2013.11.1.006325-3
CNJ – 0006098-45.2013.8.07.0011

CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA – EPP, inscrita no CNPJ n.º 33.451.741/0001-48, com endereço comercial sito a QR 022 MI 02, Loja 02, Candangolândia – Brasília-DF, CEP 71.725.212, neste ato representada pelo seu sócio administradoro Sr. **BALTAZAR EUSTÁQUIO DE OLIVEIRA**, inscrito no CPF sob o n.º 159.631.876-72, portador da carteira de identidade de n.º 375.619.- SSP/DF, vem perante Vossa Excelência, por meio de seu advogadoGEVAL DE OLIVEIRA, OAB/DF 29.235; com escritório profissional situado na QNA 4, Lote 30, Loja 1G, Taguatinga Norte, CEP 72.110-040, Taguatinga/DF, Fone 9 9912-5060, apresentar, com fundamento legal no artigo 525, seus parágrafos e incisos, do CPC:

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

DA TEMPESTIVIDADE

O presente instrumento jurídico está sendo utilizado dentro do prazo legal, uma vez que não houve citação, nem tão pouco intimação. O impugnante, em busca de um outro processo, tomou conhecimento deste processo em desfavor de



sua empresa, tal busca levou o impugnante a procurara Vara correspondente, pois sequer há citação válida para a ação principal.

Conforme decisão interlocutória,fls. 124, houve, a despeito de total ausência de citação para o feito, efetivado bloqueio em penhora, com a respectiva intimação do pseudodevedor, para, no prazo de 5 (cinco) dias manifestar sobre o bloqueio e a penhora. Como não houve citação e a intimação pessoal, pois não há, nos autos patrono constituído, espera-se pela intimação para a contagem do referido prazo.

1. EIS QUE SINTETICAMENTE OS FATOS:

A autora intentou uma **AÇÃO MONOTÓRIA** em desfavor de **CENTRAL COM. DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA,** uma razão social totalmente estranha ao impugnante, porém vinculada ao seu CNPJ.

A presente ação monitória tem como escopo validar boletos bancários sem força executiva, apresentando, para tanto, cópia de 6 (seis) boletos bancários, a saber: NF-0424 no valor de R$ 5.878,80 (cinco mil oitocentos e setenta e oito reais e oitenta centavos), NF-0432 no valor de R$ 8.515,12 (oito mil quinhentos e quinze reais e doze centavos), NF-0425 – R$ 9.656,28 (nove mil seiscentos e cinquenta e seis reais e vinte e oito centavos), NF 0433 – R$ 6.390,16 (seis mil trezentos e noventa reais e dezesseis centavos), NF- 0430 – R$ 7.272,40 (sete mil duzentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos), NF – 0431 – R$ 5.451,60 (cinco mil quatrocentos e cinquenta e um reais e sessenta centavos), acompanhado de notas fiscais que, segundo o impugnado, corresponde a emissão de tais boletos.

A autora apresentou um valor inicial acrescido de atualização monetária, juros sem contudo, demonstrar a evolução dos mesmos, segundo critérios legais de atualização, Tal valor restou, na inicial, mostrado com uma quantia de CR$ 77.573,48 (setenta e sete mil, quinhentos e setenta e três reais e quarenta e oito centavos).

Mesmo acostando aos autos uma certidão simplificada, emitida pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis – SINREM, onde especifica a verdadeira razão social, bem como o endereço da matriz e de suas filiais, a autora

insistiu na razão social equivocada e não logrou êxito em citar a impugnante, fazendo-a por meio de edital.

Foi nomeado Curador Especial para embargar a ação monitória. O Curador Especial, em seus embargos arguiu em preliminar a nulidade da citação por edital, sob o argumento de que não havia sido exauridas as possibilidades de citação da parte ré e que a autora havia fornecido apenas o endereço da inicial, fornecendo, na ocasião, o endereço correto, quealiás o autor não se manifestou no sentido de requer a citação naquele endereço. Sendo, portanto, anulada a citação por edital e o feito voltado à estaca inicial. No entanto foram considerados os embargos perpetrados pelo curador especial, mesmo invalidada a citação.

Arguiu, também, o Curador Especial, o flagrante excesso na cobrança e a ausência de demonstrativo referente à evolução dos cálculos apresentados. Demonstrou por argumentos jurisprudenciais que os juros moratórios incidem a partir da citação, o que não aconteceu nos autos em pauta.

Acatando o requerimento de nulidade da citação por edital a MM, juíza decidiu por anular a citação editalícia e determina que seja feita a pesquisa nos órgãos indicados pelo Curador Especial. Tal pesquisa indicou e confirmou o endereço apontado pelo curador especial que coincide com o endereço constante da certidão simplificada, acima referida, no entanto, como a razão social indicada na inicial não corresponde com a verdadeira, portanto não foi efetuada a citação, conforme depreende da devolução da correspondência enviada por AR, onde o carteiro atesta, fl. 88:**"DESCONHECIDO"**.

Foi, por parte da autora, oferecido outros dois endereços para eventual citação, conforme petição de fl., 91, o que também não foi suficiente. Foi expedido outro manado constando os endereços fornecidos. Segundo certidão do oficial de justiça, fl., 99, também não logrou êxito, o mesmo acontecendo, conforme certidão de fl. 100.

A parte autora intimada para dar andamento do feito, indicando endereço apto à realização da diligência sob pena de extinção do mesmo. A publicação ocorreu em 01/12/2016, no entanto não providenciou o referido andamento. Ante a inércia, do autor, ocorreu a expedição de uma certidão cumulada com ato ordinatório demonstrando a inércia e determinadointimação do autor, no

prazo de 05 (cinco) dias para, novamente, dar andamento ao feito. Por erro do cartório, que expediu o mandado, ora com nome e outra com o endereço, tornando infrutífera a diligencia do oficial de justiça.

Foi prolatada uma sentença, em 20 de junho de 2017, fl. 110, onde ocorreu a resolução do processo, sem julgamento do mérito e publicada em 23/06/2017. No entanto,a sentença foi tornada sem efeito, por provimento aos embargos de declaração opostos pela parte autora. Tendo sido retomado o andamento, mesmo sem qualquer comprovação de citação válida do impugnante.

Mesmo o BacenJud – sistema de Atendimento ao poder judiciário ter declinado a verdadeira razão social, ou seja, **CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA-EPP,** o impugnado insiste em manter a impugnante no polo passivo desta conturbada relação jurídico processual.

2. PRELIMINARMENTE:

2.1 PRELIMINARDA CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA.

O autor propôs uma Ação Monitória em desfavor de **CENTRAL COM. DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA,** vinculada ao CNPJ do ora impugnante, dando como endereço: QR 01 Praça do Bosque Lote 03, Cep. 71.725-100, fls. 02/06. Evidencia-se o equívoco do autor, uma vez que a razão social do impugnante é: **CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA – EPP,** com sede social na **QR 02 MI 02, Loja 02 Candangolândia**– Brasília-DF, CEP 71.725.212. Percebe-se nesse caso, dois equívocos: um relacionado com a razão social e outro com o endereço.

A legitimidade das partesé, consoante o disposto no art. 17, do CPC, uma das condições da ação, sem o qual é inviável a análise do mérito da demanda.

"A legitimidade ad causam decorre da indicação levada a efeito pelo autor na peça preambular dos sujeitos da relação jurídica em discussão e deve ser apurada em abstrato por aplicação da teoria da asserção"



Exige-se, em uma relação jurídica processual, um dever de lealdade processual entre o autor e o réu, o que não se extrai dos autos, pois estes apontam uma litigância temerária.

Para a ocorrência de legitimidade passiva, deve haver uma relação de sujeição do réu em relação à pretensão do autor, o que não configura no presente caso, pois não cabe ao réu, ora impugnante, uma contrapartida obrigacional relativa ao direito pleiteado na ação, pois não houve nenhum negócio entre ambos.

Aduz o art. 525 e o seu § 1.º, II:

> ***" Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação apresente, nos próprios autos, sua impugnação".***
> ***§ 1.º - "Na impugnação, o executado poderá alegar:***
> ***II – ilegitimidade de parte".***

O ora impugnante, na certeza de sua ilegitimidade passa a expor os fatos e as questões de direito que embasam a sua irresponsabilidadeem relação a pretensão do autor:

Mesmo com o autor acostando uma certidão simplificada, fl. 28, emitida pelo **SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE EMPRESAS MERCANTIS – SINREM,** o autor insiste em manter a impugnanteno polo passivo. Na referida certidão consta:

a) – nome empresarial: **CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE COSNTRUÇÃO LTDA – EPP,**

b) – endereço: **QR 02, MI 02, LJ. 02, CANDANGOLÂNDIA, DF, 71.725.200,**

c) – Atividade econômica: **i** – comércio varejista de materiais de construção, **ii** – comércio varejista de ferragens e ferramentas, **iii** – comércio varejista de materiais hidráulicos, **iv** – outras obras de engenharia civil, não especificadas anteriormente.

A impugnante sempre teve como sede o local indicado na certidão, conforme faz prova os seguintes documentos:

a) – Contrato social comprovando a constituição da empresa desde 14 de agosto de 1989, tendo como administrador o Sr. ***BALTAZAR EUSTÁQUIO DE OLIVEIRA,*** doc. 01

b) – comprovação, da existência e permanência no mesmo local da fundação, por meio do ***CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA***, doc. 02.

c) – comprovante de que a existência e localização do impugnante é do conhecimento de bancos e fornecedores, tais como:

c1) – declaração emitida pela **Companhia Energética de Brasília**, afirmando e confirmando o endereço e que a empresa ali sediada está sob a responsabilidade do sócio administrador, constante do contrato social. A declaração trata dos últimos cinco anos confirmando o endereço, doc. 03 e 3ª.

c2) – declaração da Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB, confirmando o endereço, a data da ligação – 14/01/1989 – e o cadastro em nome do sócio administrador, doc.04,

c3) – declaração do contador da empresa impugnante, dando conta da data da fundação, e do endereço, doc. 05.

Anteos documentos apresentados as informações contidas na referida certidão simplificada,percebe-se que o autor era sabedor de que o nome empresarial e o endereço são divergentes do informado, por Ele, na peça exordial. Além, do mais atua em um ramo de negócios totalmente divergente de um ramo que adquire e negocia com as mercadorias fornecidas pelo autor.

2.1.1 - DA LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ DO AUTOR

Nos precisos termos do art. 80, incisos I, II e III do CPC, litiga de má fé aquele que:

> *"(...)*
> *I – deduzir pretensão ou defesa contra... fato incontroverso;*
> *II – altera a verdade dos fatos;*



III – usa do processo para conseguir objetivo ilegal.

O autor apresentou como documentos justificantes para a referida ação monitória, constante de notas fiscais, fls. 16/26 e boletos bancários, fls. 17/27, todos emitidos em nome de: ***CENTRAL COM. DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA***, com endereço na **CNG 07 Lote 03, Loja 01 e 02,Taguatinga-DF**, ou seja, nome empresarial e endereço totalmente diferente do ora impugnante, deixando claro a ilegitimidade passiva deste. Reforçando a tese da ilegitimidade passiva contam a favor de tal tese: os dados empresarial e endereço, constantes das notas fiscais e dos boletos que demonstram não ter havido entre ambos nenhuma relação de compra e venda de mercadorias.

Diante do que restou exposto e corroborado pelos documentos acostados, de se ver que o autor é carecedor de ação no que concerne ao impugnante por falta de legitimação para figurar no polo passivo da demanda em pauta. Trata-se de ré estranha ao negócio jurídico objeto desta lide, pois restou provado que a impugnante não é parte legítima para preencher o polo passivo, bem como não é a responsável pelo prejuízo sofrido pela autora.

2.2 – PRELIMINAR DE CITAÇÃO INVÁLIDA – NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES.

"A citação é ato por meio do qual se complete a estrutura tríplice da relação jurídica processual. Portanto, constitui pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo e sua ausência autoriza a extinção da pretensão sem análise do mérito, na forma do art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil".

"Consoante dispõe o art. 239 do CPC:

"Para validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido". Grifo nosso.

E o § 2.º do art. 240, assim aduz:



"incumbe ao autor, no prazo de dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, (...)",grifo nosso

Como providência ao bom andamento do feito foi determinada a citação do réu, fl. 31, onde se verifica que o endereço não corresponde com o constante das notas fiscais e boletos bancários acostados aos presentes autos. Percebe-se que mesmo com a presença, nos autos, de uma ***CERTIDÃO SIMPLIFICADA***, fl. 28, dando conta de uma razão social e de endereço totalmente diversos da indicada na petição inicial como sendo do réu, o mandado de citação foi expedido, fl. 32, em nome de ***CENTRAL DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA, endereço: QR 1 PRAÇA DO BOSQUE LOTE 03 – CANDANGOLÂNDIA – BRASILIA- DF – CEP 71126100,*** ou seja, dados totalmente divergentes.

Em fl. 33 "CERTIDÃO DE JUNTADA E INTIMAÇÃO" há a certificação, no item 1: "Certifico e dou fé que, nesta data, procedo à juntada do mandado de fls. 34/35, cuja diligência **restou infrutífera**" (negritamos). O que é obvio o insucesso na citação, pois o endereço e o nome empresarial não correspondem ao do ora impugnante.

Intimado a regularizar o endereço do réu, para viabilizar a citação, o autor em fls. 39/40, informa mais duas opções: **CNG 07 LOTE 03 LOJAS 01 E 02, CEP 72130-070 – TAGUATINGA NORTE – DF e CHÁCARA 81 ÁREA 27, CEP: 71532-060 – GUARÁ II/DF.**verifica-se que o primeiro endereço, indicado nessa petição, corresponde com o endereço constante das notas fiscais e dos boletos acostados aos autos, porque não indicá-los na inicial? Expedido o mandado de citação, fl. 43, incluindo, a despeito da informação dada pelo autor de novos endereços, o cartório apontou no referido mandado o endereço constante da inicial, ignorando totalmente os novos endereços. Óbvio que este mandado também restou infrutífero,pois este endereço já havia sido diligenciado anteriormente, conforme noticia a certidão exarada pela Oficiala de Justiça, fl. 44.

Em razão do equívoco acima apontado, foi realizado um aditamento ao mandado acima descrito, fl. 45, incluindo os endereços indicados pelo autor: **CNG 07 LOTE 03 LOJAS 01 E 02, CEP 72130-070 – TAGUATINGA NORTE – DF e CHÁCARA 81 ÁREA 27, CEP: 71532-060 – GUARÁ II/DF.** Diligenciando no primeiro endereço, a Oficiala de Justiça certifica que a empresa ré não se encontra

mais naquele local. Devolve o mandado para distribuição para o segundo endereço, fl. 46. Mandado redistribuído para ser cumprido no segundo endereço, o que também restou infrutífero, conforme certidão do Oficial de Justiça, fl. 47.

Intimada a parte autora para manifestar sobre da certidão do Oficial de Justiça, veio, novamente aos autos, fls. 50/51alegando "enorme dificuldade de se localizar a parte ré", requer deste r. Juízo, duas providencias: **a)** - realização de busca através dos **SistemasINFOSEG, SIEL e Renajud,b)** – a citação por edital. Ao requerer tais providências o autor ignorou as informações contidas na ***CERTIDÃO SIMPLIFICADA***, acima citada, pois a mesma, repito, contém o nome empresarial correto, bem como o endereço onde está localizada a empresa **CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE COSNTRUÇÃO LTDA – EPP,**mesmo assimfornece, em petição distinta, fl. 53, novo endereço para citação da ré na pessoa de ***BALTAZAR EUSTÁQUIO DE OLIVEIRA***, sob a alegação de que este é sócio da empresa ré: **CENTRAL COMÉRCIO DE ARMARNHOS GOIÁS – LTDA**.Ocorre que a pessoa indicada como sócio da ré não é e nunca foi sócio da empresa desta, até porque ela não existe e nunca existiu, no mundo jurídico. O endereço indicado foi: SMPW QUADRA 04 CONJUNTO 05 LOTE 03 – CEP 71735-405 – SETOR DE MANSÕES PARK WAY – BRASÍLIA/DF. Expedido mandado de citação, fl. 54, em razão do novo endereço, este foi distribuído e em cumprimento deste, o Oficial de Justiça certifica: "(...) não consta do endereço do mandado o número da fração a ser diligenciada", fl. 57, portanto, restou, mais uma vez, infrutífera a citação.

Ignorando o requerimento da autora para que fosse realizado pesquisa nos **Sistemas INFOSEG, SIEL e Renajud,** este r. Juízo determinou a citação por edital, fls. 58/59. O autor providenciou a referida citação, cuja identificação da ré manteve o vício inicial de identificação, ou seja, foi citada uma empresa inexistente: ***CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA.*** Ora Excelência com a identificação incorreta não há como surtir efeito uma citação que não possibilita identificar o citando, portanto nula de pleno direito.

Após a citação, mesmo defeituosa, este r. juízo a considerou válida e nomeia Curador Especial, fls. 68/69 e este oferece **EMBARGOS À MONITÓRIA.** Ocasião em que propugna pela nulidade da citação por edital, sob o seguinte argumento: "A autora limitou-se a informar um endereço na inicialque não encontra amparo em qualquer dos documentos juntados aos autos. Pelo que consta na

certidão de fl. 28, o endereço da ré é QR 02 MI 02 LJ, CANDANGOLÂNDIA-DF CEP 71.725-200, sendo que não foi tentada a citação ali". Ainda, na esteira da nulidade argumenta: "Além disso, sequer foi feita qualquer pesquisa nos sistemas BACENJUD e RENAJUD no intuito de se localizar a ré e promover sua citação. Conforme consta, a citação editalícia é ficta, o que prejudica por demais o exercício dos direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa. Aliás, a citação é imperiosa justamente para que não se prejudique a ampla defesa" (sublinhamos). Até que enfim alguém estranho ao feito, até então, percebe o erro que agora apontamos.

Acatando os argumentos do Curador Especial foi declarada a nulidade da citação, arguida em preliminar, fl. 79. Ante a nulidade no CPC, aplica-se o princípio da contaminação ou da causalidade que afirma que **os atosposteriores à nulidade serão reputados como inexistentes, é o que aduz o art. 281, in verbis:**

> *"Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependem, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes".* Grifo nosso.

Sendo a citação uma condição de procedibilidade da ação, portanto, pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo e a sua falta autoriza a extinção do feito com fundamento legal no art. 485, IV do CPC.

Aduz o art. 239 do CPC, in verbis:

> *"Para validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido".* Grifo nosso.

Aduz o art. 312 do CPC, in verbis:

> *"Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado".* Grifo nosso.

Aduz o art. 525 e o seu § 1.º, I, in verbis:

> *"Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação apresente, nos próprios autos, sua impugnação".*
> *§ 1.º - "Na impugnação, o executado poderá alegar:*
> *I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia"*, grifo nosso.

Em fl.85, encontra-se a certidão ordenando a expedição de novo mandado, agora incluindo o endereço constante da pesquisa BACENJUD 2.0,REDE INFOSEG, fl. 82 e RENAJUD – RESTRIÇÕES JUDUCIAIS, FL. 83. Observa-se que nestes há indicação de endereço diferente e vinculado à **CENTRAL ELÉTRICA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA – EPP,** diferente ao nome empresarial da ré que é CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA.O mandado foi expedido para ser enviado via correspondência com AR, fl.87. Tal divergência inviabilizou o cumprimento do mandado de citação é o que depreende da certidão acostada à fl. 88, onde retornou com informação dos CORREIOS: **"DESCONHECIDO"**, obvio, pois naquele endereço há uma outra empresa, ou seja a impugnante.

Instado a manifestar sobre a não confirmação do endereço e consequente devolução do AR pela justificativa acima citada, o autor vem aos autos, mais uma vez declinar outro endereço, sito à: **RUA PC DO BOSQUE N.03 CANDANGOLÂNDIA BRASÍLIA/DF, CEP: 7172255,** ou na Quadra 04, conjunto 05, lote 03, fração H, Park Way, Brasília-DF. Expedido mandado, fl.97, verifica-se um equívoco, uma vez que no mesmo consta um endereço totalmente diverso do indicado pelo autor, demonstrando a existência de sucessivos erros do cartório. Verificado o erro foi feito um aditamento para informar o endereço correto. Em certidão do Oficial de Justiça, fl.99, há a informação da inexistência naquele local, 1.º endereço,da empresa ré. Diligenciando para cumprir o mandado no 2.º endereço, certifica o Oficial de Justiça dizendo: "não conseguindo chegar até a casa H em nenhuma das oportunidades, por não conseguir entrar no condomínio.

Em todas as diligências o portão estava fechado e no local não há interfone ou porteiro".

Em de decisão interlocutória, fl.124, foi declarada a penhora do bloqueio realizado, transferindo o valor para uma conta a disposição deste r. Juízo e a consequente intimação pessoal do devedor para manifestar sobre a penhora e a transferência. Reputa-se inexistente a penhora, pois não há nos autos nenhuma confirmação de citação, sequer para vir aos autos. Foi aplicada uma revelia usurpando o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, pois os Embargos à Monitóriadevem, por força do artigo 281 no novo CPC ser, também ser anulados.

2.3 – PRELIMINAR DE INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO E DA OBRIGAÇÃO–

Com fundamento legal no artigo 525 e seu § 1.º, III, a impugnante demonstra que, pelas razões acima despendidas, a inexigibilidade da obrigação e consequentemente do título por ela gerado, se faz obrigatória, uma vez que restou provado a ilegitimidade de parte e ou a ausência de citação válida demonstrando o cerceamento do contraditório e da ampla defesa e o descumprimento da garantia constitucional do devido processo legal. Medida que se impõe, por consectário lógico das questões de fato e direito a cima despendidos.

Aduz o art. 525 e o seu § 1.º, II:

> ***"Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação apresente, nos próprios autos, sua impugnação".***
> ***§ 1.º - "Na impugnação, o executado poderá alegar:***
> ***III – inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (negritamos e sublinhamos)*** grifo nosso.



2.4 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR VÍCIO DO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO - AUSÊNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE DO OUTORGANTE.

A procuração que outorga poderes para ser representada em juízo, concedida ao ***Dr. ADAILTON MOREIRA MENDES*** e ***LISÂNGELA DE MACÊDO REIS MOREIRA,*** fl. 08, está eivada de vício de formalidade, ***portanto inepta a petição inicial,*** senão vejamos:

2.4.1 – O instrumento é carente de identificação do representante da pessoa jurídica, ou seja, do signatário da procuração. É necessário, pois, a qualificação do outorgante, do seu representante e do outorgado. Assim aduzem osarts. 653 e 654 §1.º do Código Civil, in verbis:

> *Art. 653 - "Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".*
>
> *Art. 654 – Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.*
>
> *§ 1.º - "O instrumento particular deve conter aindicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com designação e a extensão dos poderes conferidos".* Grifos nossos

As expressões "alguém" e "outrem", contidas no art. 653 do CC, referem-se a pessoa física, pois essas são capazes civilmente para expressar vontades.

2.4.2 – No referido instrumento consta apenas uma rubrica sem identificação de quem a opôs, sem, contudo, ser identificado, mais um vício.

Consta do Contrato Social da autora, fls. 09/13, **CLÁUSULA SEXTA**, o nome do sócio: ***ELTON MENDES DE MELO*** como sendo o administrador com poderes para a administração em geral da empresa autora. Consta, ainda, da parte da consolidação do Contrato Social, **CLÁUSULA SÉTIMA**: "DA ADMINISTRAÇÃO

DA SOCIEDADE – A administração da sociedade é exercida pelo sócio ***ELTON MENDES DE MELO*** (...). Porém não consta o seu nome como outorgante, nem tão pouco o nome da procuradora: ***IRINEIAS DO NASCIMENTO COSTA FIGUEIREDO***, conforme procuração de fl. 14. Percebe-se que a assinatura aposta por ele no referido Contrato Social não coincide com a rubrica aposta na procuração outorgada ao causídico representante da autora, portanto, segundo entendimento jurisprudencial é inválida a procuração e os atos realizados pelo procurador, senão vejamos:

> **PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PODERES DE OUTORGA. PROCURAÇÃO SEM QUALIFICAÇÃO DO OUTORGANTE. FORMALIDADE SUPRIDA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. CONSEQUÊNCIA. EXERCÍCIO DO MANDATO E INTERESSE DO MANDANTE. SENTENÇA ANULADA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.**
>
> **1.- "Caso em que a irregularidade aferida na origem refere-se à falta de identificação do outorgante da procuração e, pois, de que tivesse poderes para representação da sociedade: extinção do processo, sem exame do mérito, decretada por defeito de representação processual... TRF 3.ª Região – AC 200161110026876 – Relator Des. Federal Carlos Muta. Terceira Turma DJU 24/03/2004, pag. 361**
>
> **PESSOA JURÍDICA PROCURAÇÃO – TST BOLETIM 373 1.ª SDI1 - INVALIDADE-IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E SEU REPRESENTANTE.**
>
> **É inválido o instrumento de mandato firmado em nome de pessoa jurídica que não contenha pelo menos o nome da entidade outorgante e do signatário da procuração, pois estes dados constituem elementos que o individualizem – Rel. Ives Granda Martins Filho, julgado em 16/11/2010. – IUJ85600-06.2007.5.15.0000 – Res 170/2010, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.11.2010.**

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCUMPRIMENTO DO ART. 525, I, CPC – AUSÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DO OUTORGANTE – PESSOA JURÍDICA – INVALIDADE DA PROCURAÇÃO – NEGADO SEGUIMENTO – ART. 557, CPC – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – Verificando a invalidade do instrumento procuratório, por ausência de qualificação do representante legal dos outorgantes das pessoas jurídicas, uma vez que mera assinatura do mandato, sem que se possa identificar seu subscritor, não supre tal irregularidade, impõe-se o não conhecimento do recurso, por vício de regularidade formal, nos termos do art. 525, I, do CPC. (AgR 89480/2015, DES CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 15/07/2015.

2.5–PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS DE CRÉDITOS E NOTAS FISCAIS ORIGINAIS.

Para embasar a presente Ação Monitória a autora acostou cópias de boletos bancários acompanhados de cópia de notas fiscais que, como a inicial e os atos de comunicação do processo (citação), estão em evidente desencontro com os dados relativos ao impugnante.

Ascópias das notas fiscais constantes de fls. 16, 18, 20, 22, 24, 26, estão emitidas em nome de: ***CENTRAL COML. DE ARMARINHOS GOIÁS LTDA*** com endereço à ***CNG 07, LOTE 03, LOJA 01 E 02,*** o mesmo ocorrendo com os boletos bancários de fls. 17, 19, 21, 23, 25, 27.

Ante o já apontado, em linhas volvidas, ou seja, a desconexão negocial entre a autora e ora impugnante, uma vez que demonstrado não ter ocorrido qualquer negócio entre ambos, bastando analisar o nome empresarial, endereço e ramo de negócio que se verificará, a veracidade de tal afirmativa.

Segundo lição do professor Paulo Salvador Frontini,que afirma serem os títulos virtuais supridores da ausência física do título cambiário e podem constituir títulos executivos extrajudiciais, desde que acompanhados dos

instrumentos de protestos por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços.

Segundo o referido professor:

> *"A prática mercantil aliou-se ao desenvolvimento da tecnologia e desmaterializou a duplicata, transformando-a em registros eletromagnéticos, transmitidos por computador pelo comerciante ao banco. O banco, por seu turno, faz a cobrança mediante expedição de simples aviso ao devedor – os chamados boletos bancários, de tal sorte que o título em si, na sua expressão de cártula, surgir se o devedor se mostrar inadimplente".* Grifo nosso.

O artigo 889 do CC em seu parágrafo 3.°, regulamenta as duplicatas virtuais, senão vejamos:

> *§ 3.° do art. 889 – "O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo".* Grifo nosso.

O que se extrai dos julgados acima é que o boleto bancário por ser um instrumento de cobrança, substituto da duplicata, exige para a sua cobrança, via ação monitória, da apresentação de originaisque possam conferir idoneidade e capacidade de formar convicção no julgador, senão vejamos:

> **APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE CONTRATOS ORIGINAIS E PROVA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. REJEIÇÃO. INTERESSE DE AGIR. PRESENÇA DO BINÔMIO NECESSIDADE E UTILIDADE. SUCUMBÊNCIA DA PARTE RÉ. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.**



> **1. Considerando-se que a ação monitória é o meio processual de cognição sumária disponibilizado ao credor que pretende, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel (art. 1.102-A do CPC), sua propositura deve vir acompanhada de documentos idôneos à comprovação do montante da dívida, isto é, do quantum debeatur.**
> **2. Presentes as notas fiscais com assinatura de recebimento dos serviços prestados - provas escritas aptas a especificar a dívida vindicada, isto é, seu quantum debeatur -, não há se falar em inépcia da inicial por ausência de documentos imprescindíveis à propositura da ação.**
> **3. O interesse de agir é condição da ação consubstanciada tanto na necessidade do ingresso em juízo, para a obtenção do bem da vida visado, como na utilidade do provimento jurisdicional invocado. Restando comprovados tais requisitos, impõe-se a rejeição da preliminar aventada.**
> **4. Constatado que a parte ré, vencida na demanda, deu causa ao ajuizamento da ação, correta a sua condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.**
> **5. Apelação conhecida e não provida. (Negritamos e sublinhamos).**
> **20140111339428APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/10/2015, Publicado no DJE: 16/11/2015.** Pág.: 186) grifo nosso.

O presente julgado demonsntra a exigência de apresentação de documentos **idôneos** à comprovação do montante da dívida, o que não contece com as cópias das notas fiscais apresentadas, uma vez que a sua ilegibilidade e autenticidade de forme e de conteúdo não conferem tal idoneidade o que não permite a formação de uma convicção extreme de dúvidas.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA INSTRUÍDA COM DUPLICATAS SEM ACEITE, NOTAS FISCAIS E INTRUMENTOS DE PROTESTO. ADMISSIBILIDADE. PROVA ESCRITA IDÔNEA. SENTENÇA CASSADA. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO (ART. 515, § 3º, DO CPC). EMBARGOS. ÔNUS DA PROVA DO EMBARGANTE (ART. 333, INCISO II, DO CODEX).

1. Na esteira da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, a documentação hábil a instruir a ação monitória não precisa, obrigatoriamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante, bastando que tenha forma escrita e influa decisivamente na convicção do julgador acerca do direito alegado (REsp 925584/SE, QUARTA TURMA, DJe 07/11/2012).

2. A documentação consistente em notas fiscais, duplicatas sem aceite e protestos podem ser reconhecidos como prova escrita idônea para aparelhar a ação monitória prevista no art. 1.102-A do Código de Processo Civil.

3. Com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, bem como em atenção aos princípios processuais da economia e celeridade, necessário proceder ao julgamento do mérito, porquanto já suficientemente instruído o feito para tanto.

4. Na ação monitória, quando há oposição de embargos, compete ao embargante comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a teor do art. 333, inciso II, do CPC, de modo que, se o réu não se desincumbiu do seu ônus probatório, a rejeição dos embargos à monitória é medida de rigor, com a constituição da prova escrita em título executivo judicial, conforme preceitua o §3º do art. 1.102-C da Lei Adjetiva Civil.



5. Apelação cível conhecida e provida para, cassando a r. sentença, rejeitar os embargos à monitória e julgar procedente o pedido deduzido na ação monitória, constituindo de pleno direito o título executivo judicial. (negritamos e sublinhamos).
CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA, CASSANDO A R. SENTENÇA, REJEITAR OS EMBARGOS E JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO DEDUZIDO NA MONITÓRIA, UNÂNIME
APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL20110112019680APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: ALFEU MACHADO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/05/2014, Publicado no DJE: 14/05/2014. Pág.: 96)grifo nosso.

Este é mais um julgado em que se demonsntra a exigência de apresentação de documentos **idôneos**e forma escrita que influa decisivamente na convicção do julgador acerca do direito alegado, o que não contece com as cópias das notas fiscais apresentadas, uma vez que a sua ilegibilidade e autenticidade de forma e de conteúdo não conferem tal idoneidade, nem são suficientes para influenciar na decisão do julgador.

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. MONITÓRIA. ADMISSIBILIDADE. DOCUMENTO ESCRITO. TERMO DE ADESÃO. BOLETO BANCÁRIO. BAIXA. FORMALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE EMENDA A INICIAL. DESCABIMENTO. SENTENÇA CASSADA.
1. **A interposição de ação monitória pressupõe demonstração de prova escrita, sem eficácia de título executivo, que seja suficiente para demonstrar ao julgador os indícios do direito alegado.**
2. **Para fins de apresentação de documento**



escrito que comprove o crédito do autor, não se exige formalidade exorbitante, bastando que, para tanto, o documento possibilite a formação da convicção do julgador a respeito do crédito.

3. Documento particular assinado pelo devedor, que não constitua título executivo extrajudicial, é perfeitamente capaz de ser vindicado por meio de ação monitória.

4. Em ação monitória para cobrança de boleto bancário, compete ao réu a comprovação de pagamento, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do débito vindicado

5. Não há se falar em extinção do processo por falta de emenda a inicial quando, desde o seu ajuizamento, a parte autora instituiu o caderno processual com provas escritas hábeis a ensejar a ação monitória.

6. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada.

20160110738943APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 06/12/2016. Pág.: 482/521)

Exige-se para a Ação Monitória embasada em boleto bancário a apresentação do instrumento de protesto referente aduplicata original e no caso de venda mercantil, cópia idônea de documento que comprove a entrega da mercadoria.

O autor em 24/03/2011, enviou para o Cartório do 3.º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos de Taguatinga, os títulos referentes às notas fiscais que serviram de instrumentos na propositura da presente ação. Ocorre que por alegação, doimpugnante à época, de que eram improcedentes os referidos títulos, uma vez que não era verdadeira a negociação realizada entre a empresa do impugnante e a do autor, este, por reconhecer a inexistência de qualquer negócio entre ambos, requereu, em 18/04/2011, ou seja, menos de um mês, perante ao cartório o cancelamentos dos protestos, conforme faz prova doc.n.º 06



escrito que comprove o crédito do autor, não se exige formalidade exorbitante, bastando que, para tanto, o documento possibilite a formação da convicção do julgador a respeito do crédito.

3. Documento particular assinado pelo devedor, que não constitua título executivo extrajudicial, é perfeitamente capaz de ser vindicado por meio de ação monitória.

4. Em ação monitória para cobrança de boleto bancário, compete ao réu a comprovação de pagamento, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do débito vindicado

5. Não há se falar em extinção do processo por falta de emenda a inicial quando, desde o seu ajuizamento, a parte autora instituiu o caderno processual com provas escritas hábeis a ensejar a ação monitória.

6. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada.

20160110738943APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/11/2016, Publicado no DJE: 06/12/2016. Pág.: 482/521)

Exige-se para a Ação Monitória embasada em boleto bancário a apresentação do instrumento de protesto referente aduplicata original e no caso de venda mercantil, cópia idônea de documento que comprove a entrega da mercadoria.

O autor em 24/03/2011, enviou para o Cartório do 3.º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos de Taguatinga, os títulos referentes às notas fiscais que serviram de instrumentos na propositura da presente ação. Ocorre que por alegação, doimpugnante à época, de que eram improcedentes os referidos títulos, uma vez que não era verdadeira a negociação realizada entre a empresa do impugnante e a do autor, este, por reconhecer a inexistência de qualquer negócio entre ambos, requereu, em 18/04/2011, ou seja, menos de um mês, perante ao cartório o cancelamentos dos protestos, conforme faz prova doc.n.º 06



Ora Excelência, o autor tenta mais uma vez receber, posteriormente, valores referentes a notas fiscais que outrora geraram os títulos que ele mesmo cancelara. Se fossem verdadeiros ele havia insistido na cobrança executando-os, pois tinha documentos hábeis, para tanto. O protesto durou apenas 24 (vinte e quatro) dias, ante ao reconhecimento, do autor, no que pertine a inexistência negocial. Mesmo cancelando os originais ficam arquivados no Cartório Protestante. Entra em contradição quando apresenta apenas boletos sem, contudo, apresentar os originais, que constitui exigência para dar veracidade aos boletos, conforme exposto em item 2.5 desta petição.

2.6 – PRELIMINAR DE ARGUIÇÃO DE FALSIDADE PELA INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS POR CONTER VÍCIO DE AUTENTICIDADE.

Com fundamento legal no art. 430/431 do CPC o impugnante apresenta, para apreciação deste r. Juízo um incidente de falsidade documental, nos termos a seguir:

> ***Art. 430 – "A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos",***
> ***Parágrafo único. "Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art.19".***
>
> ***Art. 431 – "A parte arguirá a falsidade expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado".***
>
> ***Art. 432 – "Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial.***
> ***Parágrafo único – "Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo"***

Na presente ação as cópias das notas fiscais apresentadas, fls. 16, 18, 20, 22, 24, 26, não apresentam idoneidade suficiente para embasamento de uma ação onde o principal negócio alegado pelo autor é venda mercantil. A estranheza já apontada anteriormente: divergências entre razão social do impugnante, seu endereço e o seu ramo de negócio, não permitem evidenciar uma demonstração inequívoca da relação negocial. Além da divergência ideológica há uma clara alteração material no que pertine aos comprovantes de entrega, pois estes estão idênticos em todas as notas fiscais, ora colados em uma posição e ora em outra posição, porém se verifica ser a mesma assinatura, mantendo os mesmos rasuras e posição da letra. Se fosse por carimbo os campos das referidas notas fiscais não ficariam cobertos e as assinaturas, embora da mesma pessoa, não seriam exatamente iguais, pois é impossível uma pessoa assinar por 6 (seis) vezes exatamente iguais, repetimos, com a mesma rasura e posição ***Nesse caso, além da exigência da apresentação do documento original para embasar a presente ação, torna-se necessário a sua apresentação para dirimir dúvidasem relação ao apontado.***

Ante ao exposto verifica-se a presença de falsidade ideológica, em razão da inserção de dados falsos, (empresa inexistente) e falsificação material em razão alteração relativa ao recibo de entrega das referidas mercadorias.

3–NO MÉRITO:

3.1 - ARGUIÇÃODE EXCESSO NA EXECUÇÃO

Com fundamento legal no artigo 525, §1.º, V em razão da ausência de uma planilha oficial demonstrando a evolução dos valores que embasam a presenta ação, pois o autor se limitou a apresentar cálculos aleatórios e sem lastro legal, não delimitando o início da correção de tais valores. Esclarece o impugnante que tal preliminar representa apenas uma figura de retórica, pois inadmite-se tais valores em razão das preliminares anteriormente arguidas.

Ad argumentandum, se dívida existisse, o valor correspondente seria de R$ 102.861,16 (cento e dois mil, oitocentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos), conforme planilha apresentada em documento n..º 07

Aduz o art. 525 e o seu § 1.º, II:



> ***"Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação apresente, nos próprios autos, sua impugnação".***
> ***§ 1.º - "Na impugnação, o executado poderá alegar:***
> ***V – excesso de execução; (negritamos e sublinhamos)***

4 – DO EFEITO SUSPENSIVO

Considerando que o prosseguimento do feito, antes da análise da impugnação e suas preliminares, causará ao impugnante grave dano de difícil reparação, vem com fundamento legal no art. 525, § 6.º do novo CPC requerer seja concedido o efeito suspensivo à execução.

Tal pedido está calcado nas constrições sofridas pelo impugnante, uma vez que já sofreu bloqueio em sua conta bancária e poderá, caso não suspenda a execução, sofrer mais baixas em seu patrimônio, além dos reflexos em sua vida negocial, impedindo-o, até mesmo, de manter crédito e outras necessidades para manter em funcionamento o seu negócio.

Sendo assim, é imperiosa a concessão de efeito suspensivo à presente ação.

5 – DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, requer de Vossa Excelência, o que se segue:

5.1 - PRELIMINARMENTE:

5.1.1–O reconhecimento da ilegitimidade passiva e a consequente extinção do feito, com fundamento no art. 485, VI do CPC;

5.1.2–Considerar nulos os atos processuais realizados, a partir da nulidade da citação, e a consequente extinção do feito com fundamento legal no art. 485, IV ou considerar nulos os atos subsequentes à citação por Edital, com base no art. 281, 239 e 312, todos do CPC, observandoa inexistência jurídica do

bloqueio e da penhora ante a ausência de citação parao exercício do contraditório e da ampla defesa.

5.1.3 – Acatamento da preliminar de inexigibilidade do título e da obrigação, pelas razoes apresentadas.

5.1.4–Acatamento da preliminar de inépcia da inicial e a consequenteextinção do processo por ausência de qualificação do signatário do mandato com fundamento legal nos arts. 653/654 e seu § 1.º e posicionamento da jurisprudência pátria.

5.1.5–Seja acolhido o pedido de arguição de falsidade documental, com a intimação da parte autora para apresentar os originais das notas fiscais, art. 430 CPC.

5.1.6 – Ad argumentando, o acatamento do excesso de execução, conforme planilha anexa, reafirmando que não se admite, tal dívida, a não ser como figura de retórica, pois inexigível o título e a obrigação, em que pese a inexistência de vínculo jurídico entre as partes.

5.2 - NO MÉRITO:

5.2.1 – A nulidade dos atos processuais, pois que embasados em cópias de notas fiscais sem idoneidade para comprovação do negócio mercantil, tanto em relação à identificação do destinatário da mercadoria, quanto da comprovação da efetiva entrega das mesmas, pois o exigido, para embasar a Ação Monitória, é documento original e idôneo.

5.2.2 – Ofício ao Ministério Público sobre a arguição de falsidade documental e as devidas providências, pois que, se comprovada implicará em falsidade ideológica e material.

5.2.3 – Ofício ao órgão de fiscalização tributária sobre a exigência de escrituração de documentos de cobrança lastreados em notas fiscais, consoante o art. *§ 3.º do art. 889*, ou que autor apresente comprovante de escrituração contábil.

5.2.4– A condenação do autor nos honorários advocatícios em 20%. com base legal no artigo 85, § 2.º CPC.

5.2.5- DAS PROVAS:

5.2.5.1 - Pretende provar o alegado por meios dos documentos já acostados, aos presentes autos e quaisquer outros meios de prova em direito admitidos, inclusive prova pericial.

5.2.5.2– No caso de determinação de prova pericial requer seja intimado para apresentar os quesitos pertinentes.

Termos em que
pede deferimento.

Brasília – DF, 08 de novembro de 2017.

Geval de Oliveira
OAB/DF 29.235

ANEXO D – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante

Folha Nº 120

Processo : **2013.11.1.006325-3**
Classe : **Monitória**
Assunto : **Compra e Venda**
Autor : **CONTINENTAL COMERCIAL DE ARMARINHOS LTDA - ME**
Réu : **CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIAS LTDA(NO REP. LEGAL**

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Para facilitar a solução desta execução, com apoio na regra do impulso oficial, conforme artigo 2º do CPC, e dos princípios da economia, celeridade e concentração de atos processuais, foi realizada pesquisa de bens do executado nos sistemas BACENJUD e RENAJUD (declaração de bens do Imposto de Renda), conforme protocolos em anexo. Esses são todos os sistemas disponíveis neste Juízo. Frise-se que a pesquisa de imóveis (e-RIDF) é diligência disponível à parte, mediante simples comparecimento no Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis do DF e pagamento do respectivo custo.

O sistema INFOJUD não foi consultado, uma vez que não é exigida da pessoa jurídica a informação de bens na sua declaração de IRPJ.

Todavia, a tentativa de penhora on-line via sistema BACENJUD tornou-se infrutífera, seja pelo ínfimo valor bloqueado (ora desbloqueado), seja pela inexistência de saldo ou inexistência de relacionamentos com as instituições financeiras.

Assim, manifeste-se o exequente, no prazo de 05 (cinco) dias, sobre as informações obtidas no sistema RENAJUD, e, por conseguinte, indique objetivamente bens da parte executada passíveis de constrição, sob pena de extinção, na forma dos §§1º e 2º do art. 3º, da Portaria conjunta nº 73/2010.

Núcleo Bandeirante - DF, segunda-feira, 21 de agosto de 2017 às 17h42.

Maryanne Abreu
Juíza de Direito Substituta

Registrado
Último andamento: 21/08/2017 - DETERMINADA PUBLICACAO NO DJE - PAUTA DO DIA - 22082017
Incluído na Pauta: 22/08/2017 1/1
AND t320025 2013.11.1.006325-31 1

ANEXO E – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante

Folha Nº 124

Processo : 2013.11.1.006325-3
Classe : Monitória
Assunto : Compra e Venda
Autor : CONTINENTAL COMERCIAL DE ARMARINHOS LTDA - ME
Réu : CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIAS LTDA(NO REP. LEGAL)

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Revogo a decisão de fl. 120.

Para facilitar a solução desta execução, com apoio na regra do impulso oficial, conforme artigo 2º do CPC, e dos princípios da economia, celeridade e concentração de atos processuais, foi realizada pesquisa de bens do executado nos sistemas BACENJUD e RENAJUD, conforme protocolos anexados às fls. 121/123.

O documento de fl. 122 noticia o bloqueio parcial da quantia executada via sistema BACENJUD. Observem as partes que, em que pese o disposto no artigo 854, § 5º, do novo Código de Processo Civil, é certo que os valores não transferidos imediatamente para conta judicial permanecem sem qualquer correção monetária ou remuneração até a solução das eventuais manifestações das partes, acarretando danos tanto ao credor quanto ao devedor.

Desta forma, declaro efetivada em penhora o bloqueio realizado e promovo, nesta data, a transferência do valor bloqueado para conta a disposição deste Juízo, conforme protocolo, ficando a instituição financeira, na pessoa do gerente geral da agência ali consignada, como depositário fiel da quantia ora penhorada.

Dispensada a lavratura de termo de penhora, na forma do artigo 854, § 5º, do diploma legal.

Fica o devedor intimado, através do seu patrono constituído, acerca do bloqueio, transferência e penhora realizadas, para manifestação no prazo de 05 (cinco) dias, na forma do artigo 854, §3º, do CPC. Caso o devedor não possua advogado constituído, promova-se a respectiva intimação pessoal, na forma dos §§ 2º e 3º do artigo 854 do Código de Processo Civil.

Núcleo Bandeirante - DF, quinta-feira, 24 de agosto de 2017 às 16h25.

Magáli Dellape Gomes
Juíza de Direito

Registrado
Último andamento: 24/08/2017 - DETERMINADA PUBLICACAO NO DJE - PAUTA DO DIA - 24082017
Incluído na Pauta: 24/08/2017 1/1
AND t320025 2013.11.1.006325-31 1

ANEXO F - SENTENÇA

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante

Folha Nº 265

Processo : 2013.11.1.006325-3
Classe : Monitória
Assunto : Compra e Venda
Autor : CONTINENTAL COMERCIAL DE ARMARINHOS LTDA - ME
Réu : CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIAS LTDA(NO REP. LEGAL)

SENTENÇA

Cuida-se de ação monitória ajuizada desde 03/10/2013 na qual o autor, por sua própria desídia, indicou CNPJ diverso para qualificar o réu, tendo sido reconhecida a nulidade de todo o processo, por meio da decisão de fl. 258.

Na referida decisão, determinou-se a emenda à petição inicial para correção do polo passivo e para que o autor se manifestasse sobre a prescrição da dívida, na forma dos artigos 10 do CPC e 206, §5º, I, do CC.

O autor quedou-se inerte, tendo requerido apenas o prazo de 60 dias para apresentar o endereço do réu.

É o relatório do necessário. Decido.

Com efeito, a inexistência de citação válida e a declaração de nulidade do processo importou na não interrupção do prazo prescricional da pretensão do autor na forma do art. 202, I, do CC.

A prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que ordena a citação, caso promovida dentro do prazo da lei processual (CC, art. 202, I).

Por sua vez, o art. 219 do CPC/1973 e o art. 240 do CPC/2015, estabelecem que o autor deve promover a citação do réu no prazo de dez dias, a contar do despacho que ordena a citação.

O CPC/73 estabelecia que a citação deveria ser realizada no prazo máximo de 90 dias, findos os quais não ocorreria a interrupção da prescrição.

Já no CPC/2015 não há mais a previsão de que a citação deve ocorrer no prazo de 90 dias, apenas determina que o autor adote as diligências necessárias para viabilizar a citação.

Nesse sentido está o ensinamento de José Alexandre Manzano Oliani, na obra Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil:

"Efeito interruptivo da prescrição somente se operará se, no prazo de dez dias, contados do despacho que ordena a citação, o autor adotar as providências necessárias para viabilizar a citação. Ocorrendo a citação válida, a interrupção da prescrição retroagirá á data da propositura da ação. Esse efeito retroativo se aplica à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei. A demora da citação decorrente de ato imputável ao serviço judiciário não prejudica o autor. O CPC/2015 não reproduz o parágrafo quinto do CPC/1973".

No caso, se aplica o disposto no art. 206, §5º, I, do Código Civil, que estabelece o prazo de cinco anos para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento particular, como é o caso da nota fiscal de prestação de serviços.

Assim, entre a data da dívida (05/03/2010) e a presente data (16/01/2019), já transcorreram quase nove anos, nos quais o autor não somente não indicou

1/2

adequadamente o polo passivo, como também não diligenciou os endereços do réu, aplicando-se o prazo de cinco anos previsto no art. 206, §5º, I, do CC, portanto, a prescrição ocorreu desde em 05/03/2015.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 332, §1º, e 487, II, do NCPC, resolvo o mérito e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Condeno o autor ao pagamento das custas e despesas de ambos os processos. Deixo de fixar honorários advocatícios, eis que não exercido o contraditório pelo réu.

Publique-se. Intimem-se. Transitada em julgado, e não havendo outros requerimentos, arquivem-se os autos, com baixa na distribuição e demais cautelas de praxe.

Núcleo Bandeirante - DF, quarta-feira, 16 de janeiro de 2019 às 16h52.

Magáli Dellape Gomes
Juíza de Direito

Registrado
Último andamento: 16/01/2019 - DETERMINADA PUBLICACAO NO DJE - PAUTA DO DIA - 16012019
Incluído na Pauta: 09/01/1900 2/2

ANEXO G – TRÂNSITO EM JULGADO

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante

Folha Nº 36 A

Processo : 2013.11.1.006325-3
Classe : Monitória
Assunto : Compra e Venda
Autor : CONTINENTAL COMERCIAL DE ARMARINHOS LTDA - ME
Réu : CENTRAL COM DE ARMARINHOS GOIAS LTDA(NO REP. LEGAL)

TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico e dou fé que a sentença retro transitou em julgado dia 08/02/2019.

De ordem, remeto os autos à CONTADORIA JUDICIAL para cálculo das custas finais.

Fica desde já intimada a parte sucumbente a recolher eventuais custas finais apuraradas pela Contadoria Judicial para que as paguem no prazo de 05 (CINCO) dias (art. 100, §1º - PGC), sob pena de arquivamento com custas pendentes e demais consequências do Provimento Geral da Corregedoria. Ficam as partes advertidas de que os documentos contidos nos autos de processos findos poderão ser eliminados de acordo com a tabela de temporalidade do Tribunal (Art. 100, § 3º, PGC).

Ficam as partes intimadas de que, nos termos da Portaria Conjunta n. 85/2016, eventual fase de cumprimento de sentença deverá ser iniciada **EXCLUSIVA MENTE** via Sistema PJE, obedecendo-se ao regramento estabelecido, sob pena de indeferimento do processamento do pedido, a saber:

"Art. 2º O pedido inaugural do cumprimento da sentença conterá os seguintes requisitos: **I** - qualificação das partes; **II** - documentos pessoais digitalizados; **III** - endereço atualizado do exequente e do executado; **IV** - número de inscrição das partes exequente e executado, no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou, se for o caso, no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, ambos da Secretaria da Receita Federal do Brasil; **V** - indicação dos nomes dos advogados da parte devedora para fins de cadastramento; **VI** - valor da causa e, se for o caso, demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, nos termos do Código do Processo Civil; **VII** - cópia digitalizada das seguintes peças do processo de conhecimento: a) sentença exequenda; b) acórdão, se houver; c) procurações outorgadas pelas partes (exequente e executado); d) certidão de trânsito em julgado; e) facultativamente, outras peças consideradas necessárias para demonstrar a existência do crédito."

Geovanny Matsumoto de A. Santos
Mat. 320025
Diretor de Secretaria Substituto

Núcleo Bandeirante - DF, quinta-feira, 14 de fevereiro de 2019 às 15h49.

1/2

TJDFT Poder Judiciário da União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante

Folha Nº

Processo Nº 2013.11.1.006325-9

Gabriel Rigotti Avila e Silva
Estagiário

Registrado
Último andamento: 14/02/2019 - DETERMINADA PUBLICACAO NO DJE - PAUTA DO DIA - 14032019
Incluído na Pauta: 09/01/1900 2/2

ANEXO H – LEVANTAMENTO DEMONSTRATIVO DE DADOS

UniCEUB Centro Universitário de Brasília | 50 ANOS CEUB

LEVANTAMENTO DEMONSTRATIVO DE DADOS CARTORÁRIOS SOBRE ANDAMENTOS DE PROCESSOS E SUA INFLUÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CÉLERE.

Perguntas direcionadas aos "Auxiliares (Técnico Judiciário)" dos cartórios Judiciais pesquisados.

1 – Na sua opinião, há necessidade de um curso de formação prévia ao exercício da função?

Não, tendo em vista a preparação do servidor para a aprovação no concurso que fornece a noção necessária para trabalhar na área fim do Tribunal.

2 – Qual o tempo médio de duração (em dias/ meses), de um processo na vara?

a) Tempo total (do recebimento da inicial ao arquivamento) 1 ano
b) Tempo até a sentença 4a 6 meses
c) Tempo para publicação (da sentença) 2 dias
d) Tempo em cartório 6 meses
e) Tempo total de juntada 6 meses
f) Critério de distribuição por serventuário. por atividades a serem executadas ou quantidade de processos.

3 – Tempo de atividade, do serventuário, na Vara dentro do cartório? 6 meses

a) Você se sente estimulado para o trabalho (em percentual)% 70%
b) Você se sente desestimulado (em percentual%)---------- 30%

4 – Qual a relação entre o cartório e o Tribunal?

( ) - Excelente
(X) - Boa
( ) - Razoável
( ) - Média
( ) - Ruim
( ) - Péssima

5 – Você acha que seu trabalho exerce alguma influência sobre os conflitos submetidos à justiça? (indique o momento processual)

( ) - Juntada
( ) - Atendimento ao advogado
( ) - Conclusão
(X) - Atendimento às partes
( ) - Publicação.

6 – Qual a qualidade de um Juiz você considera essencial para harmonia funcional?

( ) - Competência (conhecimento técnico)
( ) - Bom relacionamento
(X) - O dois itens acima

7 – Quais fatores abaixo elencados, você considera como definidor do funcionamento do cartório?

( ) - Relacionamento pessoal
( ) - Ambiente de trabalho
( ) - Organização (distribuição de tarefa)
(X) – Todos



8 – Qual o motivo do seu ingresso no Poder Judiciário?

( ) - Salário

(X) - Estabilidade

( ) - Formação de carreira

9- Você se sente estimulado a trabalhar no Judiciário?

(X) - Sim

( ) - Não

10 - Você atribui ao seu estimulo ou desestimulo em trabalhar no cartório a qual desses fatores?

( ) - Relacionamento

(X) - Ambiente

( ) - Organização (distribuição do trabalho)

11– Você acha que o desestimulo funcional interfere na celeridade da tramitação do processo neste cartório?

(X) - Sim

( ) - Não

12 – O tempo dedicado à assessoria ao juiz interfere na morosidade do processo na Vara?

( ) Sim

(X) - Não

13– Qual o impacto das rotinas cartorárias na morosidade da Justiça?.

(X) - O tempo do processo em cartório

( ) - O tempo de espera

SOBRE O PJE

1) Com a implantação do PJe. Houve uma sensível mudança na tramite atribuição dos processos. Consequentemente diminuiu a morosidade processual?

Sim, embora ainda estejamos em implementação e adaptação, já se sente uma maior celeridade com os autos eletrônicos

2) A classificação documental na formação do processo sofre diminuição nas varas?

Não. A diferença é que o servidor não utiliza o sistema eletrônico promovendo maior agilidade. Todavia, a classificação documental permanece a mesma, só que tudo feito dentro do sistema eletrônico.

3) O número de decisões amentou? Se não a que atribui tal inércia?

Na verdade, a procura pela prestação jurisdicional continua crescente, só que as decisões estão mais céleres, pois com os autos físicos o processo tramitava mais rapidamente, portanto, as decisões também acompanham esse rito

4) Qual a sua avaliação pessoal sobre o novo sistema PJe.?

Creio que o PJe seja muito benéfico para o processo de uma maneira geral. Tendo em vista que agrega maior economia, celeridade, uma abrismão da segurança jurídica. Mesmo que ainda não atinja o esperado 100%.

5) Há equipamentos suficientes para os serventuários atuar no processo?

Sim. Os equipamentos disponibilizados aos serventuários são adequados, bem como podem contar com uma boa suporte em T.I.

6) Os serventuários estão capacitados para atuar no processo em todas as fases?

Como o sistema PJe ainda não está totalmente em operação, os serventuários estão sendo capacitados gradativamente, a medida em que o sistema vai sendo implantado em todas as áreas.

7) Os juízes se tornaram mais independentes após a implantação do PJe.?

Com relação a prestação jurisdicional não houve mudança. Todavia, com a implantação do sistema eletrônico eles também tiveram que se adptar e passar por treinamento.

UM ESTUDO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES QUE ENVOLVEM A PESSOA IDOSA

Thaís Cristina Freitas Marques

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo tratar sobre a efetividade da mediação como método adequado de resolução dos conflitos familiares que envolvem a pessoa idosa. Iniciou-se a análise abordando aspectos gerais sobre o idoso, e a legislação referente ao tema, como a Constituição Federal, a Política Nacional do Idoso estabelecida pela a Lei n. 8.842, o Estatuto do Idoso e dentre outras Leis e Decretos Tratou-se dos métodos adequados de resolução de conflitos, apresentando noções sobre a arbitragem, a negociação, a conciliação, a constelação familiar, e a mediação sendo esta última o principal foco do trabalho. A análise da mediação como método adequado para tratar os conflitos que envolvem o idoso ocorreu por meio do estudo de dez casos de famílias atendidos pelo Núcleo de Mediação do Idoso (NUMI), que integra a Central Judicial do Idoso (CJI) localizada no Fórum Milton Sebastião Barbosa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Os casos estudados foram escolhidos propositalmente, para mesmo em meio às semelhanças entre eles, pudessem trazer ao trabalho desfechos distintos, e, assim, possibilitar ao leitor entender, de forma mais global, quais são os principais conflitos familiares que envolvem o idoso, como se dá o atendimento desses casos junto à CJI, e se a mediação é um método adequado para tratá-los, realizando, portanto, uma análise qualitativa por meio dos estudos de casos tratados pelo método.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Métodos alternativos de resolução de conflitos. Mediação. Conflitos familiares. Idoso.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico teve por objetivo realizar um estudo sobre a mediação como método alternativo de resolução de conflito adequado para tratar os conflitos familiares que envolvem a pessoa idosa.

No primeiro capítulo, apresentou-se a conceituação do termo idoso, e os critérios que foram utilizados pela legislação brasileira para definir um ser humano como idoso. Ademais, abordou-se os dados sobre a população idosa, e as questões voltadas à sua saúde, como, por exemplo, as patologias e doenças que costumam comprometer a sua qualidade de vida.

Ainda no primeiro capítulo, tratou-se sobre a legislação voltada ao idoso, dentre elas, a Constituição Federal, Tratados Internacionais relacionados ao tema, a Política Nacional do Idoso estabelecida pela Lei 8.842 de 1994, o Estatuto do Idoso estabelecido pela Lei n. 10.741/2003, e outros decretos e leis que dentre as suas disposições

No segundo capítulo, primeiramente, abordou-se o conflito, a autocomposição, os princípios aplicados à conciliação e à mediação, bem como um estudo dos métodos alternativos de resolução de conflitos, trazendo as suas características e aplicações principais, de modo a diferenciá-los da mediação (principal objeto deste trabalho).

No terceiro capítulo, foi realizado um estudo de casos concretos atendidos pela Central Judicial do Idoso (CJI) do TJDFT, localizada no Fórum Milton Sebastião Barbosa, de idosos e suas famílias que estão vivenciando conflitos familiares. Os casos normalmente são relacionados aos cuidados com o idoso, e tratados pelo núcleo de mediação presente na CJI, onde são realizadas sessões de

pré-mediação e mediação, que podem ou não resultar em um acordo homologado pelas juízas coordenadoras.

Neste ponto, o objetivo foi mostrar a adequação da mediação para tratar esses conflitos. Por fim, há em anexo uma entrevista realizada com uma das supervisoras da Central Judicial do idoso, Iara Faria, afim de trazer ao trabalho mais detalhes sobre o funcionamento e atuação da CJI.

2 A VULNERABILIDADE DO IDOSO E A SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

2.1 Considerações iniciais

Este capítulo inicial, visou, de forma introdutória ao trabalho, trazer alguns aspectos importantes relativos à pessoa idosa, contudo, não se restringirá apenas à legislação aplicada a esse grupo da população, trará nuances mais sensíveis ao tema, de modo a auxiliar o leitor a compreender esse grupo social em suas peculiaridades.

A pesquisa tratou, primeiramente, do conceito de idoso, e do chamado "estado de velhice". Posteriormente, afim de trazer ao trabalho a expressividade desse grupo em termos quantitativos, contemplará uma análise de dados sobre a população idosa no Brasil, e ainda nos aspectos gerais, serão tratados fatores ligados à saúde dos idosos, bem como as principais patologias que os acometem.

Serão abordados os principais dispositivos legais voltados a atender esse grupo, como a Constituição Federal de 1988, a Política Nacional do Idoso estabelecida pela Lei n. 8.842 de 1994, o Estatuto do Idoso estabelecido pela Lei n. 10.741/2003, Políticas Públicas já implementadas que possuem referência em outras Leis e Decretos, e, por fim, a visão dos Tratados Internacionais sobre o tema.

2.2 Estado de velhice

A conceituação do termo idoso é um grande desafio para a doutrina em razão da influência de fatores como o processo de envelhecimento, as circunstâncias sociais e biológicas que variam de sociedade para sociedade (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25). É possível, então, notar um entrave no tocante a definição objetiva da idade cronológica que estabelece o ser humano como idoso (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25).

Nesse ponto, observa-se a dificuldade em estabelecer objetivamente um critério, com base, por exemplo, no momento em que as limitações começam a surgir, e, assim, "fixar" uma idade como início do estado de velhice, contudo, as balizas objetivas se demonstram insuficientes para essa precisão (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25). Os ordenamentos jurídicos em geral estabelecem uma idade cronológica para definir a pessoa idosa, e a partir disso, passam a criar direitos fundamentais a ela específicos (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 26). Assim, da mesma forma que é difícil apresentar um conceito de idoso é difícil estabelecer um critério cronológico para caracterizar essa parcela da sociedade.

Neste viés, a Lei n. 8.842, de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, considerou como idoso a pessoa maior de 60 (sessenta) anos de idade, fixando esse marco cronológico. Contudo, é importante mencionar que esse critério idade é relativo, há no ordenamento pátrio outras situações em que o marco é mais extenso, por exemplo, para alcançar a gratuidade nos transportes públicos e para obter prioridade de tramitação na justiça, a idade fixada é 65 (sessenta e cinco) anos, conforme o Estatuto do Idoso em seu artigo 39 (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 26). Ademais, ressalta-se que essa fixação de idade visa trazer certa compatibilização

entre a necessidade e a capacidade da pessoa idosa (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 26-27). Como se pode depreender, o conceito de idoso, não é algo estanque, rígido, padrão, é algo que deve ser sempre revisitado e readaptado a depender da política pública ou até mesmo das alterações sociais (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 28).

A pessoa idosa passa por severas mudanças, sejam elas físicas ou até mesmo no seu estado de consciência, necessitando, pois, do reconhecimento da velhice como um valor, de modo a não promover uma instabilidade social ou até mesmo incompatibilidade no tocante à forma de viver (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25-26). De tal modo, é indispensável a aceitação do próprio idoso, uma aceitação passiva, para que ele não imponha a si uma "máscara da juventude eterna" e não exija de si mesmo atividades ou condições físicas que não possuem mais o pleno funcionamento e mesmo assim conviva bem em relação a isso (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25-26). Nesse ponto, adverte-se que, pela existência de um "estado de velhice", há uma demanda de proteção específica a esse grupo, em decorrência, sobretudo, das suas vulnerabilidades, bem como as limitações físicas e mentais que se agravam com o passar do tempo. .....

Em face da necessidade de assegurar direitos, e proporcionar a sua autonomia, integração e participação na sociedade, em 2003 foi aprovado o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 2003) o qual manteve de uma maneira geral o que consta na legislação que implementou a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842, de 1994), que considera pessoa idosa a que possui sessenta anos ou mais, e visou garantir a esse grupo direitos fundamentais, facilidades, oportunidades, com a finalidade de preservar a saúde (física e mental) bem como o seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual, social, afim de promover condições de igualdade e dignidade,

conforme menciona o artigo 2º do referido Estatuto (TAVARES; LEITE, 2017, p. 49).

É legítimo ressaltar que a velhice não é um acontecimento separado do restante da vida, ao contrário, é uma continuação desta, como a infância, a juventude e a vida adulta (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 26). Contudo, nota-se, que, em meio às mudanças que ocorrem na velhice, desencadeadas em razão do próprio passar do tempo, ligadas, muitas vezes, a uma instabilidade social, há uma dificuldade da pessoa idosa acompanhar essa constante evolução do modo de viver, juntamente com outros fatores que influenciam o idoso a se enxergar de modo menos importante (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 26). Assim, a principal orientação sobre envelhecimento deve ser a autonomia e capacidade, de modo a permitir a independência desse grupo (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 32).

A isonomia acolhida pelo sistema jurídico brasileiro, não é estanque, de modo a permitir alterações ao longo dos tempos em razão, por exemplo, do dinamismo populacional (TAVARES; LEITE, 2017, p. 52). Diante disso, são previstas regras gerais de modo a exigir que as pessoas sejam tratadas com igual respeito, e, ainda, que, sejam evitadas discriminações caprichosas, injustificadas e desarrazoadas (TAVARES; LEITE, 2017, p. 52).

Nesse viés, notam-se três aspectos da igualdade; o primeiro refere-se à igualdade formal, tratada de modo abstrato, na expectativa de banir privilégios de determinados grupos, ocorre nesse caso uma prevalência da lei em face da jurisdição (TAVARES; LEITE, 2017, p. 52). Em seu segundo aspecto, observa-se o dever da isonomia é endereçado ao legislador e este é responsável pela elaboração de diplomas normativos, que visam desequiparações fortuitas, ressaltando-se que a igualdade não

veda o estabelecimento de distinções, ela assegura a diferença e tratamento conforme essas peculiaridades (TAVARES; LEITE, 2017, p. 52-53). Por fim, no terceiro aspecto da isonomia afirma que ela se relaciona com o direito ao acesso aos bens e serviços do Estado, e com igualdades e oportunidades (TAVARES; LEITE, 2017, p. 52-53).

O Estado buscou, portanto, promover a isonomia de modo a incluir o idoso à sociedade, observando as suas peculiaridades e, portanto, eles não podem ser impedidos ou excluídos do exercício do seu direito. Deste modo, a igualdade atravessa o principio da fraternidade, e alcança o princípio da dignidade da pessoa humana, avançando sobre o critério utilitarista e de proteção ao idoso (TAVARES; LEITE, 2017, p. 53).

Além de limitações relacionadas à saúde, o idoso sofre ainda pela rejeição social, tratamentos como pessoas não-produtivas, e que não agregam valores à sociedade. O envelhecimento é visto com uma concepção negativa, o idoso é visto como um ser humano em decadência perdendo a sua posição tanto no aspecto público privado, e até no âmbito familiar.

Como ocorre, em geral, com os grupos minoritários, observavam-se dificuldades em relação à falta de políticas públicas, falhas na gestão, violações a direitos fundamentais, abandono históricos, em favor pessoas idosas (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 31). Ricardo Maurício Freire Soares e Charles Silva Barbosa ressaltam a importância do estado velhice ser visto como um valor social algo inerente aos fundamentos de uma sociedade democrática e republicana, preocupada com a substancialidade dos direitos e orientada à preservação do estado de dignidade das pessoas (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 30). E ainda ressaltam sob o aspecto da violação de direitos dos idosos que

> A Federação, portanto, é chamada de maneira articulada e solidária, no combate aos atos de violação de direitos dos idosos, bem como no exercício de políticas que promovam o envelhecimento digno, reafirmando o valor social da velhice (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 34).

Nesse contexto, o Estatuto do Idoso pode ser avaliado como um instrumento de regulação social, como uma forma de proteção, ainda que as posições ostentem de forma normativa nota-se um viés simbólico, em razão da falta de efetividade normativa, sendo essa devido à falta de consciência social e de ação do Poder Público. (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 34)

Percebe-se que há uma dificuldade de conceituação do termo pessoa idosa, e que, diante disso há uma dificuldade de estabelecer um critério cronológico para esse grupo da sociedade, sendo importante o desenvolvimento de estudos. Diante desse grupo específico que possui peculiaridades e limitações, é necessário realizar uma adequação das políticas públicas para atender a esses anseios e às necessidades desse grupo. Adverte-se a importância voltada a uma melhor compreensão da velhice, bem como promover a realização de uma política que não apenas resguarde os direitos das pessoas idosas, como ainda, protejam os seus interesses, e garantir a integração social desse grupo.

2.3 Dados da população idosa

Com o avanço científico, sobretudo em relação às condições de vida, contata-se um crescente aumento no número de pessoas que se classificam no estado de velhice. Assim, com a expectativa de trazer à presente pesquisa dados mais quantitativos deste grupo, e expressar de forma numérica a sua representatividade na sociedade brasileira atual e a projeção para as décadas futuras, será realizada uma breve análise de dados populacionais.

Primeiramente, ressalta-se que em 2012, as projeções das Nações Unidas, eram de que 810 milhões de pessoas tinham 60 anos ou mais, compondo 11,5% da população global. Estima-se que em 2050 haverá mais idosos do que crianças menores de 15 anos. A pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cerca de 12,6% da população brasileira era idosa em 2012. Em 2013 esse percentual já aumentou para 13% (TAVARES; LEITE, 2017, p. 43).

No CENSO realizado pelo IBGE de 1970, observa-se uma pirâmide jovem em que há altos índices de natalidade, entretanto com ausência de elevada expectativa de vida(POLON). Esse modelo de pirâmide, observado em nações subdesenvolvidas, nas quais a população não dispõe, por exemplo, de um efetivo atendimento de saúde (POLON).

Todavia, atualmente, conforme a agência de notícias do IBGE a população brasileira têm demonstrado uma forte tendência ao envelhecimento, em 2017 superou a marca dos 30,2 milhões, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios, divulgados pelo IBGE (IBGE, 2018).

Em relação aos estados brasileiros, aqueles com maior proporção de idosos são o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, ambos com 18,6% da população pertencente ao grupo dos idosos(IBGE, 2018). Em contrapartida, o estado do Amapá é o que possui o menor percentual de idosos, com apenas 7,2% da população (IBGE, 2018).

Houve, entre 2012 e 2017, um crescimento de 18% da população idosa e, esse grupo tem se tornado cada vez mais representativo (IBGE, 2018). Vale ressaltar que

desse total de idosos, as mulheres são a maioria, totalizando 16,9 milhões (56%) contra 13,3 milhões (44%) de homens (IBGE, 2018).

Assim, diferentemente da realidade de 1970, anteriormente mencionada, o Brasil tornou-se um país adulto em um processo de transição para se tornar um país idoso, uma vez que, conforme projeção realizada pelo IBGE, para 2060 25,5% (58,2 milhões) da população brasileira será composta por idosos, afetado por uma queda na moralidade (IBGE, 2018).

Frente aos dados que demonstram o crescimento desse grupo, observa-se a grande dimensão das questões que envolvem o idoso, principalmente voltados à sua vulnerabilidade, com a não observância de seus direitos fundamentais, gerando situações de negligência, discriminação, abuso financeiro e econômico, violência psicológica, sexual, física, institucional, dentre outras (TAVARES; LEITE, 2017, p. 43). Isso tudo, faz refletir sobre a importância de sedimentar o direito desse grupo, proporcionando a ele o envelhecimento digno (TAVARES; LEITE, 2017, p. 43).

Portanto, frente ao crescimento atual da população idosa bem como às projeções feitas pelo IBGE constata-se que não é necessária apenas a criação de políticas públicas adequadas, mas também a sua correta implementação a fim de proporcionar a esse grupo dignidade e a qualidade de vida adequada.

2.4 A saúde do idoso e as patologias que costumam atingi-los

O elevado crescimento da população idosa, abordado anteriormente, tem demonstrado a importância de estudar esse grupo social, afim de entender melhor as suas necessidades. Dessa forma, além dos dados já mencionados e do viés jurídico do tema que será abordado a seguir, é importante mencionar algumas informações

voltadas à saúde dos idosos, ou seja, as principais doenças que afligem essa parcela da população e as medidas que podem ser adotadas preventivamente (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]).

Conforme estudo realizado, por Flávio Chaimowicz,

> os parâmetros mais confiáveis para caracterizar o perfil de saúde dos idosos no Brasil são os estudos de morbidade, que, ao abordar conjuntamente as incapacidades, refletem de modo mais adequado o impacto da doença sobre as famílias, o sistema de saúde e principalmente, a qualidade de vida dos idosos (CHAIMOWICZ, 1996).

Nesse sentido, morbidade, em epidemiologia é definido como "a taxa de portadores de determinada doença em relação à população total estudada, em determinado local e em determinado momento", sendo uma função da Vigilância epidemiológica realizar esse controle de doenças e organizar os sistemas de intervenção na saúde pública (WIKIPÉDIA, 2018). Não é diferente no caso dos idosos, pois o envelhecimento, normalmente, o vem acompanhado de taxas elevadas de morbidades que comprometem a autonomia e a independência desse grupo (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]).

Em relação às alterações provocadas pelo envelhecimento, que culminam em deficiências e limitações físicas, pode-se mencionar a perda de massa e redução da resistência e da função muscular, rigidez articular, redução na amplitude do movimento, alterações na marcha e no equilíbrio, os quais acabam comprometendo a mobilidade física e ocasionando quedas, dores, e incapacidade funcional (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]).

Pesquisa realizada nos Estados Unidos apontou que a limitação da mobilidade física possui características modificáveis, a saber: situação social,

condições de saúde, e estilo de vida (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]). Desta forma, as mudanças de limitações da mobilidade possuem uma grande influência na vida da pessoa idosa, atingindo inclusive, a sua situação social, por isso a importância de realizar uma prevenção adequada de modo a minorar esses efeitos colaterais.

Realizou-se, em maio e junho de 2011, no Centro de Saúde da Família (CSF) da cidade de Fortaleza uma pesquisa com 52 idosos entre 60 e 92 anos de idade (com condições físicas e mentais para responder aos questionamentos), por meio de um formulário que abordava questões referente à: dificuldade para mover-se, rigidez articular, dor ao mover-se, prática de atividade física regular, risco de quedas, e necessidade de ajuda para mover-se (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]).

Dentre os resultados obtidos, alguns dados merecem destaque, sendo: predomínio do sexo feminino (69,2%), idosos sem companheiro (51,9%), não letrados (88,5%), aposentados (69,2%), e com rendimentos de até três salários mínimos (96,2%) (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 3]).Vale destacar que conforme estudos, pessoas do sexo feminino possuem maior risco de quedas, talvez em razão da perda de massa muscular e óssea (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 4]).

Em relação à dificuldade de mover-se e manter uma postura adequada, as principais necessidades identificadas foram: dificuldade para mover-se (42,3%), rigidez articular (59,6%), dor ao mover-se (57,7%), não praticar atividade física (71,1%); risco para quedas (67,3%), uso de auxílio para locomoção (bengala) (5,8%), reconheciam a necessidade de ajuda para mover-se (17,3%) (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 3]). Vale ressaltar que as comorbidades mais frequente foram: hipertensão arterial (48,1%), osteoporose (34,2%), diabetes (19,2%), gastrite (15,4%)

e incontinência urinária (15,3%); em menor frequência foram mencionados: reumatismo, artrite, artrose, depressão, insuficiência cardíaca, insuficiência renal crônica, doença de *Parkinson*, doença de *Alzheimer* (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 3]).

No tocante à idade, há rigidez articular e dor ao mover-se, sobretudo na faixa etária acima de 70 anos (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 4]). Outro fator que chama a atenção são os baixos níveis de instrução, que podem comprometer, por exemplo, o acesso à informação e a conscientização sobre os cuidados com a saúde, e, além disso, manifesta-se nos baixos salários, já que conforme mencionado anteriormente 96,2% dos idosos possuem renda de até três salários mínimos (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 4]).

Em relação à automedicação, foi realizado estudo em São Luís (MA), na Unidade Básica de Saúde localizada no bairro de Coroadinho, a qual abrange 300 indivíduos acima de 60 anos, entre agosto e novembro de 2013, caracterizando automedicação como o consumo do medicamento sem a devida indicação por escrito do profissional prescrito ou indicado por outrem, ou ainda reaproveitamento de terapias anteriores (MONTEIRO; AZEVEDO; BELFORT, 2014). Constatou-se, portanto, que 33% afirma consumir apenas medicamentos prescritos, 7,46% referiram consumo simultâneo de medicamentos prescritos e não prescritos (MONTEIRO; AZEVEDO; BELFORT, 2014). Sendo que, no tocante à automedicação, 67% dos entrevistados afirmou que já se automedicaram em algum momento, deste percentual 56,71% encontravam-se na faixa etária de 60 a 70 anos (MONTEIRO; AZEVEDO; BELFORT, 2014).

Coadunando-se aos dados da pesquisa anteriormente declarada, muito embora realizadas com outros entrevistados, dos que declararam realizar a automedicação, 62,69% possuíam renda familiar de até um salário mínimo e a maioria possui apenas o ensino fundamental incompleto 53,74%, dados esses que ressaltam o reduzido índice de escolaridade bem como os baixos salários (MONTEIRO; AZEVEDO; BELFORT, 2014).

Ademais, no tocante à regularidade do uso de medicamentos, 92,54% fazem algum tipo de queixa clínica, entretanto, dos entrevistados, apenas 8,96% afirmaram ter comparecido a menos de quinze dias em uma consulta médica (MONTEIRO; AZEVEDO; BELFORT, 2014). Os índices quanto ao uso de medicamentos são elevados, contudo, contrapõe os índices de consultas médicas, assim, pode-se concluir que não há um adequado acesso à saúde, e em razão disso, muitos idosos queixando-se de dores e outras questões de saúde socorrem-se pela automedicação, o que pode ocasionar sérias complicações mencionadas anteriormente.

Assim,

> na promoção da saúde, os profissionais devem elaborar estratégias capazes de estimular a população a adotar estilo de vida saudável, em especial a prática de atividades físicas. Essa prática proporciona um aumento da resistência e da força muscular, melhora o equilíbrio, previne a perda de massa óssea, além de acarretar melhora na autoeficácia, do desempenho cognitivo, da memória recente, diminuição dos sintomas depressivos e aumento nas redes sociais, contribuindo, portanto, de forma significativa para a melhoria da qualidade de vida (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 5]).

Há um déficit de estudos na literatura brasileira sobre as condições de vida, saúde e a mobilidade física dos idosos, demonstrando que esses aspectos não recebem a devida importância (CLARES; BORGES; LIRA, 2014 , [p. 2]). Contudo há

um alerta, por exemplo, nos Estados Unidos em 1989, um terço dos recursos destinados aos cuidados individuais foram utilizados pelos 12% de idosos, ademais a isso, no Japão criou-se programas de suporte domiciliar, que inclui o fornecimento de refeições prontas e modificações ambientais, visando retardar a institucionalização (CHAIMOWICZ, 1996).

Ainda abordando a saúde dos idosos e as questões que com ela se relacionam, é importante mencionar acerca das instituições de longa permanência para idosos. Consta na pesquisa realizada por Chaimowicz (1996), que nos Estados Unidos cerca de 5% dos idosos (e 25% das mulheres com mais de 85 anos) residem em *nursing homes*, instituições de longa permanência que oferecem serviços de saúde, lazer e assistência social. Em relação ao Brasil, a institucionalização apresenta-se como um "mal necessário", e, diante disso, cabe ao Estado financiar e fiscalizador essas atividades, estabelecendo, por exemplo, o cumprimento de normas mínimas oferecendo segurança e dignidade aos residentes (CHAIMOWICZ, 1996).

Portanto, com base nas pesquisas mencionadas é possível concluir que o idoso é acometido de diversas patologias que atingem sua capacidade de mover-se bem como o funcionamento de órgãos e sistemas do corpo, como no caso de comorbidades como hipertensão arterial, diabetes, osteoporose, gastrite, e incontinência urinária estão entre as mais comuns. Neste viés, e em razão do aumento crescente do grupo de idosos na população, cabe ao Estado não apenas promover um acesso adequado à saúde, mas garantir a essa parcela da população uma qualidade de vida adequada, fornecendo, e fiscalizando as instituições de longa permanência para os casos que esta for a medida mais adequada.

2.5 Política constitucional de amparo à pessoa idosa

Inicialmente, por influência do liberalismo e do individualismo do final do século XVIII, exigia-se uma postura minimalista do Estado, um papel não-intervencionista, afim de garantir a autonomia da vontade, os direitos de propriedade, os direitos fundamentais eram voltados a um "não-fazer" estatal (TAVARES; LEITE, 2017, p. 42. Em razão de lutas sociais e disputas políticas, surgem novos direitos, ocorre um fortalecimento do trabalho, melhorias nas atividades laborais, bem como de demandas sociais e assistência para a invalidez e para a velhice (TAVARES; LEITE, 2017, p. 42-43).

A Constituição de 1934 tratava a velhice como "etapa improdutiva do trabalhador e que, por tal razão, este merecia os cuidados do Poder Público", e, em algumas situações de risco social, caberia ao Poder Público proporcionar prestações que pudessem permitir a manutenção econômica em situação de velhice, em caso de invalidez ou doença (TAVARES; LEITE, 2017, p. 45).

Nas constituições subsequentes, não sobrevieram modificações acerca dos benefícios previdenciários. Ressalva-se que surge uma necessidade de compreender melhor a velhice, como fenômeno social mais abrangente, garantindo a autonomia da vontade, a acessibilidade, profissionalização, segurança e saúde preventiva, de modo a promover o envelhecimento digno (TAVARES; LEITE, 2017, p. 45).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, em meio ao processo de redemocratização, agregou além do rol de direitos fundamentais a instrumentalidade processual de modo a garantir e proteger esses direitos, assumindo o modelo de constituição dirigente já que a proteção dos direitos fundamentais não se efetuam pelo não-fazer estatal (TAVARES; LEITE, 2017, p. 50), possui programas de várias áreas e o dever estatal de cumprir esse compromissos sociais, ou seja, um "agir"

estatal (PIRES, 2016, p. 29). Conforme Joaquim Gomes Canotilho, citado por Adamário Andrade Tavares e Glauco Salomão Leite, trata-se de

> uma Constituição transformadora da realidade social, que não se satisfaz com a manutenção do status quo. Por isso, vários direitos fundamentais impõem um dever de agir aos órgãos estatais, responsáveis que são pela criação e execução de politicas publicas. Esse é o caso de diversos direitos prestacionais dos idosos (TAVARES; LEITE, 2017, p. 50).

A Constituição Federal de 1998 introduziu mudanças voltadas aos direitos fundamentais, estabelecendo ainda, a dignidade da pessoa humana, na intenção principalmente de proteger esses grupos menos favorecidos como ocorria com as pessoas idosas (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 31).

Antes da aplicação e da compreensão da tutela constitucional do idoso, de acordo com Adamário Andrade Tavares e Glauco Salomão Leite, é necessário considera-lo como sujeito de direitos e destinatário de um conjunto de regras e princípios que levam em conta os traços distintivos desse grupo social (TAVARES; LEITE, 2017, p. 43), ou seja, atentam às suas características, para garantir a criação e execução de medidas adequadamente.

Nesse viés, constata-se que diferentemente das políticas liberais e individuais marcantes no século XVIII caracterizadas pelo não-fazer estatal, hodiernamente, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o modelo de constituição dirigente, composta de compromissos sociais gerou-se a necessidade de um agir estatal de modo a garantir a dignidade humana, criar e executar políticas públicas e amparar os menos favorecidos, como as pessoas idosas.

Sobre a implantação e proteção dos direitos fundamentais, a Constituição apresenta três preceitos; o primeiro está disposto no §1º do artigo 5º, pelo qual se

determina que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Diante disso, todas as autoridades estatais, inclusive o Poder Legislativo são passíveis de controle judicial por ações que excessivamente restringem alguns direitos, ou omissões que impeçam ou dificultem o exercício destes (TAVARES; LEITE, 2017, p. 50).

O segundo aspecto, mencionado no §2º do artigo 5º, institui que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de princípios por ela adotados, tratados fundamentais República Federativa do Brasil, assim o rol de direitos fundamentais não é taxativo (TAVARES; LEITE, 2017, p. 51). No tocante ao terceiro aspecto, o §3º no artigo 5º acrescenta que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros sejam equivalentes às emendas à Constituição assegurando os direitos neles previstos (TAVARES; LEITE, 2017, p. 51).

A Constituição Federal estabelece diretrizes para a implantação dos direitos fundamentais, como o caráter imediato dessas normas, estando, até mesmo, sujeito ao controle judicial o Legislativo em razão de ações que excessivamente restrinjam esses direitos. Ademais, ressalta-se que o rol de direitos fundamentais é meramente exemplificativo, e, por fim, em relação ao ultimo aspecto, aborda que os tratados internacionais aprovados por três quintos nas duas casas legislativas em dois turnos possuem condição de emenda constitucional.

Dentre as políticas estabelecidas na Constituição Federal, observa-se no artigo 203, inciso V, no âmbito da assistência social, a garantia de um salário mínimo à pessoa com deficiência e à pessoa idosa que não possuir meios de promover a

própria manutenção ou tê-la provida por sua família (BRASIL, 1988) (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 31). Assim, observa-se uma preocupação do constituinte em garantir à pessoa idosa um mínimo financeiro, afim de resguardá-la de uma situação de miserabilidade e proporcionar condições mínimas para sua vivência.

A Constituição, ainda, em seu artigo 226 que estabelece a família, como base da sociedade, resguardando a ela a proteção estatal, enfatiza, em seu §8º, que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, instituindo mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988). Nesse viés, observa-se a intenção estatal em proteger a instituição familiar, considerada base da sociedade, resguardando-a e coibindo a violência nas suas relações.

Em seu artigo 229, a Constituição Federal de 1988, afirma que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; os filhos, quando maiores, têm o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988). A Constituição, logo, estabeleceu uma obrigação recíproca entre pais e filhos. Diante disso, os pais devem prover os filhos, e os filhos maiores, por sua vez, possuem o dever de amparar os pais, na velhice, carência ou enfermidade.

Ademais, no artigo 230, a Constituição trata sobre o dever da família, da sociedade e do Estado de ampararem as pessoas idosas, de modo a lhes assegurar a sua participação na sociedade, defender a sua dignidade e bem-estar e garantindo o direito à vida. No §1º estipula que os programas de amparo às pessoas idosas ocorrerão preferencialmente em seus lares (BRASIL, 1988). Por fim, no §2º do mencionado artigo, aos maiores de sessenta e cinco anos, é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988). Neste ponto, a Constituição

atribui solidariamente à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, imputa a preferência de ocorrência das políticas de amparo a esse grupo e garante a gratuidade dos transportes coletivos, estipulando a idade de sessenta e cinco anos para esse benefício.

Logo, em face do modelo de Constituição composta por direitos e garantias fundamentais em um rol exemplificativo, marcada por caráter dirigente que estipula compromissos sociais e por tanto um agir estatal. Cabe, portanto, a adoção de políticas públicas adequadas a garantir a implementação e a preservação desses direitos e garantias fundamentais aos cidadãos e sobretudo às minorias como é o caso dos idosos.

2.6 Política nacional do idoso - Lei n. 8.842 de 1994

A Lei n. 8.842 de 4 de janeiro de 1994, dispõe sobre a política nacional de proteção ao idoso, instituiu o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências (BRASIL, 1994). A finalidade dessa lei é assegurar os direitos sociais do idoso, de modo a promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (artigo 1º) (BRASIL, 1994). Em relação aos conceitos, o artigo 2º considera como idoso a pessoa maior de sessenta anos de idade (BRASIL, 1994).

Dentre os princípios regentes dessa política nacional, o artigo 3º da Lei n. 8.842 define: o dever solidário entre família, Estado, e a sociedade, para assegurar os direitos do idoso, promover sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; a necessidade do processo de envelhecimento ser objeto de conhecimento e informação para todos pois diz respeito à toda a sociedade; a não-discriminação contra o idoso; o idoso como o principal agente e o destinatário das transformações efetivadas por meio desta política; por fim, para a

aplicação dessa política nacional de proteção ao idoso, o poder público e a sociedade devem observar as diferenças econômicas, regionais, sociais e o meio (urbano ou rural) (BRASIL, 1994).

Além de assegurar os direitos e garantias inerentes à pessoa idosa, protegê-la da discriminação, disponibilizar informações sobre o processo de envelhecimento, demonstra-se necessário, para a implementação dessa política nacional, a avaliação da realidade social, econômica, e regional daquele idoso, de modo a garantir a ele um tratamento mais adequado.

A Lei n. 8.842 em seu artigo 4º, aponta nove diretrizes para a implementação dessa política nacional do idoso, dentre as quais, ressaltam-se os incisos I e II que mencionam:

> I: a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;
>
> II: a participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; (BRASIL, 1994).

Em face dessa parcela social composta pelas pessoas idosas, que muito acrescentam à sociedade, sobretudo com a sua sabedoria e a sua vasta experiência, nota-se como pilar fundamental, e, portanto, diretriz dessa política nacional, a promoção da participação, ocupação e convívio do idoso por meio de políticas públicas, planos programas e projetos, afim de proporcionar ao idoso uma melhor qualidade de vida e uma melhor integração social.

A Lei n. 8.842 ainda aborda aspectos relacionados à organização, como consta nos artigo 5º e 6º, a competência do órgão ministerial responsável pela

assistência e promoção social a coordenação geral da política nacional do idoso, a determinação dos Conselhos Nacionais, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal como órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área (BRASIL, 1994). Ademais, o artigo 7º da Lei n. 8.842 estabelece que aos Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais, a competência de "supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas" (BRASIL, 1994).

Em relação às ações governamentais, no artigo 10 a Lei n. 8.842 prevê atuações na área de promoção e assistência social, saúde, educação, trabalho e previdência social, habitação e urbanismo, justiça, cultura, esporte e lazer (BRASIL, 1994). Desse modo, conta no inciso VI a promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa, bem como o zelo ao aplicar as normas e realizar determinadas ações visando evitar abusos e lesões aos direitos desse grupo (BRASIL, 1994). Nesse viés, observa-se a importância jurídica de não apenas promover os direitos como também proporcionar uma proteção, afim de resguardar sobre possíveis abusos e lesões.

Sinteticamente, a Lei n. 8.842 de 1994, que trata sobre a Política Nacional do Idoso, que antecede o Estatuto do Idoso, apresenta, além de uma definição cronológica de idoso, a finalidade de proporcionar os direitos sociais do idoso e assim promover a sua autonomia, integração e participação social. Apresenta ainda princípios, diretrizes, além de trazer um rol exemplificativo de ações governamentais de diversas áreas voltadas para esse público e até mesmo diretrizes administrativas, para possibilitar essa implementação.

2.7 Estatuto do Idoso - Lei n. 10.741 de 2003

Antes de realizar uma análise sobre o Estatuto da Pessoa Idosa é importante tratar dos princípios, pois, conforme Roberto Mendes de Freitas Junior, "O princípio traz consigo regras fundamentais que servem de embasamento a todo o ordenamento jurídico", entretanto, podem ou não estar positivados no ordenamento (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 6). Assim, os direitos dos idosos, presentes na legislação e no Estatuto do Idoso, estão amparados em alguns princípios, dentre eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade social, princípio garantidor dos direitos do idoso, princípio da manutenção dos vínculos familiares (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 6-10).

O princípio da dignidade da pessoa humana, o principal direito, a partir do qual surgem os demais, o qual orienta a atuação da sociedade e dos agentes públicos (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 6). O princípio da solidariedade social, refere-se ao acolhimento do idoso, que se encontra em risco social, desamparado, ou quando não possui condições mínimas de subsistência (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 7). Há, ainda, o princípio garantidor dos direitos dos idosos, que assegura ao idoso absoluta prioridade, conforme os artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto do Idoso, sendo que o artigo 6º estabelece que cabe aos membros da sociedade a obrigação de comunicar às autoridades no caso de risco ao idoso (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 8).

O princípio da manutenção dos vínculos familiares garante que qualquer medida ou decisão judicial deverá considerar a necessidade do idoso manter o vínculo com seus familiares, sendo, portanto, a retirada do idoso do convívio familiar uma medida extrema, devendo ser aplicada apenas em situações excepcionais (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 9-10). Esses princípios compõem as diretrizes da nossa legislação e da atuação do poder público, de modo que as leis e as

políticas públicas assegurem esses direitos e protejam os indivíduos de eventuais violações.

Em suas disposições preliminares, o Estatuto do Idoso ressalta a sua destinação à regular os direitos a pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2003), ou seja, é voltado ao idoso conforme o critério cronológico adotado pelo Estatuto, mencionado no item 1.1 desta monografia. É importante mencionar que nas palavras de Roberto Mendes de Freitas Junior,

> O texto não diferencia o idoso capaz, que se encontra em plena atividade física e mental, do idoso senil ou incapaz, considerando-os, todos, sujeitos protegidos pela nova legislação, denominada Estatuto do Idoso (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 11).

Ademais, o artigo 2º do referido diploma legal garante ao idoso gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo à "Proteção Integral", de modo a assegurar-lhe oportunidades, facilidades, para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

O Estatuto, estabelece, no artigo 3º, a obrigação da família, da comunidade, da sociedade, e do Poder Público, em assegurar ao idoso absoluta prioridade, e efetivação dos seus direitos, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, etc., atingindo, desta forma, todas as áreas da vida do idoso (BRASIL, 2003).

A prioridade garantida aos idosos manifesta-se desde o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços, passando pela destinação de recursos públicos até a prioridade de recebimento da Restituição do Imposto de Renda, conforme o artigo

3º do Estatuto do Idoso. O citado artigo, ao tratar das prioridades, estabeleceu no §2º a prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos (BRASIL, 2003). Deve-se ressaltar, portanto, que essa prioridade especial se faz necessária, uma vez que com o aumento da longevidade e com o envelhecimento populacional é comum observar-se a existência de filas de atendimento preferencial sempre cheias, sobretudo em bancos e determinadas lojas.

Estabelece-se ainda, no artigo 7º, o dever dos Conselhos Nacional, Estadual, do Distrito Federal, e Municipais do Idoso, previstos na Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, em zelar pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos em Lei, uma vez que, nos termos do artigo 46 do Estatuto, "A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (BRASIL, 2003). Além disso, nos termos do artigo 9º do Estatuto, é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, por meio de políticas públicas que possibilitem o envelhecimento saudável e condições de dignidade (BRASIL, 2003).

Muito embora já sejam garantias constitucionais, o Estatuto ainda reiterou no seu artigo a obrigação do Estado em garantir à pessoa idosa o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, conforme ao artigo 10 do mencionado Estatuto (BRASIL, 2003). No tocante à liberdade, ela compreende: o direito de ir, e vir, estar em logradouros públicos e espaços comunitários; direito de opinião e expressão; crença; direito à prática de esportes e diversões, participar na vida política, buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 2003).

O Estado ainda garantirá o direito ao respeito que vai desde a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, alcança a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais (BRASIL, 2003). O direito à dignidade, que compreende o zelo pelo idoso, colocando-se ressalvado de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (BRASIL, 2003).

Neste viés, o artigo 11 estabelece que a obrigação de pagar alimentos ocorrerá na forma da lei civil, tratando-se, portanto, de uma obrigação recíproca entre pais e filhos, cabendo aos filhos o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, conforme o artigo 1.696 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002) e artigo 229 da Constituição Federal (RIBEIRO; FULLER; HORVATH JÚNIOR; RIBEIRO, 2016, p. 64) (BRASIL, 1988) (BRASIL, 2003) (BRASIL, 2002). É importante ressaltar, que para Roberto Mendes de Freitas Junior, o fundamento encontra-se no vínculo de parentesco, decorrente da solidariedade familiar, que materializa a dignidade humana (RIBEIRO; FULLER; HORVATH JÚNIOR; RIBEIRO, 2016, p. 64).

Inicialmente, o entendimento nos tribunais era de que a obrigação de prestar alimentos não seria solidária, seria, pois, divisível, entre os possíveis coobrigados. Conforme Lauro Luiz Gomes Ribeiro, Greice Patrícia Fuller, Miguel Horvath Júnior e Juliana do Val Ribeiro, essa compreensão fica evidente no julgamento da Apelação Cível 70.006.634.414, 7ª Câmara Cível, julgamento em 22-10-2003, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIBEIRO; FULLER; HORVATH JÚNIOR; RIBEIRO, 2016, p. 65-67). Em contrapartida, no Recurso Especial 775.565/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, prevaleceu a literalidade do artigo 12 do Estatuto da Pessoa Idosa, ou seja,

a obrigação de prestar alimentos é solidária e poderá o idoso optar entre os prestadores, entendimento que prevalece atualmente (RIBEIRO; FULLER; HORVATH JÚNIOR; RIBEIRO, 2016, p. 65-67).

No tocante às transações relativas a alimentos, celebradas pelo Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará e passarão a ter efeito de título extrajudicial nos termos da lei civil (BRASIL, 2003). Ressalte-se ainda que as o Estatuto estabeleceu ao Poder Público o dever de prestar alimentos, no âmbito da assistência social, em face da impossibilidade do idoso e de seus familiares promoverem o seu sustento (BRASIL, 2003).

Em relação ao direito à saúde o artigo 15 afirma que

> É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos (BRASIL, 2003).

Ainda no âmbito da saúde, é garantido ao idoso internado ou em observação o direito a acompanhante, estando o idoso no pleno domínio das suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for mais favorável (BRASIL, 2003). Cabendo às instituições de saúde o dever de atender aos critérios mínimos para atender às necessidades do idoso, de modo a promover o treinamento e a capacitação adequada (BRASIL, 2003).

Além disso, é assegurado ao idoso o direito à "educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à diversões, a espetáculos, a produtos e a serviços que respeitem sua peculiar condição de idade", nos termos do artigo 20 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003). Em relação ao lazer é garantida a participação mediante descontos de no mínimo

50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos, e de lazer, conforme artigo 23 da mencionada lei (BRASIL, 2003).

Sobre a profissionalização e o trabalho, o artigo 28 estabelece que o Poder Público criará e estimulará programas: de profissionalização especializada para idosos, aproveitando os seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; a preparação dos trabalhadores idosos para a aposentadoria com antecedência mínima de 1 (um) ano; estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho (BRASIL, 2003).

O Estatuto, ainda resguardou outros direitos já previstos em outras Leis e inclusive na Constituição Federal, como exemplo, no artigo 34 assegurou aos idosos a partir de 65 (sessenta e cinco anos) que não possuam meios para promover sua subsistência o benefício mensal de 1(um) salário mínimo nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social (BRASIL, 2003).

A gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, sendo-lhes reservados 10% (dez por cento) dos assentos, devidamente identificados, conforme o artigo 39 do Estatuto do Idoso. Contudo, o Estatuto atribuiu à legislação local o dispor sobre as condições para exercício da gratuidade em relação à faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco anos) (BRASIL, 2003).

Constatou-se que os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, garantidor dos direitos do idoso, manutenção dos vínculos familiares, estando ou não positivados no ordenamento, são direcionamentos para a elaboração de leis e a sua interpretação. Não era o objetivo deste ponto analisar e abordar todos os artigos que compõe o Estatuto da Pessoa Idosa, o objetivo foi trazer

uma abordagem geral da lei, ressaltando as suas áreas de aplicação, os direitos e garantias que visou resguardar à pessoa idosa.

2.8 Políticas públicas implementadas por outras leis e decretos

Em face desse amparo da legislação voltado aos direitos, às garantias e à proteção à pessoa idosa é necessário apresentar algumas políticas públicas já efetivadas, distintas das voltadas à atuação do Poder Judiciário, como a "Central do Idoso" tratada a seguir. Em meio a esse rol exemplificativo de políticas públicas pode-se mencionar a acessibilidade, atendimento diferenciado no INSS, gratuidade nos transportes urbanos coletivos, bem como a prioridade processual.

A acessibilidade mencionada na Constituição, em seu artigo 227, §1º, II e §2º juntamente com o artigo 244, que utiliza a terminologia de pessoas com deficiência, pode ser entendida como o direito de ir, vir, comunicar-se, realizar interações sociais com autonomia (GUERRA, 2017, p. 60). Esse direito, incialmente, era limitado à retirada de barreiras arquitetônicas e ao acesso ao transporte coletivo (GUERRA, 2017, p. 60). Apenas com a Lei n. 7.853/90 que Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, a Lei n. 10.048/2000, que atribui as prioridades a determinadas pessoas, e a Lei n. 10.098/2000, que dispõe sobre a promoção da acessibilidade, observou-se a relevância desse direito, sobretudo para minimizar as dificuldades enfrentadas por esses grupos (GUERRA, 2017, p. 60).

Nesse contexto, o Estatuto do Idoso estabeleceu como princípios atrelados aos programas subsidiados com recursos públicos, dentre os quais: "(i) implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso; (ii) eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas; e (iii) preferência na aquisição de unidades residenciais situadas no pavimento térreo" (GUERRA, 2017, p. 61). O

Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257/2001 estabeleceu também algumas diretrizes como a necessidade de respeitar a acessibilidade do ambiente tanto de espaços públicos quanto de ambientes privados de uso coletivo (GUERRA, 2017, p. 62).

Relacionado ainda sobre esse direito o Decreto n. 5.296/2004, além de trazer um rol exemplificativo de medidas voltadas à acessibilidade, como assentos preferenciais, sinalização ambiental, local específico para atendimento, dentre outras medidas, apresenta também o conceito de acessibilidade, definindo em seu artigo 8º, I, como

> [...] condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2004) (GUERRA, 2017, p. 61-62)

Nesse ponto, observa-se que o legislador buscou implementar diretrizes, medidas, princípios e outros fundamentos com a intenção de garantir o direito à acessibilidade, não apenas para as pessoas com deficiência como também para as pessoas idosas, proporcionando a elas autonomia de ir, vir, comunicar-se e relaciona-se com o meio de forma segura e minimizando as dificuldades. Muito embora deva ser ressaltado que a norma não se opera por si só.

O Decreto n. 1.948/96 atribuiu aos órgãos ministeriais, sobretudo ao Ministério da Saúde em articulação com as outras secretarias o dever de: garantir ao idoso acesso integral à saúde; estimular a participação do idoso nas diversas áreas de atendimento e controle do Sistema Único de Saúde; desenvolver políticas voltadas ao envelhecimento saudável; desenvolvimento de programas de prevenção e educação voltados à saúde do idoso (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 31).

Conforme mencionado por Ricardo Maurício Soares e Charles Silva Barbosa, no âmbito da Ação Civil Pública n. 21780-16.2014.4.01.3500, na Justiça Federal em Goiás determinou que o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) reestabelecesse, de forma definitiva, o serviço presencial de simulação de aposentadoria e a sua divulgação em sítio eletrônico, tendo como um dos fundamentos da decisão a dificuldade que as pessoas idosas possuem de lidar com a rede de computadores, ressaltando, na decisão, que o INSS não poderia, alegando falta de recursos humanos, deixar de prestar o serviço de forma eficiente (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 34-35).

O artigo 230, §2º, da Constituição Federal estabelece que aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade nos transportes coletivos urbanos. Conforme o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AI. AI 707810 AgR. DJe de 06/06/2012, trata-se de uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata cabendo aos Estados o dever de fiscalização, (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 36) (BRASIL, 1988). Dessa forma, os idosos maiores de sessenta e cinco anos possuem o direito de gratuidade nos transportes públicos urbanos, cabendo ao poder público fiscalizar o exercício desse direito pelos estados.

Nesse sentido, a Lei de Organização da Assistência Social (LOAS) em seu artigo 20 garantiu aos idosos e portadores de deficiência que não possuem meios para prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família o direito ao benefício da prestação continuada que consiste em um salário mínimo mensal (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 37) (INSS, 2017). Em consonância com o artigo 20 §3º da LOAS, "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um

quarto) do salário-mínimo", estabelecendo-se critérios para a concessão deste benefício (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 37).

Ressalte-se que havia discussão em relação a esse critério, mas o Estatuto do Idoso estabeleceu que o benefício já concedido a qualquer membro da família não seria computado no cálculo da renda *per capta* daquela família, uma vez que o principal critério é avaliar a miserabilidade social das famílias que possuem entes portadores de deficiência ou idosos (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 38).

O estatuto do Idoso assegurou, em seu artigo 71, a

> [...] prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância (BRASIL, 2003).

Cabendo ao interessado requerer o benefício à autoridade judiciária competente que decidirá sobre o feito, ressaltando que essa prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se ao cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, maior de sessenta anos (BRASIL, 2003). Assim, muito embora seja um direito do idoso, ele terá que ser requerido à autoridade judiciária, ficando claro que esse direito não morre junto ao beneficiário, poderá ser transmitido para o cônjuge sobrevivente, companheiro ou companheira maior de sessenta anos.

Ademais, a prioridade se estende, por outro lado, aos processos e procedimentos na Administração Pública, da mesma forma, nas empresas que prestam serviços públicos, nas instituições financeiras, na Defensoria Pública, e em relação aos Serviços de Assistência Judiciária, conforme determinado no Estatuto do Idoso no parágrafo único do artigo 3º (BRASIL, 2003). Ressalte-se que dentre os processos de idosos, terão uma especial prioridade aos maiores de 80 anos, conforme

o referido estatuto (BRASIL, 2003). Dessa forma, a tramitação prioritária não se aplica somente aos processos no Poder Judiciário, como também a processos e procedimentos que envolvam a Administração Pública, bem como empresas e órgãos públicos, como a defensoria pública.

Por fim, é importante mencionar o serviço implementado pelo TJDFT denominado de "Central Judicial do Idoso", esse projeto surgiu por uma parceria do MPDFT com o TJDFT, visando desenvolver um trabalho preventivo destinada à pessoa idosa do Distrito Federal, que tenha sofrido alguma ameaça ou violência a seus direitos ou que precise de orientação e atendimento jurídico, por meio de equipe multiprofissional que procura fazer um atendimento especializado e encaminhar par ao órgão competente (TJDFT) (MPDFT). O qual desempenha sessões de mediação voltado a tratar os conflitos familiares que envolvem o idoso, os quais serão analisados no último capítulo desta pesquisa.

2.9 Direito internacional e os direitos da pessoa idosa

Entender os direitos humanos é um aspecto fundamental para entender as relações internacionais e a influência desses direitos nos ordenamentos pátrios (MORAIS; SILVEIRA; ARAÚJO, 1999, p. 35). Os direitos humanos não são regras de conteúdo estanque, ou elaborados apenas pela compreensão do que seja uma natureza inerente ao homem, como pensado por John Locke, para quem os direitos humanos estariam vinculados à "natureza" humana, a qual estariam vinculados os direitos daquele seguimento social, qual seja a burguesia (MORAIS; SILVEIRA; ARAÚJO, 1999, p. 35-36).

Após o advento das duas grandes guerras mundiais, os líderes políticos fundaram a Organização das Nações Unidas na tentativa de promover a paz entre as

nações (VASCONCELOS, 2017, p. 145). Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, almejando reunir os ideais da Revolução Francesa: liberdade igualdade e fraternidade.

Deste modo,

> [...] a Declaração Universal reafirma o conjunto de direitos das revoluções burguesas (direitos de liberdade, ou direitos civis e políticos) e os estende a uma série de sujeitos que anteriormente estavam excluídos (os escravos, as mulheres, os estrangeiros e, mais adiante, as crianças) (VASCONCELOS, 2017, p. 145).

Os direitos humanos traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, uma vez que invocam uma proteção à dignidade humana e à prevenção do sofrimento humano (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 125). Historicamente, ocorreram graves violações a direitos humanos, a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos, o outro era visto com um ser menor em dignidade, e por isso era considerado descartável (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 125).

Assim, inicialmente, a proteção aos direitos humanos, marcada pela proteção geral e abstrata, relacionada à igualdade formal, dentro da ideia que "todos são iguais perante a lei", posteriormente surge a ideia de igualdade material, que, neste ponto, era voltada ao ideal de justiça social e distributiva (baseada no critério socioeconômico), e, em seguida, surge uma outra forma de igualdade material esta voltada ao reconhecimento de identidades, sejam elas por critérios de gênero, raça, etnia, dentre outros (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 126). Conforme afirma Nancy Fraser, "a justiça exige simultaneamente, redistribuição, e reconhecimento de identidades" (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 126).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, inovação em meio à internacionalização dos direitos humanos e de humanização do direito internacional, caracterizada pela universalidade, em razão da extensão, determina que a condição humana é o único requisito para a titularidade desse direito, e pela indivisibilidade, uma vez que os direitos civis e políticos são condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais, dentre outros a interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 127).

Dentre os direitos apontados na Declaração Universal de Direitos Humanos, pode-se mencionar: o direto à igualdade de oportunidades, ninguém é superior a ninguém em dignidade; o direito à vida, integridade, vida privada, honra, família, previdência social, educação e cultura, sendo que, nas palavras de Carlos Eduardo de Vasconcelos,

> [...] o princípio da existência digna [...]. Implica proteção especial aos que estão situados em condições de vulnerabilidade (crianças, adolescentes, idosos, portadores de qualidades especiais, grávidas, consumidores, índios etc.) (VASCONCELOS, 2017, p. 148-149);

Ademais, há o direito fundamental à estabilidade democrática que supõe a independência e harmonia entre os serviços públicos e poderes (executivo, legislativo e judiciário), bem como garantir um amplo acesso à justiça (VASCONCELOS, 2017, p. 150). Nesse ponto, fica clara a relação dos direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos com a mediação, uma vez que se trata de uma ferramenta que além de prezar pela socialização, rejeita o caráter de exclusão havendo sempre uma bipolaridade, um vencedor e um perdedor (VASCONCELOS, 2017, p. 155).

Carlos Eduardo de Vasconcelos aponta que

> [...] na perspectiva de uma cultura de paz, sob o primado dos jogos de ganha-ganha e dos direitos humanos, o que deve estar em pauta, a nosso ver, é o aprimoramento das instituições democráticas, a viabilização de uma cidadania empreendedora e socialmente responsável e, enfim, as bases para o desenvolvimento sustentável nos âmbitos locais e planetário (VASCONCELOS, 2017, p. 155).

Em meio a esse processo de universalização dos direitos humanos, foi estabelecido um sistema internacional de proteção a esses direitos, um sistema integrado, que possui como um de seus principais alicerces a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados que invocam o consenso internacional visando garantir direitos coletivos mínimos, o chamado "mínimo ético irredutível" (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 127).

É evidente o interesse internacional, em meio a esse processo de universalização dos direitos humanos, garantir a todos os seres humanos um mínimo ético irredutível, que possui como uma de suas vertentes as garantias de igualdade, sendo ela formal, voltada ao critério socioeconômico, e a material voltada ao critério de igualdade de identidades.

A Declaração de Universal dos Direitos do Homem, de 1948, anunciou que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direito", esse declaração, no seu artigo II, estabelece o direito de gozar de direitos e liberdades nela estabelecidos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, dentre outros (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 128). Estabelece, ainda, em seu artigo VII, o conceito de igualdade formal "todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei" (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 128).

Houve outros documentos volvidos a estabelecer direitos e garantias individuais, dentre eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que garantiu a todos os indivíduos que estivessem no território o acesso à jurisdição e aos direitos presente no pacto sem discriminação, promulgado no BRASIL pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992); a Recomendação Geral n. 18 de 1989 realizada pelo Comitê de Direitos Humanos, que estabeleceu como princípio fundamental o princípio da não discriminação. Houve ainda, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, detentor de cláusula de proibição da discriminação, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 etc. (BRASIL, 1992) (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 128).

A Organização das Nações Unidas, demonstrando preocupação sobre os direitos da pessoa idosa, promoveu a convocação em 1982 pela Assembleia Geral da primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, a qual resultou o "Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento" que tratou sobre saúde, nutrição, proteção do consumo, habitação, meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de emprego/renda e educação (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 28).

Em 1990, na 68º reunião plenária da Assembleia Geral, a ONU observou insuficiência de ações, pois, mesmo que a Resolução n 45/ 106 tenha registrado preocupação em relação ao tema e instituído o "Dia Internacional das Pessoas Idosas" (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 28- 29). Nesse contexto, a Resolução 43/93 determinou que o envelhecimento deveria ser considerado prioridade entre 1992 e 1997, contudo, os recursos não foram suficientes para a implementação do programa e a promoção da prioridade adequada (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 29).

É válido mencionar que a Resolução n. 45/106 reafirmou a pessoa idosa

> [...] como um valor social, dotada da capacidade de contribuir de maneira significativa para o processo de desenvolvimento, externou-se a consciência da necessidade de cooperação internacional inovadora e efetiva, para que os países possam alcançar a autossuficiência no tratamento do envelhecimento de suas populações, bem como reconheceu-se a complexidade e rapidez do envelhecimento da população mundial e, portanto, a necessidade de se construir uma base comum de referência para a proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa, incluindo a contribuição que podem e devem oferecer à sociedade (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 29) .

Surgiu, ainda, no contexto desses Pactos e Convenções Internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 1965, que estabelece o combate à discriminação como medida emergencial à implementação do direito à igualdade (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 130). Objetiva-se, portanto, uma igualdade material, sobretudo em prol dos grupos vulneráveis socialmente (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 130-131).

Em 1982, surge o Plano Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, que possui recomendação de ações sobre o impacto do envelhecimento, e no desenvolvimento de políticas públicas em geral e voltadas a questões que se relacionam ao envelhecimento como saúde, nutrição, proteção ao consumidor idoso, moradia, família, bem-estar social, emprego e seguridade social (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 133). Esse plano estabeleceu uma agenda internacional sobre essas questões, voltadas, ao envelhecimento individual e populacional, visando a independência e autonomia das pessoas idosas, sua inserção no mercado de trabalho e a implementação de políticas específicas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 133).

Um dos marcos dessa política de proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa foi a instituição do dia 1º de outubro como dia Internacional do Idoso,

introduzindo "um marco de revisitação do cenário em que se localiza essa minoria" (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 29). Essa política decorre do reconhecimento que o envelhecimento é um processo demográfico único e irreversível, o qual resulta no envelhecimento da população (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 29). Neste mesmo contexto de tentar fortalecer essa minoria, substituiu-se o vocábulo "idoso" pelo termo "pessoa idosa". A velhice deve ser vista como um valor social, algo inerente aos fundamentos da sociedade democrática e republicana que vise proteger a substancialidade dos direitos e a preservação da dignidade das pessoas.

É na década de 1990 que o tema "envelhecimento" passa a ter destaque nas discussões internacionais no âmbito das Nações Unidas,

> [...] em 1991, a Assembleia Geral adota os Princípios da ONU para Pessoas Idosas (Resolução 46/91); em 1992, a Assembleia Geral aprova a Proclamação sobre o Envelhecimento, estabelecendo o ano de 1999 como o Ano Internacional dos Idosos e definindo parâmetros para o início da elaboração de um marco conceitual sobre a questão do envelhecimento. Em 1995 é elaborado o marco conceitual do Ano Internacional do Idoso, [...], com quatro questões principais: situação dos idosos, desenvolvimento individual continuado, relações multigeracionais e inter-relação entre envelhecimento e desenvolvimento social. Em 1999, consagrada o "Ano Internacional do Idoso", os países foram incentivados a aplicar os cinco princípios básicos consagrados em 1991: independência, participação, cuidados, autorrealização e dignidade das pessoas idosas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 134).

Em 2002, sob uma intensa participação da sociedade, ocorreu a II Conferência Internacional sobre Envelhecimento, em Madri, na qual foram adotadas a Declaração Politica e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 134). Dentre as suas prioridades estavam a igualdade na oportunidade de trabalho para as pessoas idosas,

visando melhorar o reconhecimento público da produtividade e das contribuições das pessoas idosas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 134-135).

Diante disso, o direito à acessibilidade previsto no artigo 227, §1º, II e §2º, em conformidade com o artigo 244, ainda sob a terminologia pessoa com deficiência ambos da Constituição Federal, assegurou a possibilidade de ir e vir, de se comunicar e de proceder comunicação social em geral (GUERRA, 2017, p. 60). Esse direito foi ampliado em decorrência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD-ONU, Nova Iorque EUA, 2007) e a sua promulgação pela República Federativa do BRASIL, conforme o disposto no artigo 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do BRASIL, ganhando, assim, equivalência de emenda constitucional (GUERRA, 2017, p. 64).

Diante disso, a CIDPD ONU gravita no bloco da constitucionalidade, promovendo direitos e deveres fundamentais. Nota-se que o conceito de pessoa idosa possui uma maior extensão em seu artigo 1º abrangendo:

> [...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas(GUERRA, 2017, p. 66).

Em 2009, o Comitê Consultivo do Conselho de Direitos Humanos, definiu um mecanismo no âmbito das Nações Unidas, voltado a um estudo profundo sobre a discriminação sob a perspectiva dos direitos humanos da pessoa idosa. Assim, demonstra-se necessária uma convenção internacional dos direitos humanos da pessoa idosa com a finalidade de modificar atitudes negativas, aumentar a visibilidade das pessoas idosas, conferir maior clareza às responsabilidades dos Estados, (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 135-136). Em 2010 foi criado o Grupo

de Trabalhos sobre Envelhecimento, e em 2011 foi apresentado o Relatório do Secretário Federal das Nações Unidas à Assembleia Geral, que examinou os problemas e desafios dessa perspectiva de direitos humanos voltados aos idosos, identificando questões e estabelecendo estratégias para tratá-las (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 136-137).

Posteriormente, em setembro de 2013, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio da Resolução n. 24/20, estabeleceu o mandato, por um período de três anos, de *Expert Independente* sobre o exercício de todos os direitos humanos pelas pessoas idosas, incluindo: avaliação e implementação de instrumentos internacionais em relação às pessoas idosas; considerar a opinião de especialistas, Estado; alertar sobre os desafios encontrados na realização desses direitos; trabalhar a cooperação entre os Estados; integrar a perspectiva de gênero; dentre outros (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 140-141). Nesse contexto, em 2014, em zelo à Resolução n. 24/25 do Conselho de Direitos Humanos, foi organizado o Fórum Social sobre direitos das pessoas idosas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 141).

Assim sendo, a pessoa idosa passa a estar inserida nesse viés composto por múltiplas possibilidades, devendo o legislador e o jurista operar as mudanças culturais de modo a garantir o direito à acessibilidade para esse grupo social, de modo a incentivar a transposição de obstáculos, uma vez que tanto no caso da idade avançada quanto no caso da deficiência essas necessitam de uma luta pelo reconhecimento da sua dignidade, concretizando diversos princípios (GUERRA, 2017, p. 64-74).

Ademais, a interação entre diferentes idades permite a construção de uma existência digna, cívica e constitucionalmente adequada se sua condição é lutar pelo

reconhecimento dos seus direitos, inspirando, inclusive, outras gerações (GUERRA, 2017, p. 74). Demonstra-se, em face das diferenças encontradas nesse grupo, a consideração dessas peculiaridades na elaboração e implementação das normas internacionais de proteção dos direitos das pessoas idosas (PIOVESAN; KAMIMURA, 2017, p. 146).

Em suma, é evidente uma preocupação internacional sobre a garantia dos direitos humanos às pessoas idosas. Diante disso, desde a década de 1950, as Nações Unidas têm demonstrado interesse nessa área visando prevenir sobretudo a discriminação e direitos como a saúde, nutrição, o reconhecimento da sua dignidade e da sua capacidade laboral. Assim, vale ressaltar que, para que seja implementada uma política internacional dos idosos, é necessário a observação das peculiaridades desse grupo.

3 O ESTUDO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Considerações iniciais

Após tratar-se no primeiro capítulo das questões voltadas à pessoa idosa (conceituação, dados, e a legislação relacionada ao tema). No presente capítulo o objetivo é tratar sobre o estudo do conflito na sociedade, bem como dos métodos alternativos utilizados para solucioná-los.

Será abordado o conflito sob o seu aspecto histórico e social. Posteriormente serão abordados aspectos gerais sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, sob o ponto de vista processual, tratativa feita pelo Código de Processo Civil, os princípios relevantes ao tema, e outras características, de modo introdutório.

Por fim será realizada uma análise mais aprofundada sobre cada um do métodos alternativos de resolução de conflitos, primeiramente tratou-se da arbitragem, em seguida da negociação, da conciliação e da mediação, e por fim, da constelação familiar, visando, sobretudo, explicitar as suas principais aplicações, afim de demonstrar porque a mediação é o método mais adequado a tratar os conflitos familiares.

3.2 O conflito

Primeiramente, antes de tratarmos dos métodos alternativos de resolução de conflitos é importante entender o conflito, a sua origem, suas características, classificações, e elementos que o compõe (VASCONCELOS, 2017, , [p. 21-36]). Historicamente, mais de noventa e nove por cento da história da humanidade foi vivenciada pelos nômades que viviam da caça, da pesca, e da coleta de mantimentos (VASCONCELOS, 2017 , [p. 26]).

À época, não havia castas, classes sociais, estados ou hierarquias formais, os conflitos eram mediados pela comunidade, sendo que as penas possuíam um caráter sacro, e os sacrifícios realizados em rituais, como uma forma de proteger a comunidade, e não como uma sanção imposta por uma autoridade (VASCONCELOS, 2017, [p. 26]). Conforme pesquisa realizada pelo antropólogo e mediador William Ury, cofundador do Harvard's Program on Negociation, demontra-se que há cerca de dez mil anos tornou-se viável viver da agricultura e da pecuária, transformando-se, portanto, a população nômade em sedentária, acumuladora de riquezas, criando-se reinados, escravizando os povos derrotados (VASCONCELOS, 2017, [p. 26]).

Ante referido quadro, a corecitividade difusa que ocorriam nas sociedades primitivas foi substituída por um direito tradicional e a prática da mediação e da conciliação mantiveram-se, conduzidas por chefes, líderes oficiais ou não, mas que exerciam alguma ascendência hierárquica no processo (VASCONCELOS, 2017, [p. 26-27]).

Com o desenvolvimento da escrita ocorreram mudanças nas relações, reforçando-se a burocracia com a imposição de padrões normativos, e a violência se assente na ameaça e na força física (VASCONCELOS, 2017, [p. 26]). Assim, no contexto pós Revolução Industria, o aumento da população nos grandes centros, as cidades toram-se maiores e mais complexas as relações interpessoais e interinstitucionais, ampliando-se a conflituosidade. (VASCONCELOS, 2017, [p. 29]).

Conceitualmente, o termo conflito significa dissenso, ou seja, expectativas, valores e interesses contrariados (VASCONCELOS, 2017, [p. 21]). Numa disputa conflituosa, na qual trata-se a outra parte como adversária, inimiga ou infiel, tenta-se, com uma posição unilateral enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte (VASCONCELOS, 2017, [p. 21]).

Contudo, é impossível uma relação interpessoal plenamente consensual, o conflito é inevitável e quando isso é compreendido torna-se possível desenvolver soluções autocompositivas (VASCONCELOS, 2017, [p. 21]). Nesse ponto, a negociação desses conflitos é algo que faz parte do dia-a-dias das relações sócias, e por isso, conforme afirma Carlos Eduardo VASCONCELOS, "Prevenir a violência equivale a compreender e humanizar o dilema desse violento potencial que há em nós" (VASCONCELOS, 2017, [p. 21]).

Antes de mencionar os métodos de resolução de controvérsias é importante abordar os processos de resolução de disputas, sendo eles destrutivos ou construtivos (AZEVEDO, 2009, p. 19). Os processos destrutivos de resolução de disputas, os quais influenciam na expansão do conflito, e na litigiosidade da parte que apenas busca "vencer" (AZEVEDO, 2009, p. 19). Em contrapartida, há os conflitos construtivos que visam o fortalecimento da relação preexistente ao conflito, tais processos são caracterizados por estimular as partes a desenvolverem soluções adequadas, a disposição delas para tratar todas as questões que influenciem nessa disputa (independente de tutela jurisdicional), além de o condutor motivar a todos prospectivamente a resolver essas questões e dar condições parar que essas possam ser reformuladas (AZEVEDO, 2009 p. 19-20). Visa-se, então desenvolver o processo de modo a afastá-lo do viés destrutivo para o caráter construtivo (AZEVEDO, 2009 p. 27).

Ademais, há o conflito interpessoal que se compõe de três elementos, sendo: o relacionamento interpessoal: pressupõe ao menos duas pessoas em relacionamento, com suas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas; problema objetivo, trata-se da razão objetiva, concreta, e material; trama ou processo, expressa as contradições entre o dissenso, a estrutura, e as necessidades (VASCONCELOS, 2017, [p. 22]).

Nesse viés, é importante ressaltar que os conflitos decorrentes das relações sociais do homem podem ser divididos em quatro espécies, a saber: conflitos de valores (diferenças na moral, na ideologia e na religião); conflitos de informação (informação incompleta, distorcida); conflitos estruturais (circunstâncias sociais, políticas e econômicas dos envolvidos); conflitos de interesses (reivindicação de bens e direitos de interesse comum e contraditório (VASCONCELOS, 2017, [p. 23]). É

latente, portanto, a necessidade de aplicação desses métodos como a conciliação e a mediação não apenas para solucionar conflitos, mas também, para fortalecer as relações sociais.

De acordo com Carlos Eduardo Vasconcelos,

> Tradicionalmente, concebia-se o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social; e que a paz seria fruto da ausência de conflito. [...]. O conflito, quando bem conduzido, evita a violência e pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo (VASCONCELOS, 2017, [p. 22]).

Em suma, o conflito é observado desde os primórdios da humanidade e, junto a ele são observadas as formas de solucioná-los. Assim, mesmo no contexto dos nômades haviam pessoas responsáveis por mediar os conflitos, de modo a resgatar a paz social da comunidade. O conflito, é visto como o dissenso, contudo, quando tratados adequadamente podem resultar em mudanças positivas, e, inclusive, o ganho mútuo.

3.3 A autocomposição e os métodos para alcançá-la

Conforme a cultura jurídico-social, o meio de pacificação social é a jurisdição estatal, e por isso a sociedade tem como um de seus fundamentos a intervenção do Estado no conflito (CALMON, 2013, p. 81). Cabe abordar a conceituação do conflito, mais especificamente a "cultura de conflitos". Assim, o conflito ocorre quando o equilíbrio social é atingido e implica em "lutas" entre duas ou mais pessoas sobre valores, posições e recursos, não é um fenômeno apenas individual, mas também, metaindividual e social (CALMON, 2013, p. 81).

Desse modo, apresenta-se na sociedade uma "cultura de conflitos", não apenas em relação ao número de conflitos, mas igualmente, ao hábito predominante

de atribuir ao Estado a responsabilidade de solucionar suas demandas (CALMON, 2013, p. 15-19). Nas relações humanas observa-se que nem sempre a autocomposição surge espontaneamente, do que se conclui a necessidade de aplicar métodos para obtenção desta autocomposição.

Pode-se definir a autocomposição como uma forma de solução de conflitos na qual as partes envolvidas buscam obter uma solução razoável para a disputa existente por meios persuasivos e consensuais (LUCHIARI, 2012, p. 10) Nesse sentido, ela pode ocorrer de formas distintas: (1) extraprocessual: totalmente independente, sem a propositura de demanda judicial relativa à questão discutida ou à composição alcançada; (2) pré-processual, quando ocorre antes da propositura da demanda que questiona seus limites, validade e/ou eficácia; (3) intraprocessual, se, no processo, obtém-se a autocomposição; (4) pós-processual, após o encerramento do processo judicial (LUCHIARI, 2012, p. 10-11). A autocomposição, portanto, é um método que pode ser utilizado para as partes obterem uma solução para a sua disputa, sendo que pode ocorrer de forma extraprocessual, pré-processual, intraprocessual, pós-processual.

A autocomposição, contudo, é diferente da autotutela, uma vez que esta é a imposição de uma das partes, enquanto que aquela, como já mencionado, se dá por meio do consenso (CALMON, 2013, p. 47). A autocomposição pode ocorrer de forma unilateral, por meio da renúncia, quando aquele que deduz a pretensão abre mão dela, da submissão quando o atacado abdica de sua resistência (CALMON, 2013, p. 48). A autocomposição bilateral que sobrevém por meio da transação, acordo realizado com concessões recíprocas, sendo que o principal objetivo é solucionar o conflito, caso seja processual encerrar o processo, e até evitá-lo em caso de autocomposição preventiva (CALMON, 2013, p. 48-49). Desse modo, a

autocomposição não ocorre apenas por meio da renúncia, ou pela submissão, como também por meio da transação esse acordo visa solucionar aquela demanda, e pode atuar, de modo preventivo.

Em contraste, há a heterocomposição, uma forma de solução de conflitos decorrente da imposição de uma decisão de um terceiro, à qual as partes estão vinculadas, como exemplos, podem ser mencionados o processo judicial e a arbitragem, os quais possuem como terceiro imparcial juiz judicial, ou o árbitro, ou tribunal arbitral que preferirá uma decisão que vinculará os envolvidos e solucionará a controvérsia, a qual é muito comum em demandas empresariais, uma vez que tem por objeto direitos patrimoniais disponíveis (LUCHIARI, 2012, p. 9, 11, 16).

Dentre os métodos facilitadores para obter a autocomposição, Petronio Calmon explicita a conciliação, a mediação e a negociação (CALMON, 2013, p. 27). Tais ferramentas são tratadas como "métodos alternativos de resolução de conflitos", que visam à pacificação contínua da sociedade, bem como evitar, eliminar ou resolver o maior número de conflitos possível (CALMON, 2013, p. 4). Enfatize-se que a justiça consensual não se apresenta como uma alternativa ao Poder Judiciário, mas como uma ferramenta que propõe o fortalecimento do sistema, para que essas práticas operem simultaneamente (CALMON, 2013, p. 4-6).

Portanto, para que se obtenha a autocomposição, sobretudo por meio da transação (acordo de vontades caracterizado pelas concessões múltiplas), ressalta-se a importância da implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos de modo a possibilitar a instituição de uma "cultura de pacificação" contraposta à atual "cultura de conflitos" e trazer ao Poder Judiciário a possibilidade de solucionar

conflitos com a utilização de outras técnicas, e não apenas por meio do processo judicial.

3.4 Dos princípios e diretrizes aplicáveis aos métodos alternativos de resolução de conflitos

No Brasil, o direito processual, como instrumento para a realização do direito material e da pacificação social, tem apresentado novos instrumentos de resolução de disputas, inserindo-os na forma de resolução de conflitos, seja pela autocomposição, como a mediação, ou pela heterocomposição, como é o caso da arbitragem. Desta forma, com base em programas similares em outros países, observa-se uma tendência no ordenamento para tratar do futuro da relação social das partes envolvidas em uma disputa, abordando as questões de forma prospectiva (AZEVEDO, 2009, p. 17, 22).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, e o Código de Processo Civil, no artigo 3º, *caput,* trazem a definição de acesso à justiça, afirmando que não serão excluídos de apreciação jurisdicional tanto ameaça quanto lesão de direito(BRASIL, 1988) (BRASIL, 2015). O acesso à justiça, atualmente, é entendido como o direito a uma tutela efetiva e justa aos interesses amparados pelo ordenamento jurídico (BRASIL, 1988) (BRASIL, 2015) (THEODORO JÚNIOR, 2017, [p. 67]). É importante ressaltar que a implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos não confronta com o acesso à justiça, já que no contexto dessa justiça multiportas visa-se atribuir ao caso concreto um tratamento adequado de forma a atender o interesse das partes envolvidas e em consequência disso à sua satisfação.

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 3º, §3º, aponta que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão estimular a adoção da conciliação e da mediação, bem como de outros métodos de solução de conflitos (BRASIL, 2015). Ademais, na Sessão V do referido Código, em seu artigo 165, o legislador procurou estabelecer algumas diretrizes em relação ao desenvolvimento das práticas autocompositivas, sendo assim, estipulou que os tribunais criarão os centros de judiciários de solução de conflitos, com a finalidade de realizar sessões de conciliação e desenvolver programas com a finalidade de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (BRASIL, 2015).

Ainda tratando sobre o Código de Processo Civil, o artigo 334 indica que, caso a petição esteja correta, e não seja caso de improcedência, o juiz designará audiência de conciliação e de mediação. Conferiu ênfase no §4º do mencionado artigo, afirmando que tal audiência só não ocorrerá se ambas as partes manifestarem o desinteresse (CNJ, 2016).

A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, menciona, nas suas considerações iniciais, que

> [...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação(CNJ, 2010).

O Código de Processo Civil no artigo 167, e a Resolução n. 125 do CNJ em seu artigo 12 e seguintes, abordam sobre a possibilidade de criação de Câmaras

privadas de conciliação e mediação, que possuirão cadastro no tribunal que determinará um percentual de sessões que serão realizadas gratuitamente (BRASIL, 2015) (CNJ, 2010). Conforme o §1º do artigo 167 do Código Processual Civil, será ainda realizado um curso de capacitação mínima pautado nas normas estabelecidas pelo CNJ (BRASIL, 2015). É válido, ainda, ressaltar que as partes poderão em comum acordo escolher o conciliador, o mediador, cadastrados ou não no tribunal, conforme o artigo 168 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

O Diploma Processual Civil de 2015, ainda definiu o conciliador e o mediador como auxiliares da justiça, neste ponto, é importante ressaltar que esses métodos visam, além de fomentar a cultura do diálogo, a pacificação social, como uma forma mais ágil que reduz o número de litígios e de processos judiciais (Justiça Federal - Tribunal Regional Federal da 4ª Região), promover o abandono da "cultura da sentença". Desta forma, alguns autores apontam sobre a implementação dessas técnicas no âmbito privado, no setor público, empresarial, área administrativa e dentre outras (SCAVONE, 2016, [p. 274]), haja vista não ser apenas uma ferramenta de solução de controvérsias.

Nesse ponto, o legislador não restringiu a prática da conciliação e da mediação à esfera judicial, uma vez que possibilitou a criação das câmaras privadas de conciliação, as quais serão cadastradas nos respectivos tribunais e realizarão um percentual de sessões gratuitas. Ademais, observa-se que as partes poderão optar pelo conciliador, pelo mediador, pela câmara privada ou simplesmente aceita-los. É importante ainda ressaltar que se não forem voluntários (possibilidade tratada no artigo 169, §1º) ou concursados, os conciliadores e mediadores serão remunerados pelas partes, em conformidade com a tabela do respectivo tribunal (nos parâmetros estabelecidos pelo CNJ) (SCAVONE, 2016, [P.283]).

Começou-se a observar a existência de dificuldades em relação ao acesso à justiça, conforme análise realizada por José Luís Bolzan de Morais, se faz necessária uma adequação do processo com a desobstrução das vias de acesso, uma "mudança de mentalidade", isto é, uma ruptura com as posturas marcadas pelo processo, não apenas para atender o viés jurídico, como também para eliminar as insatisfações, promover a participação ativa dos indivíduos, de forma a prevenir injustiças, e utilizar instrumentos adequados (MORAIS; SILVEIRA; ARAÚJO, 1999, p. 80-83, 97).

No tocante a tais técnicas, é importante mencionar que um dos fatores que têm culminado para essa adoção (voltada não apenas para resolver somente a lide processual, mas também a lide sociológica), é a chamada "crise da justiça" notada não apenas pela inflação processual e inadequação dos métodos, como também, pela morosidade dos processual, custos, burocratização da Justiça (CALMON, 2013, p. 38-41). Por isso, nota-se que é fundamental a aplicação e o aperfeiçoamento da atividade estatal, de modo a alicerçar os meios alternativos, já que esses métodos, como abordado anteriormente, não excluem ou evitam o sistema judicial, mas atuam interativamente com esse sistema (CALMON, 2013, p. 42-43).

Com a adoção dessas práticas, o operador do direito deve passar também a preocupar-se com a litigiosidade remanescente, que pode persistir após o término do processo, já que pode haver interesses que não foram tratados; voltar-se ao empoderamento de um modo preventivo, e atuar na tentativa de promover a pacificação social por meio de uma maior humanização do conflito, com atenção, ainda, ao reconhecimento recíproco de sentimentos (AZEVEDO, 2009, p. 31). Assim, diante das modificações legislativas observa-se uma possibilidade de

racionalização da Justiça, visando a celeridade e economia processual (CALMON, 2013, p. 45).

Constata-se que houve uma tentativa de instituir esses métodos, entretanto, a consolidação dessas técnicas a nível nacional se mostra um desafio, já que deverá também haver uma readequação social para que haja a abertura, de fato, dessas múltiplas portas (FALSARELLA, 2008), e, portanto, conferir o acesso à justiça, em decorrência dessa nova política de tratamento adequado aos conflitos. Conforme consta dos resultados colhidos em projetos-piloto de mediação forense demonstram que as partes acreditam que esses novos mecanismos ajudarão, inclusive, a melhor dirimir processos futuros (AZEVEDO, 2009, p. 21).

O legislador no artigo 166 do Código de Processo Civil ainda institui alguns princípios como a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada (BRASIL, 2015). No tocante aos princípios, a Lei n. 13.140 de 2015, que trata sobre a mediação, em seu artigo 2º, ainda adiciona outros princípios como orientadores dessa prática, dentre eles: isonomia entre as partes, busca do consenso, boa-fé (BRASIL, 2015). Já, no anexo III da Resolução n. 125 do CNJ, foram ainda acrescentados os princípios: respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (CNJ, 2010).

Neste viés, nota-se que até mesmo nas práticas legislativas, desde as mais gerais e as específicas, há certo acréscimo quanto ao número de princípios, mas todos se pautam nas mesmas diretrizes, ou seja, embora sejam diversos, não há pontos de divergência entre eles, já que visam orientar o conciliador a atuar com imparcialidade, resguardar a isonomia, autonomia, e o empoderamento dos envolvidos, prevalecer a oralidade, respeitar a ordem pública vigente, dentre outros.

No tocante aos impedimentos, a Resolução n. 125, no §7º do artigo 7º e o Código de Processo Civil (nos artigos 170 e seguintes), afirmam que tanto a suspeição quanto o impedimento aplicados à magistratura, também são aplicáveis aos conciliadores e mediadores, além disso, os conciliadores ficam impedidos pelo prazo de um ano, contado a partir da sua última audiência de assessorar, patrocinar, ou representar qualquer das partes (CNJ, 2010) (BRASIL, 2015). No âmbito das punições, o novo código ainda aponta que se atuarem com dolo ou culpa na condução da sessão de conciliação ou mediação, ou atuar apesar de impedido ou suspeito, serão excluídos do cadastro do tribunal (BRASIL, 2015). O legislador impôs algumas ressalvas para a atuação do mediador e do conciliador e impôs algumas sanções, com a intenção principal de resguardar a imparcialidade, a isonomia entre as partes, a boa-fé, e o respeito ao ordenamento jurídico.

André Gomma de Azevedo menciona que uma das possibilidades de fracasso ocorre quando as partes desconhecerem essas técnicas e assim, adotam-nas como segunda opção e consideram a "vitória" como a única opção desejada, e inclusive quando advogados são exacerbadamente litigiosos e ignoram essas ferramentas (AZEVEDO, 2009, p. 22-23). Observa-se, em relação aos advogados que além de cursos de capacitação de advocacia tanto no tocante a arbitragem quanto mediação, há ainda doutrinas sobre técnicas e condutas adequadas para utilizarem frente a esses mecanismos, já que a advocacia deve ainda buscar métodos mais eficientes para melhor atender os interesses dos envolvidos no litígio, e conforme o artigo 2º, VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), aborda como dever do advogado estimular a conciliação, e se possível evitar a instauração do litígio (AZEVEDO, 2009, p. 22-23, 26) (OAB, 1995).

Sinteticamente, a conciliação pode ser definida como um método alternativo de resolução de conflitos, em que as partes terão o auxílio de uma terceira pessoa (neutra) o conciliador, que terá a função de reaproximá-las e orientá-las na construção de um acordo, sendo que este conciliador passará por um treinamento específico para desempenhar essa função. (CNJ, 2016, p. 21-22). Já a mediação é conceituada como uma negociação facilitada, assim como o conciliador, o mediador é um terceiro imparcial, entretanto, a aplicada preferencialmente em casos que haja um vínculo anterior entre os envolvidos atuando de forma mais ativa que a do conciliador (THEODORO JÚNIOR, 2017, [p. 459]) (CNJ, 2016, p. 20-21). Já a negociação é utilizada quando as partes possuem um bom relacionamento e conseguem tratar objetivamente as questões que serão decididas (LUCHIARI, 2012, p. 8). Ademais, para se definir o método adequado, deverão ser considerados os objetivos das partes envolvidas, as características e as peculiaridades do relacionamento (LUCHIARI, 2012, p. 9)

O termo "Justiça Multiportas" é atualmente utilizado em relação à tutela de direitos, faz alusão às diversas alternativas de acesso à justiça (DIDIER JÚNIOR, 2016). Dessa maneira, sem distinção (subjetiva, objetiva ou teleológica), será permitido esse acesso a qualquer tempo, a essas múltiplas portas, ou seja, há diversas alternativas para que se obtenha uma tutela adequada de direitos, sobretudo mecanismos não adversariais e extraestatais que possam solucionar a demanda e, principalmente, gerar a satisfação das partes envolvidas (DIDIER JÚNIOR, 2016).

Em suma, foi atribuída ao Estado a incumbência de promover a resolução consensual dos conflitos, sendo que, atrelada a isso, há uma necessidade de utilizar métodos com um viés construtivo, de modo a solucionar as demandas envolvidas no caso concreto, como também atuar de forma preventiva, afim de evitar novos

conflitos. é notável a necessidade dos juízes, advogados, defensores públicos, membros no Ministério Público estimularem a aplicação desses métodos. É sabido que no Código de Ética e Disciplina da OAB, é dever do advogado estimular a conciliação e se possível evitar, inclusive, a instauração do litígio. Foi apontado a possibilidade de criação de Câmaras Privadas como possibilidade de cadastro no tribunal não restringe a prática da conciliação. Além disso, dentre as possibilidades de fracasso, quanto à implementação desses métodos, temos o desconhecimento em relação a essas técnicas o excesso de litigiosidade por parte dos advogados, e a "vitória" como única opção satisfatória. Portanto, essa colaboração dos profissionais e o estudo dessas técnicas se demonstra fundamental para a sua implementação.

3.5 Arbitragem

A arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos em que as partes, pessoas físicas ou jurídicas, escolhem um árbitro ou tribunal arbitral para proferir uma decisão e solucionar o empasse, assim após proferida a decisão os envolvidos estarão vinculados a ela (LUCHIARI, 2012, p. 9). Esse método é aplicado aos conflitos que envolvam aspectos teóricos de questões controversas, e que tratem sobre direitos patrimoniais disponíveis, muito utilizado em demandas comerciais, sobretudo em razão da celeridade, se comparado ao processo judicial (LUCHIARI, 2012, p. 16).

Em relação às suas características mencionam-se: a ampla liberdade de contratação, estabelecida por acordo as partes que definem o objeto e até mesmo as regras de direito aplicáveis; a possibilidade de utilização em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível, maior celeridade na solução dos conflitos, possibilitando inclusive o estabelecimento de prazo para a sentença

arbitral, cabendo inclusive a responsabilização do árbitro em caso de descumprimento; economia processual, em razão de não utilizar toda a burocracia judicial; permissão para as partes optarem por sigilo do procedimento; possibilita a transformação da sentença arbitral em um título executivo judicial, tornando-a eficaz como uma sentença declaratória ou constitutiva (MORAIS; SILVEIRA; ARAUJO, 1999, p. 188-189).

Dentre os tipos de arbitragem, ressalte-se a arbitragem de direito público - quando envolve estados, de direito privado - quando envolve particulares, e a mista - entre um estado e um particular (MORAIS; SILVEIRA; ARAUJO, 1999, p. 190). Na arbitragem de equitativa na qual os árbitros não precisam restringir-se à aplicação do direito, já na arbitragem de direito os árbitros decidirão baseados em princípios estritamente jurídicos (MORAIS; SILVEIRA; ARAUJO, 1999, p. 191). Ademais a isso, há a arbitragem ad hoc, na qual as partes definem o desenvolvimento da arbitragem que poderá ser de direito ou de equidade, bem como se acolherá o árbitro para aquele caso, e a arbitragem institucionalizada em que há uma instituição especializada nessa resolução, com regulamento e lista de árbitros próprios, tudo previamente conhecido pelas partes, muito comum tanto em países de *civil law* e *common law* (MORAIS; SILVEIRA; ARAUJO, 1999, p. 190).

Ressalte-se que há limitações objetivas e subjetivas para determinar que uma questão poderá se sujeitar à arbitragem, no tocante às subjetivas temos a exigência de pessoas capazes ou incapazes devidamente representados, pessoas jurídicas também devem estar representadas conforme documentos constitutivos, da mesma forma em caso de espólio ou condomínio (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 35). Em relação às limitações objetivas ressalte-se que deve envolver

questões patrimoniais disponíveis, bens que possam ser alienados ou transferidos a terceiros (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 35).

A arbitragem é conhecida no Brasil desde os tempos da colonização, existindo no ordenamento como obrigatória (LEMOS, 2001, p. 32). Posteriormente, em 1850, o Código Comercial estabelecia em dispositivos o arbitramento obrigatório, por exemplo, no artigo 294 que afirmava: "nas causas entre sócios das sociedades comerciais ou companhias, durante a existência da sociedade, sua liquidação ou partilha" (LEMOS, 2001, p. 32). Em 1850, surge ainda o Regulamento 737 conhecido como primeiro diploma processual codificado, estabeleceu que, em causas comerciais o juízo arbitral seria obrigatório, revogado pela Lei n. 1.350 de 14.9.1866 (Lemos, 2001, p. 32).

Ainda em face desse aparato histórico, em 1923 o BRASIL assinou o Protocolo de Genebra, participando do Código de Bustamante, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Paraná em 1975, promulgado em 1996 (LEMOS, 2001, p. 32). Vale ressaltar que os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 adoraram a arbitragem na modalidade facultativa, pela qual podiam os litígios ser submetidos a árbitros, sob condições como haver número ímpar de árbitros, sujeitar-se à homologação judicial era indispensável para conferir eficácia executiva (LEMOS, 2001, p. 32).

No tocante ao viés constitucional, desde a Constituição de 1924, em seu artigo 160, a arbitragem é tratada, o referido artigo mencionava a possibilidade de árbitros nomeados pelas partes solucionarem divergências jurídicas civis (LEMOS, 2001, p. 32). Atualmente na Constituição de 1988 em seu artigo 98, I, que culminou na Lei 9.099/95 que dispõe sobre os "Juizados Especiais Cíveis e Criminais", onde veio a

admitir o juízo arbitral desde que o laudo fosse homologado por sentença judicial (LEMOS, 2001, p. 32).

Como lei específica, menciona-se a Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre arbitragem, estabelecendo as possíveis utilizações e limitações desse método, os tipos de arbitragem (de direito ou de equidade), os efeitos da convenção de arbitragem, requisitos e atributos aos árbitros, dentre outras considerações, e o Código de Processo Civil de 2015 que assegurou o direito das partes instituírem um juízo arbitral e optarem por esse método de resolução nos limites da lei (BRASIL, 1996) (BRASIL, 2015).

Sobre a cláusula compromissória, ressalte-se que há dois tipos a cláusula compromissória completa (também chamada de cheia ou em preto), e a cláusula compromissória incompleta (também chamada de vazia, em branco) (GARCEZ, 2003, p. 130). Conforme a doutrina majoritária, composta por Carreira Alvim, Celso Barbi Filho, Humberto Theodoro Junior, o compromisso arbitral é sempre necessário à realização da arbitragem (GARCEZ, 2003, p. 130). Entretanto, existe uma outra corrente que afirma ser possível a aplicação da cláusula compromissória completa ser prescindida a assinatura do compromisso arbitral (GARCEZ, 2003, p. 131).

As cláusulas compromissórias incompletas são as que deixam de nomear uma instituição, ou quando as partes deixam de estipular as regras procedimentais, o local da arbitragem, a nomeação dos árbitros, a lei de fundo, dentre outros, sento necessário para instaurar a arbitragem a suplementação da vontade das partes por um juiz, sob pena da não realização da arbitragem (GARCEZ, 2003, p. 131-132). Em contrapartida, as cláusulas compromissórias completas, conforme afirma Carreira

Alvim, são as "auto-suficientes", nesse caso, as partes estabelecem tudo, é admitido inclusive a dispensa da assinatura do termo de compromisso arbitral frente a subordinação às regras institucionais (GARCEZ, 2003, p. 134-135).

Em relação ao efeito da cláusula arbitral, o artigo 31 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, afirma: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo" (GARCEZ, 2003 p. 190) (BRASIL, 1996). Sob o ponto de vista dos efeitos, observa-se que a sentença arbitral possui os mesmos efeitos que a decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, conferindo às partes que optam por esse método a segurança jurídica, já que no caso de decisão condenatória é título executivo. Nesse viés, é válido mencionar que a sentença será proferida no prazo estipulado pelas partes, e caso elas não tenham convencionado o prazo será de seis meses, conforme consta no artigo 25 da lei anteriormente citada (GARCEZ, 2003 p. 191) (BRASIL, 1996).

Conforme menciona Alessandra Mourão, arbitragem é dotada de maior formalidade, se comparada com os outros métodos alternativos de resolução de conflitos, inclusive, havendo um processo arbitral estabelecido previamente pelas partes na convenção de arbitragem e pelas regras do tribunal arbitral, as partes não poderão abrir mão desse método (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 36).

Alguns juristas demonstram-se temerários quanto à utilização da arbitragem, temendo que ela possa vir a substituir o judiciário por uma justiça privada, mas isso não corresponde à realidade uma vez que ela se restringe a direitos patrimoniais

disponíveis, área de direitos civis e comerciais, sujeitando-se à controle do judiciário (GARCEZ, 2003, p. 70).

Portanto, a arbitragem demonstra-se um método muito eficiente sobretudo para atuar na área contratual e comercial, sendo gradativamente mais utilizado na maioria dos países desenvolvidos (GARCEZ, 2003, p. 70-71). Dentre as vantagens da utilização desse método se comparado com a via judicial pode-se mencionar: o menor custo; o prazo menor para a emissão da sentença; privacidade e confidencialidade; especialização dos árbitros e possibilidade de escolha pelas partes; flexibilidade; efetividade (cumprimento espontâneo); baixo impacto no relacionamento comercial que envolve as partes e dentes outros (GARCEZ, 2003, p. 71-72).

Assim, a arbitragem é um método heterocompositivo que permite que as partes escolham um juiz ou tribunal arbitral, bem como o procedimento e as regras aplicadas, para proferir determinada decisão e solucionar aquela disputa. É comumente usada em situações que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, por exemplo as relações comerciais, entretanto, a arbitragem não será objeto aprofundado de estudo em razão de não ser o método adequado à resolução de demandas que envolvam a pessoa idosa no âmbito do direito de família.

3.6 Negociação

A negociação é o primeiro método de solução de conflitos, uma vez que nele as próprias partes envolvidas chegam a uma solução sem que seja necessária a intervenção de um terceiro para auxiliá-las, contudo poderão, no caso da negociação assistida contar com auxilio de um terceiro capacitado para facilitar o desenvolvimento das negociações (LUCHIARI, 2012, p. 12).

Dessa forma, nota-se que a negociação exige das partes uma postura mais ativa, de modo a identificar os seus interesses e gerar o valor, apresentando-se como uma forma efetiva de solução de conflitos, principalmente se comparada com a jurisdição e a arbitragem, uma vez que as partes que se encontram envolvidas no conflito também se encontram envolvidas na solução, havendo, portanto, uma maior probabilidade de chegar a um acordo que melhor atenda aos interesses dos envolvidos na demanda (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 38).

A mencionada autora, Alessandra Mourão, menciona que:

> a negociação deve ser entendida como um processo, que possui início, meio e fim. A inobservância de qualquer das etapas desse processo – preparar, criar, negociar, fechar e reconstruir – fatalmente comprometerá o resultado final. Vista como um pro- cesso, é possível trabalhar a negociação de forma a ordenar estratégias e empregar táticas de forma mais eficiente (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 49).

De tal modo, a negociação é um método alternativo de resolução de conflitos em que demanda das partes uma atuação mais ativa de modo a possibilitar a geração de um acordo que melhor atenda aos interesses dos envolvidos, sendo possível a utilização de técnicas, e até mesmo em alguns casos o auxílio de um terceiro capacitado para facilitar o desenvolvimento.

Com o advento da Segunda Guerra mundial a negociação passou a ser estuda como método de resolução de conflitos e ser utilizada nas decisões dos governos, aplicando, por exemplo a "Teoria dos Jogos" ao processo de negociação (LUCHIARI, 2012, p. 12).

Essa teoria, foi desenvolvida nos Estados Unidos pelos John von Neumann e Oskar Morgenstern, na década de 1940, essa teoria visa definir qual a melhor decisão com base no custo benefício e na escolha do outro indivíduo (MARTINS; VOLPATO, 2017). Explicando sintaticamente, nessa teoria quem atua de modo não-cooperativo ganha em disputa com quem atua de modo cooperativo que perderá, entretanto, se os dois cooperarem os dois ganham (MARTINS; VOLPATO, 2017). Observou-se em estudos de Harvard que o negociador agressivo tende a obter mais êxito em curto prazo, entretanto afasta possíveis parceiros, deste modo o negociador cooperativo tem uma tendência ao êxito ao longo prazo (MARTINS; VOLPATO, 2017). Deve-se ressaltar que essa teoria influenciou outros métodos, como é o caso da mediação, que tem como um de seus princípios o ganho mútuo (MARTINS; VOLPATO, 2017).

Os modelos de negociação podem ser divididos em negociação distributiva, também chamada de barganha de posições, negociação integrativa e negociação por princípios conhecida como cooperativa ou colaborativa (LUCHIARI, 2012, p. 12).

A negociação distributiva baseia-se nas posições (declarações iniciais) apresentadas pelas partes, para a partir delas fazerem concessões que possibilitam a obtenção de um acordo, o apego às posições acabam por gerar um impasse que muitas vezes torna inviável a negociação (LUCHIARI, 2012, p. 12). Já a negociação integrativa é a que leva em consideração a ampliação dos ganhos possíveis e por isso, é aplicada aos casos em que há uma discussão sobre mais de um objeto a ser atingido, permitindo assim a consideração conjunta e assim, obter soluções satisfatórias (LUCHIARI, 2012, p. 12). Por fim, a negociação por princípios é o modelo proposto pelo *Program on Negotiation* da Universidade de Harvard, que busca não a negociação das posições, e sim dos reais interesses das partes sendo o

processo uma forma colaborativa de solucionar determinada questão de forma mutuamente conveniente (LUCHIARI, 2012, p. 13).

Os estudos da Universidade de Harvard que culminaram na criação do Programa de Negociação, mencionado anteriormente, ensina sete conceitos acerca da negociação identificados por seus pesquisadores em todas as negociaçãoes, e permitem que elas sejam mais eficientes e com resultados mais positivos, sendo eles: 1) comunicação; 2) relacionamento; 3) interesses; 4) opções; 5) legitimidade; 6) alternativas; e 7) compromisso (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 51).

A comunicação é vista como como elemento principal para que ocorra a negociação, assim, é necessário compreender as diversas formas que ela ocorre (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 52). No tocante ao relacionamento, ele pode facilitar ou dificultar esse processo de comunicação (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 66). O interesse é, em linhas gerais, o real motivo que leva o negociador à mesa de negociação (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 71). As opções são as diferentes propostas que uma parte pode fazer à outra, ou que as partes podem desenvolver em conjunto, para que se chegue ao acordo, intrinsecamente à opção há a legitimidade, que trata-se de um objetivo, fixado por terceiro que pode ser utilizado como parâmetro irrefutável para se aferir a justiça de determinada opção criada para solução das questões. (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 80,83). A alterativa é um elemento de persuasão, poder e decisão, sendo importante a decisão pela negociação ou pelas alternativas, optando se será a sua Melhor Alternativa Sem Acordo (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p.

85-87). Por fim, o compromisso trata do fechamento do negócio jurídico (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 88).

O professor Marc Burbridge estabeleceu cinco etapas para a negociação, a primeira etapa é chamada de "preparação" e contempla a colheita de informações relacionadas aos interesses das partes, essa etapa deve ocorrer antes do primeiro contato entre as partes uma vez que por meio dela é possível criar-se um alicerce para uma negociação mais eficiente, nesse momento deve-se estabelecer questionamentos que serão feitos à outra parte, estimular a geração de opções (*brainstorm*), analisará a relação jurídica que os envolve, perceber os valores comuns, identificação da possibilidade de não ocorrer o acordo dentre outros aspectos (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 137-138).

A segunda fase do processo é chamada de "criação", nessa fase será explorada a capacidade criativa da parte, é possível permitir, inclusive que as partes trabalhem conjuntamente de forma cooperativa, possibilitando ganhos mútuos (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO,2014 p. 139). Primeiramente, as partes realizarão um "*branistorm*", ou seja, será gerado um rol de possibilidades de modo a adequar os seus interesses, ressalte-se que além dessa técnica será utilizado também a comunicação e o *framing* de modo a facilitar, posteriormente, a decisão da parte fazendo com que ela se coloque no lugar do outro no momento de ouvir a proposta (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 140-141).

A terceira fase é a "negociação", é nesta fase que serão feitas as propostas e divididos os valores, no caso de uma negociação distributiva (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 141). Em seguida, há a fase de "fechamento", esta é a fase da tomada de decisão, após a realização das propostas e a análise da

Melhor Alternativa Sem Acordo (MASA) (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 142). Por fim, a quinta fase é a "reconstrução", após o fim do processo de negociação, é necessário a implementação dos termos acordados pelos envolvidos, assim, o simples "fechar o acordo" não é o suficiente (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 143).

É válido mencionar que, a busca de ganhos mútuos não é resultado de uma abordagem ingênua. Ao contrário, há muita sabedoria e estratégia nesse modo de conduzir o processo de negociação (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 213). Desta forma, a negociação como método alternativo de resolução de demandas possui técnicas próprias, terminologias próprias, de modo a assim despertar nas partes uma atuação mais producente, capaz de satisfazer mutuamente os interesses envolvidos, de uma forma mais rápida e eficaz, uma vez que envolve a parte na resolução da sua demanda.

Nesse viés a autora Alessandra Mourão afirma que negociação está na base dos outros ADR (*Alternative Dispute Resolution*), fundamentando, por exemplo a estrutura deles (MOURÃO; CAMPOS; AZEVEDO; SIMIONATO, 2014, p. 39).

Assim, muito embora o foco dessa monografia não seja o estudo da negociação, é importante essa abordagem mesmo sucinta, uma vez que os métodos, técnicas, conceitos, relacionam-se diretamente com os outros métodos alternativos de resolução de conflitos, como ocorre na mediação, método principal desse estudo.

3.7 Conciliação

Conforme mencionado anteriormente, a autocomposição judicial é a composição de um conflito, nesse caso as partes optam por evitar o ato judicial de

cognição e decisão, sendo que as partes por elas próprias fornecem a solução para a controvérsia (CALMON, 2013, p. 132). Essa autocomposição não pode ser limitada à atividade de conciliação judicial, como também nos caos de homologação judicial de acordo também será denominada de autocomposição judicial (CALMON, 2013, p. 132). Assim, "conciliação é um mecanismo em que quando logra êxito resulta na autocomposição" (CALMON, 2013, p. 132). É um método útil, que possibilita soluções rápidas e precisas para problemas objetivos, que não envolvam relacionamento entre as partes, não havendo, em regra, uma repercussão no futuro das vidas dos envolvidos. (LUCHIARI, 2012, p. 15).

Conceitualmente, conciliação é uma atividade desenvolvida com vistas à obtenção de uma autocomposição, é um vocábulo mais preciso, indica apenas o resultado, apropriado para ser utilizado quando a atividade tende a incentiva e a coordenar um acordo (CALMON, 2013, p. 133). Nesse sentido, a conciliação é um método alternativo de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial que determina a escuta, sem forçar os participantes a tomar uma decisão, investigando os aspectos objetivos do conflito, estimulando a celebração de um acordo. (LUCHIARI, 2012, p. 15) Além disso, poderá ocorrer extrajudicialmente, pré-processualmente, ou judicialmente (CNJ, 2016 p. 21-22).

A conciliação será classificada conforme o momento que será realizada e conforme o cenário em que ela ocorre (CALMON, 2013, p. 135). Em relação ao momento, a conciliação pode ser pré-processual (antes de propor a demanda judicial) e processual (entre a propositura da demanda e citação ou até entre a citação e o provimento jurisdicional de mérito) (CALMON, 2013, p. 135). Há também a conciliação extraprocessual, a qual ocorre fora do processo, e a endoprocessual, realizada dentro do processo, podendo ocorrer de forma incidental

(CALMON, 2013, p. 135-136). Neste ponto, quando a conciliação frutífera ocorre no curso do processo está colocará fim na demanda.

No tocante à conciliação pré-processual, esta somente será relevante sob a visão processual, caso seja buscada a homologação (CALMON, 2013, p. 136). Conforme afirma Petronio Calmon, nesse caso o processo será instaurado posteriormente, exclusivamente para homologação do acordo obtido ou para a solução heterocompositiva caso não logre êxito na obtenção do acordo (CALMON, 2013, p. 136).

O conciliador será o condutor do procedimento de conciliação, e poderá ser honorário ou servidor público (CALMON, 2013, p. 140). Deve-se mencionar que aquele que atua como conciliador sem remuneração fazem temporariamente e normalmente sem caráter exclusivo, podendo ser funcionários aposentados, advogados, servidores da Justiça ou estudantes de direito, em contrapartida, quando a função é desempenhada de forma remunerada, o cargo será permanente ou temporário por exemplo no que consta no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, que prevê a função conciliativa a juízes de paz eleitos para mandado determinado (CALMON, 2013, p. 140). Em resumo,

> O conciliador não é órgão jurisdicional nem exerce jurisdição. É auxiliar da justiça e vale como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz, como agente catalizador na busca de reações proveitosas entre pessoas e conflitos (CALMON, 2013, p. 140).

Uma das principais aptidões que o conciliador deve ter é a escuta ativa, ou seja, conseguir detectar o ponto em comum, servindo para a obtenção de uma solução mais rápida e vantajosa para ambos, por exemplo, em relação à dar

prosseguimento na demanda por meio do processo judicial, mais demorado e oneroso. (LUCHIARI, 2012, p. 15)

É importante mencionar que a conciliação, em países como os Estados Unidos, como técnica de resolução de conflitos vem sendo absorvida pela mediação, por esta gerar um termo de conciliação por meio do propósito da reconciliação, por exemplo, em casos que envolvem o direito de família (LUCHIARI, 2012, p. 15), como é objeto do presente trabalho, em relação aos conflitos que envolvem o idoso.

3.8 Mediação

A mediação, assim como a conciliação, é um método alternativo de resolução de conflitos, um processo cooperativo, que se dá por meio do auxílio de um terceiro facilitador dessa comunicação entre as partes, que auxilia o reestabelecimento do diálogo entre as partes bem como identificando os seus reais interesses por meio de técnicas, de modo a criar um rol de opções e por meio disso as partes consigam chegar à solução do problema em questão (LUCHIARI, 2012, p. 14). Ocorrendo por meio de um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, mas coordenado (CALMON, 2013, p. 113).

De acordo com Petronio Calmon,

> [...] a mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato (CALMON, 2013, p. 113).

Assim, conforme mencionado no capítulo que tratou da negociação, observa-se que a negociação encontra-se em todos os métodos alternativos de resolução de

conflitos, e sendo assim, na mediação não é diferente, sendo uma etapa fundamental do procedimento.

A mediação pode ser meramente informal, ocorre no dia-a-dia, em variadas situações, desde as relações entre familiares, amigos, e até líderes comunitários ou religiosos (CALMON, 2013, p. 114). Nesses casos, seguem métodos intuitivos, baseados muitas vezes no "bom senso" e nas experiências de vida do mediador e dos envolvidos no problema (CALMON, 2013, p. 114). Em contrapartida vem surgindo uma mediação como método formal, estruturado por técnicas e teorias, mas mantém-se por atividades não-jurídica, sendo um mecanismo não adversarial, que ajuda as partes para que de forma cooperativa alcance a harmonia daquele conflito (CALMON, 2013, p. 114). De tal modo, embora ela não possua forma rígida, sua realização é baseada em métodos que possuem um rigor técnico (CALMON, 2013, p. 115).

Dentre as principais características da mediação, pode-se citar a cooperação a confidencialidade, a ênfase no futuro, a economia (de tempo, de dinheiro e de energia), dentre outras. (CALMON, 2013, p. 118) Essas características também estão presentes em outros métodos alternativos como por exemplo na arbitragem, tratada anteriormente, assim sendo, observa-se que o diferencial para a aplicação de um método ou outro é a relação que envolve as partes e os direitos envolvidos.

Contata-se que a mediação embora seja caracterizada como uma técnica informal que pode ser verificada nas relações entre familiares, ou entre amigos, é um método pautado em técnicas científicas que visam promover a harmonia naquele conflito, por meio do estímulo da cooperação entre os envolvidos.

O mediador não poderá expressar sua opinião sobre o resultado da demanda, devendo se apresentar com neutralidade, capacitação, flexibilidade, paciência, empatia, sensibilidade, objetiva e dentre outras características para obter a confiança dos envolvidos (CALMON, 2013, p. 115). Assim, nas palavras de Petronio Calmon,

> [...] o mediador tem por objetivo permitir que as partes se escutem e compreendam a si mesmas entre si, reconheçam, entendam e hierarquizem seus próprios interesses e necessidades enunciem junto com o mediador opções para que permitam chegar a um acordo justo, implementável e durável, mas tão flexível quanto seja necessário para presenvar a possibilidade de futuros ajustes de suas cláusulas (CALMON, 2013, p. 118).

Nesse sentido, explica Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, que o papel do mediador não é a obtenção de um acordo, mas o reestabelecimento do diálogo entre as partes, fazendo com que elas voltem a dialogar de forma respeitosa e produtiva, bem como, melhorar o relacionamento entre elas, para que, conforme as possibilidades, elas por si sós cheguem a solução de seus problemas (LUCHIARI, 2012, p. 14). Em suma, a reconstrução da comunicação entre as partes, a identificação do conflito, o estímulo à negociação, são algumas das funções do mediador, terceiro imparcial que auxilia as partes a chegarem à solução (LUCHIARI, 2012, p. 14).

É importante mencionar que a mediação pondera as dificuldades de comunicação, a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, que poderão resultar em um acordo viável promovendo o comprometimento dos envolvidos (LUCHIARI, 2012, p. 14). Assim, com esse método, é possível não apenas tratar a lide jurídica, como também a lide sociológica, possibilitando a compatibilização dos interesses e um resultado de ganha-ganha que atinge tanto as partes quanto a sociedade (CALMON, 2013, p. 120).

A mediação deixou de ser uma mera atividade estruturada passando a ser reconhecida como atividade profissional, diversos campos do conhecimento humano (CALMON, 2013, p. 125). Assim o procedimento de mediação é formado pelos encontros, reuniões, etapas ou fases e dos atos neles praticados, o mediador caso perceba que a conversa entre as partes não está sendo produtiva, poderá valerá do procedimento e de suas técnicas (CALMON, 2013, p. 125). O fato de haver procedimento pré-fixado não significa que a mediação deve ocorrer de forma rígida e inflexível, entretanto o procedimento pré-fixado e pactuado entre as partes é imprescindível para que ela não ocorra de forma prematura, ou ingenuamente encerrada (CALMON, 2013, p. 126).

Dentre os cuidados práticos que se deve tomar em relação ao procedimento de mediação, está a escolha do local onde ela ocorrerá, deve ser um local neutro, não deve ser público, preferencialmente o escritório de mediação, com instalações apropriadas à especialidade do mediador, se este for o caso (CALMON, 2013, p. 126). O mediador poderá valer-se de recursos pedagógicos, entretanto, adverte-se que não é uma sessão de psicoterapia (CALMON, 2013, p. 126).

Atualmente, a mediação passou a ser vista como uma atividade profissional, utiliza-se de diversos campos do conhecimento humano, possuindo assim técnicas e procedimento adequado que não tornam a sua ocorrência estática, inflexível. O mediador deverá estabelecer um procedimento pré-fixado e definir ainda um local adequado para a realização das sessões, esse lugar deve dispor dos equipamentos necessários, preferencialmente será o escritório de mediação.

Ainda tratando sobre o procedimento, independente o método escolhido ele será dividido em três etapas, sendo elas: a pré-mediação, negociação mediada, e

estabelecimento do acordo (CALMON, 2013, p. 127). Em todas essas etapas, o mediador deve desenvolver o contato com as partes, elaborando um "plano de trabalho", de forma a adquirir a confiança entre as partes, bem como promover a cooperação entre os envolvidos para descobrir possíveis interesses ocultos, gerar opções, a direcionar o diálogo para a conclusão e consequentemente a elaboração do acordo e o seu devido cumprimento (CALMON, 2013, p. 127).

A primeira etapa é importante para esclarecer esse mecanismo, explicar o papel do mediador, as expectativas que podem ou não ser criadas, e etc. (CALMON, 2013, p. 127). Na segunda etapa ocorrem as tratativa, o diálogo, intermediados pelo mediador, será fixado, por exemplo, o objeto da mediação, deixando claro que o diálogo deverá ser amplo, não precisa se prender em conversas políticas, e pode tratar de temas que estejam aparentemente fora do conflito, mas que poderão ser a base para a construção do acordo (CALMON, 2013, p. 127). Por fim, a terceira etapa é a fixação dos termos do acordo, fixando o seu objeto, o seu conteúdo, e a forma de seu cumprimento. Deve-se ressaltar que a produção de um documento escrito não é fundamental, mas poderá ser feito de modo a proporcionar segurança aos envolvidos (CALMON, 2013, p. 127).

A aplicação da mediação pode se dar em diversas áreas, por exemplo, no âmbito familiar, trabalhista, empresarial, profissional e educacional, em face do seu caráter flexível, capaz de ser aplicado em processos públicos, privados, nacionais ou internacionais (CALMON, 2013, p. 121). Dentre às aplicações para a sua aplicação ressalte-se que no casos de conflitos domésticos e contratos de larga duração um dos motivos para optar por esse método é a celeridade, entretanto pode também ser utilizado para proteger informações privadas, ou quando é necessário recuperar a comunicação entre as partes (CALMON, 2013, p. 121). É recomendado que o

mediador integre a área do conflito, dessa forma, entre o conflito entre irmãos o mediador prioritariamente deveria ser um membro daquela família (CALMON, 2013, p. 121).

Dentre as vantagens da mediação, pode-se destacar a celeridade, o caráter confidencia, a economia, a justiça, e a produtividade (CALMON, 2013, p. 115). Em relação à celeridade, a mediação costuma ter um tempo bem reduzido, principalmente se comparado ao processo judicial (CALMON, 2013, p. 116). A confidencialidade é um dever do mediador, não há divulgação do que se passa nas sessões (CALMON, 2013, p. 116). O custo é inferior ao do processo judicial, ademais, o advogado poderá ser dispensado, contudo, se a parte optar ela poderá estar acompanhada por um, maiores estruturas são dispensáveis. Além disso, em relação à justiça, e à produtividade, esse método proporciona o alcance da pacificação, termina, finalizando com o conflito mas não com a relação, uma vez que as partes compartilham a responsabilidade pela existência do conflito e a sua solução (CALMON, 2013, p. 116).

Nesse ponto, já é possível identificar de modo mais claro e aparente que a mediação é o método alternativo de resolução de conflitos que se demonstra adequado para tratar os conflitos familiares que envolvem o idoso, uma vez que pode ser aplicada à áreas como o âmbito familiar e proporciona além da celeridade, uma confidencialidade em relação às informações envolvidas, proporciona a recuperação da comunicação entre as partes, dentro outros benefícios.

A mediação pode ser subdividida em modalidades, há a mediação social, pautada em tratar dos conflitos de vizinha melhorando a convivência no bairro; a mediação escolar, que visa proporcionar um relacionamento construtivo e

responsável de gestão de conflitos; a mediação empresarial, vistas a permitir a saudável continuidade das relações empresariais; a mediação societária, que ocorre entre sócios; e por fim, a mediação familiar, método que é o principal objeto dessa pesquisa, a qual consiste numa intervenção orientada a assistir as famílias na fase de reorganização dessa relação familiar, pode ser utilizada em questões de divórcio, partilha de bens, questões alimentares, desentendimentos, visando inclusive a prevenção (CALMON, 2013, p. 122-124).

Em relação à finalidade da mediação em família, ressalte-se:

> Oferecer à família um contexto estruturado, no qual o mediador possa apoiar os familiares na gestão do conflito, com a vantagem da capacidade de negociar o acordo; facilitar a procura das soluções mais apropriadas à especificidade da sua situação e dos seus problemas por todos aqueles aspectos que se relacionam a relação afetiva (CALMON, 2013, p. 122).

Outro aspecto dessa modalidade diz respeito aos objetivos sendo eles a continuação das relações e a manutenção da estabilidade nos relacionamentos; o equilíbrio entre os deveres e os direitos que envolvem essas relações; a comunicação; a confiança recíproca, etc. (CALMON, 2013, p. 122). Muito além dos objetivos imediatos pela resolução daquela demanda judicial constata-se interesses voltados à proporcionar o equilíbrio, a comunicação, a confiança e outros aspectos que podem auxiliar na manutenção daquela relação.

Em meio ao contexto de implementação dessas práticas, foi atribuída aos Tribunais, a responsabilidade pelo desenvolvimento dessas políticas no âmbito dos Estados, que contarão com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, chamados de "Núcleos", que instalarão os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que concretizarão essa política pública (LUCHIARI, 2012, p. 89).

A fim de ressaltar alguns pontos importantes no tocante à qualidade dos serviços prestados social nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e na disseminação da cultura de pacificação, o artigo 2º da Resolução 125 do CNJ apresenta como pontos importantes: I - centralização das estruturas judiciárias; II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III - acompanhamento estatístico específico (LUCHIARI, 2012, p. 90) (CNJ, 2010). Assim, ressalte-se a necessidade de criar um cadastro unificado de conciliadores e mediadores no âmbito dos Tribunais de Justiça, atrelados ou não aos os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como a necessidade de oferta de cursos para a capacitação adequada desses auxiliares da justiça, bem como realizar um acompanhamento estatístico específico dessas práticas (LUCHIARI, 2012, p. 91).

Em resumo, o referido método é pautado na livre manifestação de vontade das partes, na boa-fé, na livre escolha do mediador, no respeito, na cooperação, no tratamento do problema e na confidencialidade, sendo que a confidencialidade atinge tanto o mediador quanto as partes (LUCHIARI, 2012, p. 14).

Neste ponto, observa-se que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, menciona como um dos pontos fundamentais a necessidade de formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, uma vez que, conforme o que já foi constatado nessa pesquisa, esses métodos alternativos de resolução de demandas possuem aspectos e técnicas próprias, assim, para que se alcance o resultado almejado tanto para solucionar aquela lide, quando para reestabelecer a relação entre os envolvidos e promover a pacificação social é necessário a atuação poder judiciário, sendo atribuído aos Tribunais de Justiça a responsabilidade de desenvolver essas práticas.

3.9 Constelação familiar

3.9.1 Influenciadores de Bert Hellinger para o desenvolvimento dessa teoria:

Atualmente, no Poder Judiciário, a Constelação Familiar, método de auxílio à resolução de conflitos, tem sido altamente difundida. Na expectativa de realizar um estudo acerca dos métodos, conceitos, princípios e demais características dessa técnica, primeiramente será abordado os pesquisadores, as áreas, e ciências, que influenciaram o desenvolvedor dessa técnica, Bert Hellinger.

Anton Suitberg Hellinger nasceu na Alemanha em 1925, teve experiência como missionário na África do Sul onde alterou o seu nome para Bert. Por volta dos seus 16 anos teve contato com a tribo dos zulus (tribo africana) em meio à qual intuiu a visão sistêmica dos relacionamentos (VIEIRA, 2018, p. 61-62). No tocante à terminologia, deve-se mencionar que para Hellinger o termo constelação familiar vem da palavra alemã que significa "colocar a família em posição" ou "uma nova mirada" (VIEIRA, 2018, p. 62). Bert Hellinger não inventou as constelações sistêmicas, ele desenvolveu a técnica após conhece-la nos Estados Unidos em um Seminário conduzido por Ruth Mc Clendon e Les Kadis (VIEIRA, 2018, p. 62).

Nesse contexto, Thea Schönfelder havia demonstrado que os representantes de membros da família nas constelações sentem-se como as pessoas que as representam. Alfred Adler foi o primeiro a utilizar o termo "constelação familiar", publicou trabalhos nas áreas de medicina social e educação (contemporâneo a Freud), e enfatizou a necessidade de analisar o individuo como um todo (VIEIRA, 2018, p. 62). Karl Konig, médico, escritor e conferencista, observou o panorama da família, segundo a ordem de nascimento dos filhos, como fatore que influencia a

personalidade (VIEIRA, 2018, p. 62- 63). Hellinger teve ainda contato com Arthur Janov, psicoterapeuta americano e autor, que lhe ensina sobre a teoria asseada na respiração no corpo e no contato do olhar, a qual trabalha os sentimentos da infância, em meio a esse contato, Bert Hellinger desenvolveu a "dinâmica do movimento interrompido" e por meio desta, filho ou filha caminha em direção à mãe, o primeiro vínculo de forma a reconstruir a interrupção que houve neste relacionamento (VIEIRA, 2018, p. 63).

Constata-se que, conforme Thea Schönfelder, os representantes de uma família nas constelações sentem-se como as que lhes representam, corroborando a esse entendimento, Alfred Adler observa a necessidade de avaliar o indivíduo como o todo. Nesse sentido Karl Koning, observa que a ordem de nascimento dos filhos influencia na sua personalidade, e Arthur janov, trabalha os sentimentos da infância. Neste ponto, nota-se influências de médicos, psicoterapeutas, autores, e de áreas como medicina social e educação.

Em relação a Milton Erickson, Bert Hellinger foi inspirado no

> [...] respeito pelo cliente e sua maneira de acompanhar o movimento dele, utilizando Programação Neurolinguística (PNL) para ajudar a modificar atitudes esclerosadas e imagens internas que as acompanham, e a hipnoterapia (VIEIRA, 2018, p. 64).

Cabe a quem executa as técnicas auxiliar a pessoa a modificar atitudes e imagens interna, inspirado no "respeito pelo cliente". Foi ainda influenciado pela escola de pesquisa de Palo Alto na Califórnia, pesquisadores inspirados por Frieda Fromm-Reichmann, dentre eles: Don Jackson, Jay Haley, John Weakland, Paul Watzlawick, Virginia Satir, formularam a teoria do "duplo vínculo ou dupla opressão, que ocorre quando membros de uma família dizem algo e praticam por

meio de seu comportamento algo diverso, gerando uma forma de "comunicação paradoxal". A escola desenvolveu um "sistema "um equilíbrio de normas de família" e a observação do passado do paciente, e usaram o termo "terapia familiar sistêmica" e o genograma.

No grupo familiar, há diferentes níveis (gerações), assim como requisito ao "triangulo perverso" (Jay Haley e Gunthard Weber), nas dinâmicas relacionais, é necessário que haja uma coalisão de duas pessoas com interesses semelhantes, no mesmo nível e uma terceira pessoa em nível distinto (VIEIRA, 2018, p. 64-65).

Ademais, Bert Hellinger foi influenciado pela "teoria do contato" (*Gestalt*) que conheceu por intermédio de sua terapeuta Ruth Conh, a qual foi fundada por Fritz, uma psicoterapia vivencial que resulta a consciência do aqui-e-agora. Com Freud, "aprendeu a forma correta de lidar com a resistência e com as projeção", e ademais a isso Freud já intuía sobre a transmissão transgeracional, afirmando que: "Se os processos psíquicos de uma geração não se transmitissem para outra geração, se não continuassem na outra, cada qual seria obrigada a recomeçar seu aprendizado de vida. O que excluiria todo progresso e desenvolvimento" (VIEIRA, 2018, p. 65-67). Jakob Moreno já utilizava a ação dramática como forma de tratamento. Virginia Satir já trabalhava com as "esculturas familiares" ou "famílias simuladas", ou seja, a imagem interna que o paciente possui de sua família (VIEIRA, 2018, p. 69).

Diante dos estudos da escola de Palo na Califórnia, em face das ocorrências de comunicação paradoxal, mencionada anteriormente, houve o desenvolvimento do sistema de equilíbrio da normas de família, a chamada " teoria da família sistêmica" Notou-se que havia níveis diferentes entre os membros de um grupo familiar, nas dinâmicas relacionais é sendo necessário duas pessoas no mesmo nível e

uma em nível distinto. No tocante a Freud, teve o aprendizado sobre a forma de lidar com a resistência e com as projeções, e sobre a tramisssão transferacional, ou seja, entre as gerações ocorria uma transmissão de aprendizado. Nesse viés Jakob Moreno utilizava as representações dramáticas e Virginia Satir usava esculturas familiares, influencias determinantes para a metodologia utilizada na constelação familiar.

Conforme mencionado anteriormente no tocante ao "triângulo perverso" e desse conflito de interesses, o autor que relevante e influenciador de Bert Hellinger foi Murray Bowen que "trabalhou técnicas de transformação dos conflitos triangulares (*triangulation*) em conflitos a dois (díades), ele quem levantou o problema da transmissão da angústia de uma geração para outra, se não se rompeu a triangulação" (VIEIRA, 2018, p. 71). Desta forma, da terapia familiar sistêmica a Constelação obteve o Genograma multigeracional que busca incluir todos os membros da família, vivos e mortos, de modo a reunir informações sobre a ascendência familiar, estilos de vida, aspectos culturais e étnicos, desenvolvimento, histórias, identificações etc. (VIEIRA, 2018, p. 72). Anne Ancelin Schutzenberg, desenvolveu a técnica do genossosiograma, uma representação da árvore genealógica comentada, com setas sociométricas que destaquem os diferentes tipos de relação, a coabitação, a coação, díades, exclusões e etc. (VIEIRA, 2018, p. 72).

Assim, nota-se que Bert desenvolveu seu trabalho graças à influência de vários autores, pesquisadores, e a partir do contato com Ruth McClendon e Leslie Kadis conheceu as constelações familiares e desenvolveu sua técnica, inovando por meio de sua própria dinâmica, instintiva, que leva o cliente a consultar a sua própria experiência, trabalhando imagens espaciais e perspectivas de outras gerações (VIEIRA, 2018, p. 73-74).

Conclui-se após essa análise, que Bert Hellinger não criou a teoria da constelação, a partir do contato com pesquisadores, autores, médicos, psicoterapeutas desenvolveu a técnica inovando a sua dinâmica em face dessas influências, como por exemplo, a visão sistêmica dos relacionamentos, a necessidade de análise do indivíduo como um todo, utilização da representação da família, a análise por meio da técnica do genossosiograma contendo uma representação detalhada daquelas relações familiares e dentre outras. Diante disso, constata-se que trata-se de uma teoria científica com um forte viés psicológico e médico-social.

3.9.2 Método de Bert Hellinger

A constelação familiar não se confunde com psicoterapia, conforme Úrsula Franke, trata-se de uma terapia breve orientada pelas soluções (VIEIRA, 2018, p. 78). Assim, a constelação é um método utilizado afim de representar conflitos psíquicos e relacionais, trazendo soluções (VIEIRA, 2018, p. 78).

Conforme mencionado no subcapítulo anterior, uma das principais marcas da constelação é a transgeracionalidade devendo ser observadas as heranças, e a identidade de um determinado grupo, com base em seus ancestrais, e analisando inclusive, repetições de destinos familiares (de modo positivo ou negativo) (VIEIRA, 2018, p. 78). Há a chamada transmissão intergeracional, na qual o individuo mantém a sua individualidade e sua identidade, respeita-se as fronteiras psíquicas de cada um, transmitindo eventos elaborados de modo a estabelecer um elo entre as gerações, mas conduzindo à diferenciação dos indivíduos, com a possibilidade de transformar as identidades entre gerações (VIEIRA, 2018, p. 78-79).

Constata-se como objetivo da constelação reincluir pessoas excluídas de um sistema e reconciliar partes dessa rede em conflito e reordenar as estruturas de ordem do sistema observado (VIEIRA, 2018, p. 79). Neste processo, utiliza-se um grupo de representantes ou bonecos ou até objetos, para trazer luz às conexões e a sua implicação no grupo em que o cliente está inserido.

Ademais, essa utilização de imagens é utilizado por diversos médicos e psicólogos, como por exemplo, "imaginação ativa" de Carl Jung, "imaginação dirigida" de Hanscar Leuner, dentre outros (VIEIRA, 2018, p. 80-81). De acordo com Lucas Derks, a representação dirige a interação, assim todos tem um panorama social, e, portanto, são sensíveis à posições espaciais de pessoas no espaço (VIEIRA, 2018, p. 81).

O método da constelação familiar pode ser utilizado tanto individualmente quanto em tratamentos de grupo. Em grupo, dá-se conforme o conceito de Madelung, por meio de percepções e afirmações dos representantes. No trabalho individual o terapeuta pesquisa os fatos traumáticos de seus membros, incluindo de outras gerações e através dessas imagens internas manifesta informações corporais e emocionais, e desta podo há uma procura pela "imagem de solução" (VIEIRA, 2018, p. 81).

3.9.3 Visão sistêmica e o processo de constelação

Alexander Bogdanov era médico pesquisador, filósofo e economista russo, desenvolveu uma teoria sistêmica, dando-lhe o nome de "tectologia", que pode ser traduzido como "ciência das estruturas" (VIEIRA, 2018, p. 82). O principal objetivo dele foi esclarecer os modos de organização na natureza e na atividade humana, e

posteriormente deveria sistematizar e generalizar propondo esquemas abstratos de sua tendência (VIEIRA, 2018, p. 82).

Esses sistemas a que o autor se refere são constituídos por relações que desenvolvem conexões interligadas, compondo uma grande teia e englobando todo o grupo que se relaciona (VIEIRA, 2018, p. 83). Sendo que essa teia é atemporal, abrangendo a ancestralidade e inclusive a história relacional pregressa (VIEIRA, 2018, p. 83). Conforme afirma Schneider, nesses grupos os membros estão ligados pela alma, e assim ultrapassa a transmissão consciente de informações, a comunicação, o comportamento e os sentimentos individuais (VIEIRA, 2018, p. 83).

De tal modo, o individuo, como membro de um sistema social, tem sua ações governadas pelas características do sistema, e essas características incluem as suas ações passadas, esse individuo pode adaptar-se ou estressar outros membros desse sistema (VIEIRA, 2018, p. 84). Assim o indivíduo pode ser visto como um "subsistema" parte do sistema, sendo que o todo que deve ser levado em consideração (VIEIRA, 2018, p. 85). Assim, é importante, analisar o indivíduo como um todo, ou seja, de forma sistêmica, considerando inclusive as experiências já vividas por ele, e não apenas observar os membros isoladamente.

Adhara Campos aponta que

> o trabalho com as Constelações Sistêmicas consiste exatamente em tornar "visíveis" essas dinâmicas ocultas dos sistemas observados, mostrar algo essencial, reconhecer o direito de pertencimento, reconciliar, reordenar, incluir os excluídos e encontrar as soluções (VIEIRA, 2018, p. 85).

Esse método possui como condutor o "campo morfogenético", deste modo, a "teoria do campo" possui duas afirmações básicas, a primeira se refere que o comportamento de derivado de uma totalidade de fatos coexistentes, a segunda

refere-se ao caráter de um "campo dinâmico" desses fatos coexistentes , o estado das partes desse sistema depende de cada uma das partes do campo (VIEIRA, 2018, p. 85).

Joy Manné classifica o processo de constelação em quatro etapas, sendo a primeira definir o problema, a segunda escolher os representantes, a terceira montar a constelação, e a quarta e última o processo de solução (VIEIRA, 2018, p. 79). É importante mencionar que é dito no início do atendimento, qual é a sua pretensão e que de forma disfuncional está vinculado ao sistema de origem (VIEIRA, 2018, p. 80).

Inicialmente, o condutor da constelação pede que o cliente posicione pessoas ou até mesmo sentimentos abstratos significativas para ele relacionadas à questão a ser analisada (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 98-99). Para representar essas pessoas, o cliente escolherá personagens e posicionará conforme a sua relação, sem fazer comentários e apenas baseando-se na sua intuição, por impulso, apenas conduzirá os personagens (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 98-99).

Após o posicionamento dos representantes ocorre a reflexão por meio de sentimentos palavras e até mudanças de posicionamentos (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 99). Desta forma, conforme as relações e questões tratadas o cliente irá posicionar essas pessoas ou objetos de modo a representação a relação, o sintoma, sem justificativas, deixando-se conduzir pela sua intuição e pelos sentimentos (VIEIRA, 2018, p. 80). Neste ponto, o condutor poderá utilizar frases "sistêmicas" para promover a sensibilização dos envolvidos e levando um olhar para o contexto dos sentimentos e a origem dos relacionamentos que geraram aquela questão, e deste

modo iniciar a construção de pontes, vinculando o sistema (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 99).

Posteriormente a esse momento, ele assistirá o movimentar dos representantes que comunicam ao terapeuta as suas sensações e percepções. (VIEIRA, 2018, p. 80) Neste ponto, as forças que regem o destino daquela família são demonstrada pelos membros que se reencontram, ocorre ainda a inclusão dos excluídos, o caminho da solução fica claro, e assim obtém-se a reordenação e a reconciliação, cada um assumindo o lugar que lhe cabe (VIEIRA, 2018, p. 80). Neste ponto, deve-se abrir o espaço para a comunicação dos representante e esclarecimentos, possibilitando retomar algo que ficou oculto e até mesmo representar por meio de imagens. É comum ser observado o processo de solução no comportamento dos indivíduos, nas relações sociais, e no seu estado físico e mental (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 100).

A percepção representativa utilizada e defendida por Bert Hellinger demonstra que, quando uma das partes escolhe uma pessoa para representar os seus familiares, sem dar alguma informação sobre o caso, ela eventualmente apresenta os mesmos sintomas utilizando até palavras semelhantes as do representado, ocorrendo uma transmissão sensorial de informações, ou seja, sentir uma pessoa.

Na comarca de Goiânia, o Projeto Mediação Familiar, do 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania, conforme afirma o Juiz Paulo César Alves das Neves, o índice de solução de conflitos com auxílio dessa técnica é de cerca de 94% das demandas (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 101). Assim fica clara a eficácia dessa técnica que tem contribuído para as decisões judiciais, e possibilitando que

aquela decisão crie uma harmonia entre os envolvidos, e, portanto, uma sentença definitiva (LIPPMANN; OLDONI, 2018, p. 101).

Em suma, a constelação sistêmica apresenta como base a "ciência das estruturas" voltada ao estudo do indivíduo observando a teia que se encontra imerso, com as suas relações e experiências passadas. A prática dessa técnica se dá por meio de procedimento simples, que utiliza de uma representação que pode ser feita por pessoas ou até mesmo imagens que represente pessoas ou sentimentos importantes para esse indivíduo, para que assim seja possível analisar a relação que o envolve, e assim chegar a uma solução adequada àquele conflito.

4 CASOS CONCRETOS

4.1 Considerações iniciais

Neste capítulo, será realizado estudo sobre os casos atendidos pela Central Judicial do Idoso (CJI) e tratados pelo Núcleo de Mediação do Idoso (NUMI) pertencente à central, com o objetivo de trazer ao trabalho a aplicação prática da mediação aos conflitos familiares que envolvem o idoso, e, assim, constatar se esse método alternativo de resolução de conflitos é adequado para este fim.

A Central Judicial do Idoso foi instituída no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) por meio da Resolução n.º 001 de 24 de fevereiro de 2006 em parceria com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e posteriormente, foi realizado convênio com a Defensoria Pública do Distrito Federal – (DPDF) (TJDFT, 2018).

A CJI é composta por três núcleos, o Núcleo de Acolhimento (NAC) que realizam o atendimento presencial, o Núcleo de Atendimento Psicossocial ao Idoso

(NAPI) que realiza estudos psicossociais, e o Núcleo de Mediação do Idoso (NUMI) que realiza as sessões de mediação e pode ainda realizar encaminhamentos do Idoso à Rede Social (TJDFT, 2018).

O Núcleo de Acolhimento avalia a demanda trazida pelo idoso ou por seu representante que comparece à CJI, este primeiro atendimento é chamado "acolhimento" e os demais atendimentos são chamados "acompanhamento" (TJDFT, 2018). Ressalte-se que o atendimento na central é prioritariamente presencial, ocorrendo por telefone apenas em casos excepcionais (TJDFT, 2018). Conforme dados do relatório, foram realizados 1004 acolhimentos iniciais, 1486 acompanhamento de casos, 2729 orientações por telefone (TJDFT, 2018).

O Núcleo de Atendimento Psicossocial ao Idoso é composto por duas psicólogas que atuam na análise de casos de idosos que encontram-se em situação de risco com o objetivo de subsidiar as decisões de juízes, em razão de medidas protetivas requeridas por Promotores Justiça (por intermédio da Promotoria de Justiça da Pessoa Idosa – PROJID) e Defensores Públicos (por intermédio do Núcleo de Assistência Jurídica de Defesa do Idoso– NAJDI/OPPIPD) e demandas internas da CJI (TJDFT, 2018).

Em relação ao Núcleo de Mediação do Idoso, principal foco dessa pesquisa, o seu objetivo é a resolução de conflitos por meio da mediação, sendo oferecido às partes um ambiente colaborativo, com respeito e segurança para melhor solucionar a situação trazida (TJDFT, 2018). Conforme já mencionado na pesquisa, a mediação é um ato voluntário, e havendo desejo dos envolvidos poderá ser realizado um acordo que será homologado pelas juízas coordenadoras da central, que funciona como um

CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania), Dentre os dados apresentados no relatório de atividades (TJDFT, 2018).

Dentre os dados apresentados pelo relatório de 2018, alguns merecem destaque, dentre eles o número de pré-mediações realizadas foi de 228; o número de mediações realizadas 48; número de acordos realizados 29; número de pessoas atendidas 558; sessões agendadas 408; sessões realizadas 276 (TJDFT, 2018). Esses dados permitem verificar o tamanho da central, e a sua importância na prestação desse atendimento (TJDFT, 2018).

Deve-se mencionar ainda, que foram realizadas em 2018, 15 palestras junto ao Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), Escolas públicas e privadas, Hospitais, e dentre outros (TJDFT, 2018). Nota-se, portanto, a atuação em rede da Central Judicial do Idoso relatada pela supervisora Iara Faria em entrevista dirigida, que conta no Apêndice- A desse trabalho,

> [...] Há atualmente uma delegacia especializada DECRIM, o PROVID (Programa da Polícia Militar que incialmente só atendia a mulher vítima de violência doméstica, mas hoje atende também a o homem idoso vítima de violência), CREAS, CRAS, Hospitais.

Assim, a Central Judicial do Idoso permitiu o acesso aos atendimentos documentados, de modo a possibilitar a realização dessa pesquisa uma análise de como ocorre na prática a atuação do Núcleo de Mediação do Idoso, e, assim, constatar se a mediação é um método que se demonstra eficaz para solucionar os conflitos familiares que envolvem o idoso. De um total de 39 (trinta e nove) processos, que estavam no Núcleo de Medicação do Idoso, foram escolhidos 10 casos, acolhidos entre 13 de dezembro de 2017 e 18 de abril de 2018 concluídos (com

a realização do acordo ou sem a realização do acordo), para serem analisados neste trabalho. A análise se resumiu aos relatos documentados, não houve comparecimento à sessão, e os títulos são baseados na principal temática dos casos.

4.2 A denúncia criminal da mãe contra o filho

Neste caso, foram acolhidos pela Central do Idoso a mãe, já idosa, e seus três filhos (dois homens e uma mulher). Inicialmente a idosa morava com um dos filhos, ocorre que ela e sua filha (irmã do acusado) denunciaram ele junto à delegacia por agredir sua mulher (companheira), lavrou-se, portanto, um Boletim de Ocorrência que culminou na prisão do acusado por cerca de uma semana, o que gerou uma ampla revolta do filho contra a mãe.

A idosa, em razão do ocorrido passou a morar com a filha, o que ocasionou um distanciamento em relação aos outros descendentes que passaram a não mais frequentar a casa que ela residia. Diante disso, buscou, portanto, a Central do Idoso com o interesse em receber mais atenção e carinho, dos filhos e dos netos, bem como ter mais convívio com eles recebendo visitas, e assim, almejava a união de sua família.

Entretanto, por parte do filho envolvido no caso discutido na esfera criminal que culminou em prisão, havia sentimento de mágoa e ódio em relação à mãe. Tais sentimentos manifestaram-se no seu claro desinteresse em colaborar com a pretensão da mãe e assinar o acordo para solucionar e atender aos interesses envolvidos.

Ressalte-se que foram realizadas duas pré-mediações, a primeira com dois dos filhos, a segunda sessão com a idosa e a filha (com quem residia), e a terceira sessão

(mediação) com todos os envolvidos. Em face da postura intransigível de um dos filhos, o procedimento foi interrompido e o caso foi encerrado sem o acordo.

Constatar que esse caso foi tratado em um lapso temporal muito curto, com poucos encontros, o que talvez não permitiu que questões tão delicadas, como essa denúncia realizada pela mãe contra o próprio filho que culminou na prisão dele a qual desencadeou sentimentos tão negativos nessa relação. É importante destacar que a postura da CJI foi adequada, haja vista que o procedimento da mediação é voluntário, não cabendo ao mediador obrigar os envolvidos a continuar com as sessões de mediação, cabendo às partes decidirem se continuam ou não com o procedimento.

4.3 A falta de visita ao idoso

O idoso possuía seis filhos, sendo três mulheres e três homens, sendo que uma das mulheres já é falecida. Ressalte-se que o idoso é lúcido, entretanto, portador de diabetes e hipertensão. Possui dois imóveis em cidades satélites distintas ele mora em um com um dos filhos (principal cuidador do pai) e uma filha, em casas separadas, e com o aluguel do outro imóvel realiza o pagamento do seu plano de saúde.

Uma das filhas não possui uma boa relação com um dos irmãos, mesmo morando no mesmo lote, afirmou no seu atendimento que o irmão não a deixava ir visitar o pai, e mencionou ainda que o irmão praticaria violência psicológica com o pai, e que por isso o idoso estaria triste. A outra filha, em contrapartida, morava em outra cidade-satélite e visitava o pai às vezes.

Um dos filhos afirmou que realiza visitas e auxilia no pagamento das medicações do pai, entretanto, não possuía condições de ficar com o pai. O outro filho não possui uma boa relação com o irmão cuidador do idoso e por isso não visita o pai, afirmou em seu depoimento que seu irmão teria contraído em nome de seu pai um empréstimo no valor de R$16.000,00 (dezesseis mil reais) para realizar a reforma da casa.

O filho, cuidador do pai, mencionou que compra as medicações do idoso e possui acesso à conta bancária dele, sendo munido de procuração. Entretanto conforme consta nos autos a esposa deste filho (nora do idoso) auxilia nos cuidados com o idoso, aplicando insulina, realizado os serviços básicos como preparar a comida, lavar a roupa etc. O filho, afirmou que nunca proibiu contato de sua irmã com o pai, mas reafirma que a família não possui um diálogo adequado.

Como soluções para a presente demanda, foram vislumbradas: a necessidade do filho cuidador do idoso comprovar em juízo as despesas do pai; alugar os dois imóveis do idoso para com a renda contratar uma cuidadora ou uma colocá-lo em uma clínica de repouso; estabelecer como ocorrerão as visitas.

No presente caso, os filhos não se dispuseram a participar da sessão de mediação conjunta (com todos os envolvidos) sobretudo em razão das intrigas e falta de diálogo amigável e produtivo entre eles. Foram realizadas três pré-mediação com três dos cinco filhos, todas individuais, e uma pré-mediação com o idoso e o filho que é o seu cuidador.

Posteriormente a essas pré-mediações, a Central Judicial do Idoso (CJI) recebeu o comunicado do filho, principal cuidador do idoso, informando que o caso já estaria sendo acompanhado pelo Ministério Público do Distrito Federal

(Promotoria de Família). Seis meses após esse aviso, o filho cuidador do idoso entrou em contato com a CJI informando que o pai estaria hospitalizado e, portanto, não haveria a possibilidade de comparecer às mediações, contudo, manifestou interesse em solucionar a demanda judicialmente, mas o procedimento na Central do Idoso foi encerrado sem a realização de um acordo.

Em suma, no presente caso é fácil constatar que as desavenças entre os irmãos, a falta de diálogo entre eles, está afetando diretamente a relação deles com o pai, já que dois dos cinco filhos não se dão bem com o irmão cuidador do pai e por isso não realizam visitas, afirmam, inclusive que o irmão teria proibido esse contato.

Ocorre que, diante de todo essa dificuldade em encontrar uma solução, mesmo frente às desavenças, pode-se verificar alguns interesses comuns, como por exemplo a necessidade de contratar uma cuidadora ou colocar o pai em uma clínica de repouso, bem como estabelecer a realização das visitas. Entretanto, nenhum dos irmãos se manifestou prontamente a comparecer na sessão conjunta, o que acabou tornando inviável a continuação das sessões. Diante disso chegou-se a um empasse, posteriormente a CJI foi informada que a demanda passou a ser tratada pelo Ministério Público, frustrada, portanto, a tentativa de realizar um acordo junto à CJI.

4.4 O falecimento do idoso

O idoso acolhido pela CJI possuía sete filhos, cinco homens e duas mulheres. Em razão de um derrame pleural permaneceu dois meses internado, mas no momento do atendimento o idoso morava com dois filhos e mais duas cuidadoras em sua casa, pois estava com a sua saúde debilitada.

O principal interesse deste caso era melhorar a comunicação entre os filhos, regularizar as cuidadoras, melhorar a contribuição dos filhos com as cuidadoras, e alterar a curatela de uma das filhas para a outra (já responsável pela parte financeira), mas no tocante a esse último ponto não havia um consenso entre os envolvidos.

Foram realizadas no presente caso duas pré-mediações, com dois dos filhos, entretanto dois meses após o início do procedimento na Central Judicial do Idoso, a família do idoso optou por desistir do prosseguimento das mediações, e cerca de um mês após essa manifestação entraram em contato novamente com a CJI informando que o idoso teria falecido por pneumonia e parada respiratória.

Muito embora tenha ocorrido previamente a desistência da família em prosseguir com as mediações, neste caso quatro meses após o recebimento do caso pela CIJ o idoso acolhido faleceu isso demonstra que às vezes o problema pode não ser a morosidade do Judiciário, e sim a relutância da família em buscar um apoio jurisdicional para tratar as questões que afligem a convivência e os laços. Dessa forma, é importante promover uma maior divulgação de órgãos que prestam esse apoio social, de modo a garantir um melhor acesso à justiça, e não apenas o acesso, como também o tratamento adequado ao caso concreto.

4.5 A convivência familiar e a guarda do neto resolvidas por meio de um acordo

Foram acolhidas pela Central Judicial do Idoso a mãe já idosa e suas duas filhas, o filho não compareceu ao atendimento e, portanto, não participou das mediações. Conforme o relato da idosa, uma de suas filhas é o seu apoio, auxiliando-a em tudo, inclusive financeiramente, já a outra filha é agressiva, consome bebida

alcóolica com uma certa frequência, e possui dois filhos, um reside com o pai da criança e o outro reside com ela.

A filha, que foi caracterizada pela mãe como agressiva, reside na casa da idosa e apresentava resistência a sair do imóvel, mesmo sabendo que não é seu. Durante o seu atendimento foi percebido pelas mediadoras a necessidade dela realizar um tratamento psicológico, redigiram, portanto, o seu encaminhamento para determinada clínica.

No presente caso, foram realizadas três pré-mediações, sendo uma com a idosa, e uma com cada uma das filhas, individualmente, houve uma tentativa de agendamento com o filho entretanto ele não compareceu à sessão, e no fim foi realizada uma mediação conjunta com a idosa e as suas filhas. Diferentemente de casos em que sequer chegou a ocorrer a sessão conjunta, neste caso ela ocorreu e culminou em acordo.

O procedimento foi iniciado com a presença da idosa e de suas duas filhas, ressalte-se que a idosa é lúcida. O foco da mediação foi o relacionamento familiar entre a idosa e seus filhos, e o acordo solucionou as questões da seguinte forma: a filha agressiva comprometeu-se a sair da casa da idosa e deixar o filho que com ela reside sob a guarda de sua mãe e de sua irmã, comprometeu-se a arcar com as despesas do filho depositando mensalmente um valor fixo na conta da idosa, e, ademais a isso, comprometeu-se a não ingerir bebida alcóolica embaixo do prédio da idosa e tratá-la com mais respeito, sendo lhe resguardado o acesso à casa da mãe para visitar seu filho e participar da sua educação. A outra filha, comprometeu-se a continuar residindo com a mãe e auxiliando nos cuidados com o sobrinho, e contribuindo com as despesas da casa.

Para finalizar, o acordo foi lido e assinado por todos os envolvidos, ou seja, pelas duas filhas, a mãe idosa, as mediadoras, e a juíza que homologou o acordo. Deve-se mencionar ainda, que em caso de descumprimento foi estabelecido que o juiz arbitrará multa, por tratar-se de título executivo judicial.

Neste caso, um diferencial é que a ausência do irmão nas sessões de mediação não comprometeu a realização do acordo, e tão pouco a solução das questões que envolviam a idosa e suas filhas. Desta forma, a atuação das mediadoras da Central do Idoso mostrou-se adequada, sobretudo para resguardar o relacionamento familiar entre os envolvidos dispostos a participar da mediação (procedimento voluntário), e tratar problemas como a ausência de um diálogo amigável, a falta de compreensão entre os envolvidos, e o abandono da agressividade como forma de tentar resolver problemas pelo enfrentamento, estabelecendo condições adequadas de convivência e diálogo produtivo, para assim reforçar os laços familiares da mãe com as suas filhas.

4.6 O idoso que não conseguia arcar com os custos da clínica de repouso na qual se encontrava

Neste caso, a irmã do idoso procurou a Central Judicial do Idoso, buscando o acolhimento dele que estava residindo em uma clínica de repouso há cerca de cinco meses. O idoso possuiu três relacionamentos que geraram descendentes, do primeiro possui quatro filhos, dois homens e duas mulheres, no segundo uma filha, e no terceiro uma filha.

Foram realizadas quatro pré-mediações, sendo uma apenas com a irmã do idoso, uma com duas filhas e um filho, uma com outra filha, uma com outro filho, e por fim, uma mediação em sessão conjunta com 4 filhos e a irmã do idoso.

A irmã do idoso, possui procuração, e mencionou que o idoso estaria residindo em uma clínica de repouso para idosos, que custa R$2.000,00 (dois mil reais). Ocorre que a renda do idoso é insuficiente para arcar com esse custo, e apenas três filhos estariam ajudando a arcar com esse valor, se dispôs a participar da mediação conjunta.

Um de seus filhos do primeiro casamento afirmou que estava afastado de seu pai há cerca de 25 anos, já que quando ele tinha 15 anos de idade o pai saiu de casa, o filho informa que pai possuía, há época, uma relação extraconjugal. Mencionou ainda que quando o pai saiu de casa não pagou pensão para os filhos, que viveram de doação, e, portanto, passaram necessidade, somente conseguiu a pensão quando já tinha 18 anos, apenas seus irmãos mais novos receberam.

Declarou que o pai era "grosseiro" com os filhos e que não achava justo ajudar o pai que o abandonou, afirmou não ser rancoroso, mas via o pai como se ele fosse um "monstro". Esse filho ainda juntou aos registros do atendimento uma decisão judicial que afirma: "é descabida a fixação de alimentos em benefício de genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar". No atendimento com uma das filhas, uma se dispôs a ajudar e com uma quantia financeira e participar da sessão de mediação conjunta.

Ressalte-se que neste caso, não foram realizados registros detalhados de todos os atendimentos, diante disso, não foi possível realizar uma melhor observação da posição de todos os envolvidos.

O processo foi finalizado com acordo envolvendo a irmã do idoso, seus quatro filhos do primeiro relacionamento, nos seguintes termos: duas de suas filhas, um de seus filhos, e a irmã do idoso, comprometeram-se a depositar uma quantia na

conta do idoso no dia 08 de cada mês; no tocante às visitas, essas serão livres no lar em que o idoso encontra-se institucionalizado; o outro filho, que não assumiu a obrigação de pagar, comprometeu-se a pesquisar uma instituição pública de longa permanência para abrigar o idoso, e no momento que conseguir uma vaga na instituição pública comunicará os acordantes para providenciarem a transferência do idoso; a irmã do idoso foi constituída procuradora do idoso para representá-lo junto às instituições bancárias, plano de saúde, repartições públicas do DF, Receita Federal, INSS, Juizados Especiais em qualquer instância, Foro ou Tribunal, sendo responsável pelo pagamento à instituição de longa permanência que o idoso reside bem como administrar a conta bancária dele. Conforme o procedimento padrão o acordo foi lido e assinado pelos acordantes e submetido à homologação da juíza.

Nesse caso, é importante formular algumas observações, a primeira é que mesmo o pai tendo tomado uma decisão de abandonar o lar e os filhos menores, e só após cerca de três anos passar a dar assistência a eles por meio do pagamento da pensão alimentícia. Essa atitude não fez com que todos os filhos optassem por se eximir de prestar auxílio para ele na velhice, já que os descendentes que firmaram o acordo foram os filhos do primeiro relacionamento, e mesmo o filho que optou por não ajudar financeiramente comprometeu-se a pesquisar uma instituição pública de longa permanência para abrigar o idoso.

Dessa forma, um trabalho de construção de soluções adequadas a conflito pode surpreender os envolvidos com os seus resultados, já que neste caso, mesmo com a ausência dos outros descentes do idoso e os sentimentos negativos em relação ao pai não impediram que os filhos que se dispuseram a participar voluntariamente da mediação optarem pela realização do acordo, de modo a auxiliar no pagamento da clínica de repouso que o pai encontra-se abrigado, realizar visitas periódicas no

referido lar, e um dos filhos buscar uma instituição pública de longa permanência para abrigar o idoso.

4.7 Os cuidados compartilhados

A idosa acolhida pela Central Judicial do Idoso possuía 96 (noventa e seis) anos, mora atualmente com uma das filhas, entretanto possui três filhas e três filhos, sendo que uma das filhas não possui condições de ajudar pois teve um acidente vascular cerebral (AVC) e um dos filhos tem problemas com alcoolismo e também não consegue ajudar.

Diante disso, a filha com quem a mãe reside apresentou como seu principal interesse a divisão dos cuidados com a mãe entre os filhos, com exceção apenas dos dois filhos que não possuem condições de ajudar.

A neta da idosa, filha de sua descendente que sofrera o AVC reafirmou em sua pre-mediação a necessidade da idosa ter uma cuidadora durante todo o dia, e, inclusive, finais de semana e que 80% dos netos acordaram em ajudar financeiramente.

No atendimento com uma das filhas, ela afirmou que a procuração da idosa era em nome da sua filha, neta da idosa, contudo ela renunciou ao direito, contratou uma cuidadora e transferiu a procuração para a cuidadora. Como sugestão para o presente caso, foi sugerido colocar a idosa em um abrigo, mas não foi aceito. Ressalte-se que no presente caso foram realizadas quatro pré-mediações, sendo a primeira realizada com uma filha e um neto, a segunda envolvendo uma filha e uma neta, a terceira envolvendo dois filhos (ouvintes) uma neta filha de um dos filhos, e outro filho com a sua esposa, e a quarta com a representante da filha que havia

sofrido AVC. Posteriormente a essas pré-mediações, foi realizada a sessão conjunta com três filhos e um neto da idosa atendida pela Central Judicial do Idoso.

A sessão conjunta foi realizada com os presentes que acordaram voluntariamente em participar e o acordo com foco nos cuidados com a idosa. Neste viés os acordantes estabeleceram que os cuidados com a idosa serão realizados conjuntamente por três filhos, ela passará 30 (trinta) dias na casa de cada cuidador que será responsável por todos os cuidados necessários incluindo medicação, assistência médica, alimentação, higiene pessoal bem como levará a idosa para a casa do filho responsável pelo período seguinte. Ressalte-se que o cuidador responsável receberá o cartão de benefícios do INSS para arcar com as despesas pessoais da segurada. O cuidador responsável ainda poderá deixar a mãe com outro familiar, entretanto, sob a sua responsabilidade.

No acordo ainda constava a escala de meses que estabelecia o intervalo que cada filho estaria responsável. Foi incumbida ao neto a obrigação de entregar à Central Judicial do Idoso o laudo de saúde mental da idosa no prazo de duas semanas, a qual foi cumprida. Estabeleceu-se ainda que em caso de descumprimento poderá incidir multa a ser arbitrada em juízo. O acordo foi lido e assinado pelos presentes.

Em suma, no presente caso, assim como ocorreu em outros que culminaram em acordo, não foi necessária a participação de todos os familiares para a promoção deste. Contudo, diferentemente da maioria dos casos analisados, neste, a questão envolvida não era financeira, era apenas voltada aos cuidados da idosa que já estava com 96 anos. De forma criativa, notou-se como solução para a presente demanda a

realização de cuidados compartilhados, organizados sob a forma de uma "escala" em que a idosa passaria a cada 30(trinta) dias na casa de um dos cuidadores.

Esse, portanto, é um dos diferenciais da mediação e dos demais métodos alternativos de resolução de conflito, eles permitem obter uma solução criativa e plenamente adequada, solucionando o caso, promovendo o diálogo e a harmonia naquela família, como ocorreu no nesse caso. Desta forma, fica claro perceber que a mediação é um método que se demonstra muito eficaz para tratar essas demandas familiares que envolvem os direitos dos idosos, que em muitos casos não dependem financeiramente dos filhos, mas almejam receber cuidados e atenção dos seus descendentes.

4.8 Os cuidados e custos com a cuidadoras compartilhados entre os filhos

A idosa atendida pela Central Judicial do Idoso possui onze filhos, sendo quatro homens e sete mulheres. Nesse caso, foram realizadas três pré-mediações, a primeira com uma das filhas, a segunda com dois filhos e uma filha, a terceira com cinco filhas e dois filhos (uma das filhas já havia participado de uma das pré-mediações anteriores). Foi relatado por um dos filhos que um filho estaria envolvido com alcoolismo e uma das filhas estaria internada os quais foram representados por um dos irmãos por meio de procuração anexa ao atendimento.

Não houve, no caso, um registro detalhado de todas as pré-mediações fator esse que nos dificultou a perceber a opinião e o posicionamento de cada um dos filhos sobre as questões tratadas, que nesse caso tratava-se do auxílio financeiro, para arcar com as cuidadoras, bem como cuidados como higiene pessoal e dormir com a mãe.

O acordo foi realizado entre os nove filhos, primeiramente concordaram que um dos irmãos seria nomeado curador, na segunda cláusula acordou-se portanto que os irmãos contratarão uma cuidadora, para permanecer das 9h até as 17h. Ficou ainda acordado que um dos filhos ficará no período das 17h às 9h de segunda-feira à sábado. Em relação aos finais de semana, as filhas realizarão um revezamento de cuidados com a idosa, comprometendo-se a montar um quadro com a escala de cada uma, no horário das 9h às 17h. Sobre as atividades dos homens, um dos filhos ficará com a mãe aos sábados e o outro aos domingos das 17h às 9h.

No tocante ao financeiro, o valor relativo às cuidadoras (despesas e transporte) será dividido entre os irmãos, cada um arcará com a quantia de R$200,00 (duzentos reais), que será depositado na conta do curador.

Oito dias após a realização do acordo, um dos irmãos (indicado pelos outros para ser curador), munido de procuração para representar outros dois dos irmãos compareceu à Central Judicial do Idoso para estabelecer um termo aditivo ao acordo já realizado com os seguintes termos: os irmãos representados concordaram que ele seria indicado como curador, estão de acordo em relação à contratação da cuidadora para permanecer com a mãe das 9h às 17h se segunda à sexta-feira, aos sábados e domingos essa irmã também participará do revezamento de cuidados realizado pelas suas irmãs. Estão ainda de acordo com arcar com o valor de R$200,00 (duzentos reais) referente aos custos da cuidadora.

Assim como ocorreu nos outros casos e faz parte do procedimento, tanto o acordo quanto o termo aditivo foram lido para os acordantes que assinaram e posteriormente foi homologado pela juíza.

Em suma, este caso teve como peculiaridade além da existência de 11 filhos número elevado se comparado com os demais casos, o qual, não comprometeu a realização do acordo, o que permite a conclusão de que o tamanho da família pode ser um desafio ao consenso pois cada um poderia ter um ponto de vista distinto, contudo essa não é a regra como neste caso que com poucas pré-mediações, inclusive conjuntas com mais de um filho conseguiu-se obter o acordo.

Ademais, deve-se mencionar que mesmo os dois filhos que não compareceram à primeira mediação, foram representados por um dos irmãos e concordaram os termos do acordo previamente realizado entre os seus irmãos conforme o "termo aditivo ao acordo de mediação" e, portanto, somaram-se aos demais nos cuidados financeiros e pessoais à mãe.

Portanto, mais uma vez, a mediação demonstra-se capaz de ser eficaz mesmo em um caso que seria mais moroso judicialmente, pois tratam-se de onze descendentes, uma família relativamente grande, mas que rapidamente nos atendimentos percebeu-se os pontos que precisavam ser tratados referentes à divisão de cuidados com a mãe bem como a contratação de uma cuidadora para permanecer com ela durante o dia de segunda a sexta-feira.

Assim, com soluções criativas como o revezamento entre os filhos para ficarem durante à noite, e as filhas para ficarem durante o dia e serem responsáveis pelos cuidados pessoais aos finais de semana, além de solucionar a questão a ser tratada possibilitou uma divisão de tarefas capaz de não onerar tanto um dos filhos em detrimento dos demais, demonstrando-se como uma solução mais justa e adequada a esse caso concreto.

4.9 A mãe idosa e a filha, portadora de pneumonia, esquizofrenia e que sofreu um AVC

A idosa acolhida pela CJI possui Alzheimer e faz acompanhamento, e tem uma filha acometida de pneumonia esquizofrenia, sendo que sofreu um Acidente Vascular Cerebral (AVC) e, no momento do atendimento, morava com a mãe (idosa). Destaque-se que a idosa possui cinco filhas e dois filhos.

Uma das filhas, em seu atendimento, propôs colocar a irmã em uma asilo, afirmou que visita a mãe uma vez por semana, e ajuda financeiramente mesmo não sabendo como o dinheiro é gasto, gostaria ainda que que a irmã fosse para o CAP`S participar das oficinas.

Um dos filhos mencionou que os irmãos contribuem financeiramente, entretanto, ele gostaria que os valores fossem descontados diretamente na folha de pagamento. Gostaria ainda que a mãe mudasse para outro prédio, mais próximo da igreja que ela frequenta pois assim ela iria sozinha para as oficinas e às sextas-feiras ele a levaria para outra igreja que ela também frequenta, demonstrou-se ainda favorável a mãe frequentar uma academia sob orientação médica. Afirmou a necessidade de mais transparência em relação às receitas e despesas, e propôs um rodízio de cuidados aos finais de semana, já que a mãe precisa de carinho e atenção de todos.

Ressalte-se que, pelo relato dos irmãos, o atual curador da mãe é o filho mais velho envolvido álcool e que possui problemas com a irmã que mora com a mãe, o que acaba comprometendo o relacionamento com a mãe. O filho curador da mãe é favorável à internação imediata da irmã em um asilo, sendo na opinião dele uma medida adequada para que haja tranquilidade para a idosa conviver melhor.

Durante o atendimento do caso pela central do idoso a irmã que morava em outro estado encaminhou para todos os irmãos um e-mail informando a sua insatisfação quanto ao tratamento d uma das irmãs em relação a ela, manifestando que estaria sendo atacada de modo inqualificável afirmando que levaria à ciência do CREAS bem como faria uma denúncia policial.

Foram realizadas neste caso cinco pré-mediações com cinco dos sete filhos, todas individuais. Por fim, foi realizada uma mediação conjunta com três dos sete filhos, mas esta restou infrutífera a tentativa de acordo pois as partes desistiram de prosseguir com as mediações.

Neste caso, os interesses de alguns dos irmãos ouvidos eram convergentes, entretanto, haviam alguns problemas na relação entre os irmãos que inclusive comprometiam a relação deles com a mãe. Diferentemente dos demais casos observados em que a genitora ou o genitor era o centro das questões, neste caso, parecia que as questões da mãe estavam relativamente resolvidas, o que eram mais delicadas eram as questões que envolviam a filha que estava com pneumonia, sofria de esquizofrenia e teve um AVC e morava com a mãe.

Conclui-se que neste caso a atuação dos mediadores foi produtiva principalmente para elencar possíveis soluções criativas para a demanda, ressalte-se que no atendimento de um dos filhos ele conseguiu criar uma lista com todas as necessidades da mãe, que iam desde atenção, ajuda financeira dos filhos, rodízio de cuidados aos finais de semana, a participação dela na igreja, dentre outras. Contudo, como já fora mencionado nos outros casos, a mediação é um processo voluntário, não cabe ao mediador forçar as partes a participar. Dessa forma, uma vez que as

partes optaram por desistir do procedimento de mediação, este foi interrompido na fase em que encontrava-se, portanto, sem a realização de um acordo.

4.10 A desistência das mediações e a opção por propor uma ação judicial

A idosa deste caso possui cinco filhas e dois filhos, morando com uma das filhas. Essa filha, com quem a idosa reside, já é aposentada e sua renda é incapaz de arcar com todas as despesas da mãe. Uma das filhas que possui renda considerável, contraiu alguns empréstimos, e ademais a isso, possui problemas com álcool (ingere bebida alcóolica todos os dias) sendo, em alguns momentos, agressiva com a mãe.

Conforme as anotações realizadas pelas mediadoras que atuaram no caso, as questões a serem tratadas são voltadas ao financeiro, ou seja, contribuição financeira dos filhos para o pagamento do plano de saúde, remédios, alimentação apropriada (pois a mãe possui diabetes e pressão alta), e a contratação de cuidadora, muito embora a idosa seja lúcida possui autonomia e no seu atendimento informou que ao invés de cuidadora, afirma que só precisa de uma diarista. Entretanto, um dos filhos, que mora em outro estado, menciona como objetivo tratar bem a mãe.

Os filhos mencionaram que a irmã detentora da procuração é quem mais cuida da mãe, contudo, eles estão sem falar com ela, o que dificulta das tratativas dos assuntos que envolvem a mãe. Em contrapartida, mencionam que a irmã que reside com a mãe é negligente, há indícios de violência, e, além disso, não prepara uma comida adequada à saúde da idosa, havia, pois, interesse dos irmãos em retirar essa irmã do apartamento da mãe, mas a mãe, lúcida, quer continuar morando no apartamento.

Foram realizadas 5 pré-mediações. A primeira pré-mediação foi realizada com três filhas, a segunda com o filho que inclusive mora em outro estado, a terceira com um dos filhos, a quarta sessão ocorreu com a idosa e uma das suas filhas. Deve-se mencionar que duas sessões, além das mencionadas formas agendadas, mas não ocorreram, pois, o filho não compareceu. Diferentemente dos outros casos que as sessões de pré-mediação ocorrem de forma individual, neste caso três ocorreram conjuntamente e apenas duas de forma individual.

Após a realização das pré-mediações, na tentativa de verificar a possibilidade de ajuda e contribuição dos filhos, foi realizada uma mediação, sessão conjunta, entre três filhas e dois filhos, sendo que uma das filhas portadora de procuração da mãe.

Cerca de dois meses após a realização dessa sessão conjunta, um dos filhos que havia, inclusive, comparecido às pré-mediações entrou em contato telefônico com a Central Judicial do Idoso e informou que a filha, detentora da procuração da mãe, constituiu advogado para ajuizar uma ação e, portanto, tentar solucionar a demanda de forma judicial.

Diante disso, o procedimento na Central Judicial do Idoso foi encerrado sem a realização do acordo, a família da idosa acolhida optou por propor uma ação judicial. Ressalte-se mais uma vez a característica da voluntariedade, ou seja, os mediadores não obrigam as partes a prosseguirem nas mediações até que ocorra o acordo, deixando sempre a escolha de participar das sessões.

4.11 O revezamento de cuidados e auxílio financeiro como solução da demanda de modo a distribuir as obrigações

A idosa possui 8 filhos, mora em com o filho mais novo que é o seu principal cuidador na casa dos fundos e na casa da frente mora uma de suas filhas com a neta, sendo que esta filha auxilia nos cuidados com a mãe realiza um revezamento com o irmão mais novo que encontra-se sobrecarregado com os cuidados. A idosa ficou viúva três anos antes de ser acolhida pela Central Judicial do Idoso, entrento ainda não se iniciou o processo de inventário.

Nesse caso, foram apontadas como questões nas anotações dos atendimentos a serem tratadas nas mediações os cuidados nos finais de semana e no turno da noite (como ocorreria o rodízio), e o auxílio financeiro à idosa.

Deve-se mencionar, que os dois irmãos que moram no mesmo lote que a mãe possuem uma boa relação entre si, contudo possuem alguns problemas de comunicação com os demais irmãos, o que dificultou que eles solucionassem as questões que envolvem a mãe.

Nesse sentido, um dos irmãos durante a sua sessão de mediação afirmou que "o menor problema é a mãe" e que a maior dificuldade é tratar com os dois irmãos que moram com a mãe, sobre as questões que envolvem a idosa.

Um dos irmãos afirmou que o principal cuidador da mãe, não aceita bem criticas, bem como não aceitam mudanças relacionadas ao tratamento da mãe, outro mencionou que os dois irmãos "expulsavam os demais", e, diante disso, os outros irmãos não quererem "intrometer-se" na situação da mãe.

A idosa possui uma chácara e gosta de frequentá-la uma vez por semana, possui um certo apego a esse bem, no local há criação de animais e plantações, os filhos não auxiliam na manutenção mas gostam de usufruir.

Durante a sessão de pré-mediação, as mediadoras observaram a necessidade de uma das filhas fazer um acompanhamento psicológico, diante disso, conforme ocorreu em caso anteriormente analisado, os servidores promoveram o encaminhamento dela a uma clínica adequada para esse fim.

Foram realizadas oito pré-mediações, uma com cada filho da idosa acolhida pela CJI, o que possibilitou às mediadoras que atuaram no caso verificar interesses em comum entre os irmãos e até mesmo perceber as dificuldades que levaram o caso à Central Judicial do Idoso. Posteriormente realizada a sessão conjunta com seis dos oito filhos, que voluntariamente optaram em participar. O presente caso, foi encerrado com a realização de um acordo que teve como principal foco o auxílio financeiro e revezamento de cuidados à idosa.

Compareceram à mediação conjunta seis dos oito filhos da idosa, sendo seis homens e duas mulheres. Três filhos assumiram a obrigação de depositar mês a mês determinado valor na conta de uma das irmãos. Cinco, dos seis filhos que compareceram à sessão comprometeram-se a revezar, semanalmente, os cuidados com a idosa aos finais de semana (de sexta, às 20h a domingo, às 20h). Foi acordado ainda que em caso de descumprimento poderá incidir multa a ser arbitrada em juízo por se tratar de título executivo judicial. Por fim, todos assinaram e o acordo foi homologada pela juíza.

Nesse caso, pelo que constava nas anotações dos atendimentos, os filhos já estavam com uma idade avançada, ou seja, alguns filhos já eram idosos (possuíam mais de sessenta anos de idade), e, em decorrência de tal circunstância, o principal cuidador da mãe se sentia sobrecarregado, e queixava-se de dores.

Ademais, esse caso concreto é outro exemplo de que a ausência de uma relação harmoniosa entre os irmãos acaba influenciando diretamente a relação deles com a mãe, principalmente se as falhas na comunicação ocorrem com os principais cuidadores da idosa, que conforme relatos, expulsavam os irmãos da casa da mãe.

Assim, mesmo com questões delicadas envolvidas, e comunicações turbulentas entre as partes, e uma família de tamanho considerável (oito filhos) a mediação, mais uma vez, demonstrou-se eficaz, solucionando a demanda com um acordo que culminou em obrigações de pagar e obrigações de fazer, direcionadas ao caso, em conformidade com as suas peculiaridades, e assumidas por quem se propôs a participar, encerrando não apenas o procedimento com sucesso, mas evitando inclusive uma demanda judicial, já que o acordo é um título executivo judicial, tal como uma sentença.

4.12 Reflexões finais

Diante de todos os casos analisados, e conforme afirma Neemias Moretti Prudente, o conflito faz parte da família, em razão do caráter dinâmico da família e a complexidade das suas relações (PRUDENTE, 2008). Em decorrência disso, tornam-se comuns desavenças, brigas, e outros problemas (PRUDENTE, 2008). Assim, a história de uma família é marcada por momentos de crescimento, de estagnação, de encontro, desencontro e reconciliação (PRUDENTE, 2008).

Nos casos analisados, os idosos não possuíam cônjuge ou companheiro vivo, contudo, todos possuíam descendentes, pode-se até considerar numerosas as famílias, variando entre três e onze filhos, fator que justifica o número de pré-mediações ocorridas. Já que conforme consta na entrevista, em apêndice a este trabalho, realizada com a supervisora da Central Judicial do Idoso, Iara Faria,

> "São feitas as pré-mediações para depois realizar o encontro conjunto, no caso de famílias muito grandes são realizados encontros em pequenos grupos, observando a afinidade entre os irmãos".

As questões envolvidas são semelhantes, tratam sobre cuidados, diretos e indiretos, auxílio financeiro aos idosos, normalmente para arcar com os gastos pessoais do idoso, custo das instituições de longa permanência. Esse dado se coaduna com o relato da supervisora, que afirmou que os "principais casos, cerca de 95% giram em torno dos cuidados, financeira, cuidado direto, cuidado indireto, pagamento de cuidador, pagamento do plano de saúde e etc".

Além disso, um dado que chamou atenção é que em um dos casos analisados havia um processo criminal envolvido, no qual a mãe fez denúncia contra o filho por agredir a nora, e em razão disso, os ânimos estavam exaltados e não houve interesse para realização do acordo. O que demonstra que a mediação não é adequada para tratar todos os casos, ainda mais por ser um processo voluntário, não cabe ao mediador obrigar os envolvidos a participar do procedimento.

Nesse sentido, afirma Neemias Moretti Prudente,

> Os conflitos familiares possuem uma carga emocional que muitas vezes dificulta uma resolução adequada do conflito. Geralmente, as pessoas que chegam uma sessão de mediação para resolver uma querela familiar, já possuem um ponto de vista formado, que foi construído ao longo das discussões, e que deve ser defendido a qualquer custo (PRUDENTE, 2008).

Outro dado relevante é que, em três dos dez casos estudados, um dos descendentes do idoso possuía problemas com o consumo de álcool, sendo que, em um dos casos, esse problema acabou atingindo diretamente a idosa que, juntamente à sua filha, ficaram responsável pela guarda de um neto, já que a filha não possuía condições de cuidar da criança.

Ressalte-se que, nos casos em que o acordo não foi celebrado por vontade das partes ou por uma situação diversa, como o falecimento do idoso, a participação das sessões, e a possibilidade dos envolvidos conversarem em um ambiente tranquilo e respeitoso, já é capaz de provocar mudanças nas percepções daquela família. E, nos casos em que a demanda foi solucionada com a realização do acordo, esse título executivo judicial formado atua muito além de desjudicializar a demanda, pois, viabiliza a obtenção de uma solução adequada ao caso concreto, voltada às necessidades das partes, construída por elas. Regata-se, portanto, a harmonia e o equilíbrio da família, inclusive, reestabelecendo os laços internos enfraquecidos por conflitos e desentendimentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico, teve como objetivo analisar a aplicação da mediação como método adequado para solucionar os conflitos familiares que envolvem a pessoa idosa.

Inicialmente, no primeiro capítulo foi realizada uma apresentação sobre a pessoa idosa, tratando-se sobre o estado de velhice, o critério cronológico abordado na legislação, as limitações, desafios enfrentados por esse grupo, como, por exemplo, as mudanças físicas e de seu estado de consciência. Nesse viés, abordou-se ainda os dados da população idosa, na intenção de demonstrar o crescimento desse grupo da população, uma vez que entre 2012 e 2017, ocorreu um crescimento de 18%, deixando clara a expressividade desse grupo, e a necessidade de políticas públicas adequadas a atende-los.

No tocante à legislação, a análise da Constituição Federal de 1988, que trouxe mudanças em relação aos direitos fundamentais, estabelecendo garantias como a

prevista no artigo 203, inciso V, que garante um salário mínimo à pessoa idosa que não possui meios de prover a sua própria existência. Tratou-se ainda da Política Nacional do Idoso, estabelecida pela Lei n. 8.842 de 1994, a qual antecedeu o Estatuto da Pessoa Idosa, e além de adotar outras previdências, visa assegurar os direitos sociais e promover a autonomia ao idoso, bem como promover a sua integração e participação na sociedade.

E nesse contexto, os principais aspectos do Estatuto do Idoso, iniciando a análise pelos princípios balizadores da legislação e das públicas, sendo eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade social, princípio garantidor dos direitos do idoso, princípio da manutenção dos vínculos familiares. Abordou-se ainda, que desde a década de 1950 as Nações Unidas têm demonstrado interesse de combater a discriminação e garantir os direitos dos idosos, entretanto, ainda não há um tratado internacional específico para esse grupo.

No capítulo seguinte, foi realizado um estudo, primeiramente, dos aspectos comuns, os princípios, a necessidade de implementação dessas práticas, sobretudo com o Código de Processo Civil de 2015, que estabeleceu o mediador e o conciliador como auxiliares da justiça, pois fomentam a cultura do diálogo, a pacificação social, além de ser uma forma mais célere de tratar conflitos, evitando a judicialização das demandas.

Realizou-se ainda, uma análise de cada um dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tratou-se: a arbitragem, a negociação, a conciliação, a mediação, e a constelação familiar. Muito embora o foco do trabalho seja o estudo da mediação, demonstrou-se necessário abordar os demais, uma vez que além de

possuírem características comuns, esclarece o porquê a mediação é o método mais adequado para tratar os conflitos familiares da pessoa idosa.

Por fim, no terceiro capítulo foi realizada a análise de dez casos concretos atendidos pelo Núcleo de Mediação do Idoso da Central Judicial do Idoso. Dentre os dez casos, cinco foram encerrados com a realização e um acordo homologado pelas juízas coordenadoras da Central Judicial do Idoso que funciona na forma de um CEJUSC, sendo o acordo homologado valorado como título executivo judicial.

Os acordos celebrados na CJI, conforme consta dos atendimentos realizados, demonstram-se como meios eficazes para solucionar os conflitos familiares que envolvem a pessoa idosa, pois mesmo em casos em que o acordo não se torna possível, as pré-mediações e as mediações auxiliam as famílias no reestabelecimentos dos seus vínculos, garantindo, por exemplo, reencontros, tornando o diálogo mais harmonioso entre os envolvidos, reunindo novamente as famílias, que após as sessões, inclusive, montam grupos de *WhatsApp*.

Contudo, é importante mencionar, que a mediação não é adequada para tratar todos os casos, como, casos que envolvem violência doméstica, medidas protetivas, e outras situações em que não parece viável uma sessão conjunta entre a vítima e o agressor. Entretanto, ressalte-se que mesmo nesses casos, a mediação pode atuar como medida complementar de modo a atuar conjuntamente, por exemplo, nos atendimentos realizados delegacias especializadas (DECRIM), e demais órgãos que compõem a rede de proteção à pessoa idosa.

A presente monografia, ressalta a importância de promover uma "cultura da mediação", pois, mesmo com o amparo da legislação, na prática, os métodos adequados de resolução de conflitos não estão plenamente instituídos no Poder

Judiciário. Deve-se mencionar que a finalidade desses métodos vai muito além de promover a desjudicialização das demandas, mas, sobretudo garantir uma resolução adequada dos conflitos. Conforme o estudo dos casos tratados no item 3 deste trabalho monográfico, é evidente a efetividade da mediação para tratar os conflitos familiares que envolvem a pessoa idosa, pois, mesmo em casos com posições conflitantes e sentimentos negativos envolvendo as partes, é possível notar aspectos de interesse comum, e, assim, o mediador poderá promover o diálogo, auxiliando-as a solucionar a demanda, por exemplo, com a realização de um acordo ou simplesmente proporcionando uma convivência mais tranquila e harmoniosa entre os envolvidos, incentivando a pacificação social e o diálogo.

Em suma, a mediação possibilita a resolução adequada dos conflitos que envolvem as famílias dos idosos, pois, muito além de eliminar um problema, há o tratamento adequado de todas as questões que envolvem a família, de modo a fortalecer as relações existentes, melhorar o diálogo e o convívio entre os envolvidos, bem como, evitar a propositura de ações futuras, uma vez que, por meio do empoderamento promovido, e da construção do diálogo, os envolvidos percebem que são capazes de conversar e construir juntos as soluções para suas demandas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. Revista de Arbitragem e Mediação: RArb, v. 2, n. 5, p. 75-94, abr./jun. 2005.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8842.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 5 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Código de Processo Civil. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRASIL. 2003. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso.2003 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 3 nov. 2018.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Brasília- DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CHAIMOWICZ, Flávio. A saúde dos idosos brasileiros às vésperas do século XXI: problemas, projeções e alternativas. 1997. https://www.scielosp.org/article/rsp/1997.v31n2/184-200/pt/. Acesso em: 22 fev. 2019

CLARES, Jorge Wilker Bezerra; DE FREITAS, Maria Célia; BORGES, Cíntia Lira. Fatores sociais e clínicos que causam limitação da mobilidade de idosos. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ape/v27n3/1982-0194-ape-027-003-0237.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019

CNJ. Manual de mediação e conciliação. 2016. *Ebook*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfdd54.pdf. Acesso em: 27 abr. 2018

CNJ. 2010. Resolução Nº 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 27 abr. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Justiça Multiportas. (Coleção grandes temas do novo CPC, v.9). 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/loja/item/colecao-grandes-temas-cpc-v9-justica-multiportas. Acesso em: 27 de 04 de 2018.

ANDRIGHI, Nancy; FALSARELLA, Glaucia. Sistema multiportas: o judiciário e o consenso. TJDFT. 28 de abril de 2018. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/sistema-multiportas-o-judiciario-e-o-consenso-ministra-nancy-andrighi-e-juiza-glaucia-. Acesso em: 15 de julho de 2008.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Atlas, 2015. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493814/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 5 mar.2019.

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação: ADRS: mediação: conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay. Direito fundamental da pessoa idosa à acessibilidade: do mínimo existencial à plena dignidade de coexistência intergeracional. *In*: MENDES, Gilmar (coord.) Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 56-76. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/cfi/0. Acesso em: 5 mar. 2019.

IBGE. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. 26 de abril de 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html. Acesso em: 3 set. 2018.

IBGE. Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. 25 de julho de 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047. Acesso em: 29 set. 2018.

INSS. Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC). 10 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.inss.gov.br/beneficios/beneficio-assistencial-ao-idoso-e-a-pessoa-com-deficiencia-bpc/. Acesso em: 21 fev. 2019.

JUSTIÇA FEDERAL – TRF4. O que é conciliação. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=432. Acesso em: 28 abr. 2018

LEMOS, Eduardo Manoel. Arbitragem e conciliação: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. Brasília: Consulex, 2001.

LIPPMANN, Márcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano. Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e constelção sistêmica. Joinville - SC : Manuscritos, 2018.

LUCHIARI, Valeria Ferouli Lagrasta; GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.); WATANABE, Kazuo. 2012(coord.). Mediação Judicial: análise da realidade

brasileira: origem e evolução até a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça . Rio de Janeiro: Forense, 2012. (Coleção ADRs).

MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda; VOLPATO, Karina. Teoria dos jogos, jogos cooperativos e mediação. Jota. 12 de abril de 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-dos-jogos-jogos-cooperativos-e-mediacao-12042017. Acesso em: 23 out. 2018.

MONTEIRO, Sally Cristina Moutinho; AZEVEDO, Luzimeire Santos de; BELFORT, Ilka Kassandra Pereira. Automedicação em Idosos de um Programa Saúde da Família, Brasil. Revistas: CFF. 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://revistas.cff.org.br/?journal=infarma&page=article&op=view&path%5B%5D=579&path%5B%5D=pdf_8. Acesso em: 22 fev. 2018.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; DA SILVEIRA, Anarita Araujo; DE ARAUJO, Adriano Luis. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F.; CAMPOS, Anita Pissolito; AZEVEDO Monique Haddad Knochelmann; SIMIONATO. Resolução de conflitos : fundamentos da negociação para o ambiente jurídico. São Paulo: Saraiva, 2014.*Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220300/cfi/3!/4/4@0.00:36.7. Acesso em: 5 mar. 2019.

MPDFT. Promotoria de Justiça da Pessoa Idosa – Projid: Central Judicial do Idoso: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/projid-menu. Acesso em: 3 nov. 2018.

OAB. Código de Ética e Disciplina da OAB, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina. Acesso em: 6 maio. 2018.

PENA, Rodolfo F. Alves. Pirâmide etária da população brasileira . Disponível em: https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/piramide-etaria-populacao-brasileira.htm. Acesso em: 04 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. O Sistema ONU de direitos humanos e a proteção internacional das pessoas idosas. *In*: MENDES, Gilmar (coord.) Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 124-149. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/cfi/0. Acesso em: 5 mar. 2019.

PIRES, Antonio Fernando. 2016. Manual de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

POLON, Luana. Pirâmide Etária: Estudo Prático. Disponível em: https://www.estudopratico.com.br/piramide-etaria-os-quatro-principais-tipos-de-piramides/. Acesso em: 4 set. 2018.

PRUDENTE, Neemias Moretti. A mediação e os conflitos familiares. Âmbito-jurídico. abr. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2536. Acesso em: 6 mar. 2019.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; FULLER, Greice Patrícia; HORVATH JÚNIOR, Miguel; RIBEIRO, Juliana do Val. Comentários ao Estatuto do Idoso. São Paulo: Saraiva, 2016. *Ebook:* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634442/cfi/0!/4/4@0.00:36.8. Acesso em: 5 mar.2019.

SCAVONE, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARBOSA, Charles Silva. A tutela da dignidade da pessoa idosa no sistema jurídico brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar (coord.) Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 25-41. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/cfi/0. Acesso em: 5 mar. 2019.

TAVARES, Ademário Andrade; LEITE, Glauco Salomão. A proteção constitucional da pessoa idosa. *In*: MENDES, Gilmar (coord.) Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 42-55. *Ebook*. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/cfi/0. Acesso em: 5 mar. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito. v 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/cfi/6/24!/4/284@0:21.8. Acesso em: 5 mar. 2019.

TJDFT. Central Judicial do Idoso. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/central-judicial-do-idoso. Acesso em: 3 nov. 2018.

TJDFT. 2018. Relatório de atividades anual 2018: Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Central Judicial do Idoso. Brasília: Segunda Vice-Presidência, 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/central-judicial-do-idoso/relatorios/RelatrioCJI2018Anual.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. *Ebook*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974473/cfi/6/20!/4@0:0. Acesso em 5 mar.2019.

VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no judiciário. Belo Horizonte: D'Plácido , 2018.

WIKIPÉDIA. 2018. Morbidade. 12 fev. 2018. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Morbidade. Acesso em: 22 de fevereiro de 2019.

APÊNDICE: A – ENTREVISTA DIRIGIDA: IARA FARIA (SUPERVISORA DA CENTRAL JUDICIAL DO IDOSO DO TJDFT)

Entrevistada: IARA FARIA – Supervisora da Central Judicial do Idoso(CJI).

Local: TJDFT – Edifício Sede: Fórum Desembargador Milton Sebastião Barbosa – 4° andar, Central Judicial do Idoso.

Data: 26/02/2019 – às 13:30

Duração: 31:58

Uso de "P" para pergunta, e "R" para resposta.

ENTREVISTA DIRIGIDA:

P: Há quanto tempo trabalha na Central Judicial do Idoso?

R: Trabalho na CIJ desde 2013, participei do processo de formação da CJI.

P: Durante o período que trabalha na CIJ qual o maior desafio enfrentado?

R: Existem alguns casos de difícil solução, ver o idoso em sofrimento, e ver que a rede de atendimento ao idoso é uma rede muito frágil, portadora de algumas limitações, como por exemplo nos casos em que precisa-se retirar o idoso de situação de violência e vulnerabilidade, o que seria uma atribuição do GDF, por exemplo, a disponibilização de uma vaga em uma instituição de longa permanência, retirar o idoso da situação de violência e vulnerabilidade, mas há uma limitação em relação a isso, e em algumas situações se deparam com isso.

P: Qual a principal meta/ função da CIJ?

R: A Central Judicial do Idoso possui três diretrizes, a CJI é um CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania), há o núcleo de mediação, o núcleo psicossocial, busca-se a solução do conflito evitando a judicialização, papel também diálogo com a rede de atendimento ao idoso (rede interna e externa), com o foco no idoso do Distrito Federal, entretanto, em alguns casos excepcionais, acabamos atendendo idosos do entorno, e recentemente recebemos até demanda de outros estados, que entram em contato conosco buscando orientações de como lidar em situações que o idoso, por exemplo, encontra-se hospitalizado. A CJI tornou-se uma referência nacional, Rio de Janeiro, São Paulo e outros estados do Nordeste

estão buscando abrir uma CJI, pois não existe em outros estados da federação um local de atendimento. Ressalte-se que a Central não é apta a resolver todos os problemas, e, diante disso, acredita-se no fortalecimento da rede de atendimento (sejam instituições públicas ou privadas).

P: O quadro de servidores é suficiente para a realização dos trabalhos ou a presença do voluntariado se demonstra fundamental?

R: Atualmente, os voluntários são fundamentais há um número reduzido de servidores, e há na Central entre 13 e 14 voluntários, fora os estagiários. Há estagiários que se vinculam como voluntários e compõe a equipe há mais de 3 anos, pois se identificam com a causa e permanecem. Como o serviço está se ampliando, seria interessante ampliar o quadro de servidores, pois às vezes o voluntário pode faltar e se faz necessário deslocar o servidor da sua função para suprir a ausência do voluntário para realizar o atendimento agendado.

P: Qual a área de formação dos mediadores que atuam na CJI?

R: Direito, psicologia, serviço social, pedagogia, sociologia e enfermagem.

P: Qual a forma de ingressar como mediador voluntário?

R: Quando são estagiários fazem um curso de mediação básica pelo tribunal, são indicados pela Central e realizam o estágio de 80 horas. No caso de servidores, ao realizar o curso eles já recebem a certificação. No caso de não serem servidores precisam se vincular à Central por um ano, é uma contrapartida que o tribunal exige, já que o curso e o estágio são gratuitos, contudo, normalmente permanecem por mais de um ano. Há casos que pessoas já formadas em mediação, que gostam da causa, se voluntariam. Há, portanto, uma expectativa de criação de um curso

específico para a Central que seria o principal requisito par o voluntariado, mas isso ainda não se aplica, é apenas um projeto.

P: As juízas que atuam na CJI estão vinculadas a outra vara?

R: As juízas que trabalham junto à Central Judicial do Idoso estão vinculadas a outros CEJUSCS, há no momento duas juízas trabalhando junto à CJI, não há, portanto, exclusividade. As juízas verificam a parte jurídica e promovem a homologação dos acordos.

P: Os idosos e seus familiares costumam demonstrar interesse pela mediação?

R: Depende. As mediações realizadas na Central Judicial do Idoso são exclusivas aos idosos atendidos pela CJI e suas famílias. Caso o idoso seja lúcido o atendimento é personalíssimo, deve comparecer a pelo menos uma pré-mediação e falar do seu desejo, já que em alguns casos ele não querem comparecer nos encontros conjuntos (já que pode ocorrer discussão entre os filhos). Neste ponto, foi realizada uma reunião com as coordenadoras que decidiram que o idoso compareceria na primeira pré-mediação, e poderá ou não comparecer ao encontro conjunto. Se o idoso não é lúcido pede-se um atestado médico, e a família em alguns casos decidem durante a mediação quem será o curador do idoso. Mas se o idoso está muito fragilizado, tenta-se ouvir apenas uma vez para não fazê-lo comparecer duas vezes à CJI.

P: Quais são os casos mais comuns acolhidos pela CJI?

R: Os principais casos, cerca de 95% giram em torno dos cuidados, financeira, cuidado direto, cuidado indireto, pagamento de cuidador, pagamento do plano de saúde e etc.

P: Há uma rede para tratar dos casos que envolvem o idoso?

R: Sim. Há atualmente a Delegacia Especial de Repressão aos Crimes Por Discriminação Racial, Religiosa ou Por Orientação Sexual ou Contra A Pessoa Idosa ou Com Deficiência (DECRIM), a Prevenção Orientado à Violência Doméstica e Familiar (PROVID), Programa da Polícia Militar que incialmente só atendia a mulher vítima de violência doméstica, mas hoje atende também a o homem idoso vítima de violência, CREAS, CRAS, Hospitais.

P: Como os idosos chegam à CJI? Há encaminhamento?

R: Os idosos chegam à Central por demanda própria, ou seja, há o idoso que chega à Central sozinho, há o idoso que chega com a família, há casos que o familiar que cuida ou os filhos nos procuram, mas até o síndico, ou o vizinho, já comparecem à CJI. Há o encaminhamento por parte da Polícia Militar, Hospital, CREAS, o Plano de Saúde em casos de Home Care, que verifica que a família não está cuidando adequadamente do idoso, a Defensoria Pública, Juízes de diversas áreas (Criminal, Cível, Violência Doméstica. Assim, a Central demanda a Rede, e a Rede demanda a Central, ocorre uma troca.

P: Já ocorreu algum caso de violência durante a sessão de mediação?

R: Em relação aos servidores nunca ocorreu. Já ocorreu um caso que uma das partes e outro um idoso, que compareceram à mediação tinham um mandado de prisão em aberto e ao se identificar na portaria, realizaram a prisão no momento da realização da mediação. Há casos em que irmãos querem se agredir e os servidores da Central precisam separar, mas apenas isso.

P: No caso de inadimplemento de acordo as famílias costumam voltar à CJI para renegociar às cláusulas?

R: Como não realizamos apenas acordo, as famílias retornam à CJI. As partes se vinculam aos atendimentos, não apenas nos casos em que houve acordo, comparecendo à central em caso de inadimplemento, inclusive levando justificativas, atestados e etc.

P: Há algum caso que não pode ser atendido pela CJI?

R: A interdição não pode ser feita pela CJI, a família poderia apenas acordar e estabelecer o curador. Em casos de violência ou com uma medida protetiva, há alguns casos que não atuam, entretanto, em casos de negligência (que pode ser considerada uma forma de violência) a CJI ainda atende, pois pode ser um caso de estresse em que um único filho está arcando com os cuidados, e a pessoa está adoecida, não consegue cuidar direito, e o reequilíbrio da família diminui a vulnerabilidade do idoso. Contudo, crimes, propriamente ditos, não são tratados na CJI, se for o caso de ser feito a escuta ou se entram em contato com a CJI e realizam a denúncia, junto à delegacia especializada que também é parceira da CJI, há, inclusive, um termo de convênio com a Polícia Civil e realiza-se o encaminhamento da cópia do acolhimento realizado na Central para a DECRIM, já realizaram inclusive uma capacitação junto à DECRIM. A mediação, portanto, não é um remédio para tudo, há casos que ela não cabe.

P: A equipe recebe um treinamento periódico?

R: Sim, e não apenas a equipe como também junto aos demais órgãos que compõem a rede de atendimento.

P: A demanda é comportada pela estrutura atual?

R: É realizada a triagem no grupo de acolhimento e as demandas são trazidas para o núcleo de mediação. São feitas as pré-mediações para, depois, realizar o

encontro conjunto, no caso de famílias muito grandes são realizados encontros em pequenos grupos, observando a afinidade entre os irmãos. A espera para o início das mediações está por volta de dois meses, contudo, as juízas coordenadoras não abriram o acesso do PJE (Processo Judicial Eletrônico) para todos os juízes acessarem, já que desta forma a estrutura da central não acomodaria a demanda, e o PJE é utilizado para as demandas internas, da própria CJI. Uma pré-mediação dura cerca de uma hora e meia a duas horas, a mediação dura uma tarde inteira, os atendimentos são sempre realizados em dupla, são famílias extensas, relações complexas, sofrimento, violência, histórias com muita dor, e para fazer esse acolhimento com qualidade, atualmente, não conseguiriam abraçar toda demanda de todas as varas do TJDFT, priorizando os casos atendidos da própria CJI.

P: BREVE RELATO sobre a experiência na CJI:

R: Gosto do trabalho que desempenho com as famílias, sou psicóloga e agora me sinto mais próxima à minha área de formação. Me realizo profissionalmente com a criação desse espaço, por meio da mediação, para as famílias conversarem, e verificando que as famílias conseguem conversar. Houve casos de que familiares sentavam inicialmente virados para a parede e saíram da sessão criando grupos de *WhatsApp* da família, irmãos que voltaram a conversar e outros que se conheceram na mediação. É um espaço de paz social, além das questões jurídicas, que o Tribunal consegue oferecer ao usuário é maravilhoso. Mesmo havendo casos em que há uma grande animosidade que não será resolvida na central, por não ser um ambiente terapêutico, é um espaço em que paira o respeito, que as pessoas se sentem respeitadas e seguras, que as pessoas criam vínculos com os mediadores e se sentem à vontade para colocar suas questões. Famílias se reorganizam e reconhecem a sobrecarga de um dos irmãos, e redistribuem, não voltando à CJI por estarem dando

certo, mesmo que não seja em todos os casos. Vale a pena trabalhar com isso. Os índices de acordo da Central são elevados, 65% (sessenta e cinco por cento) e 70% (setenta por cento). Estive junto à equipe que criou a mediação na CJI, fizemos o curso de mediação, mas não há mediação específica para esses casos que envolvem a família do idoso (envolve duas, três gerações), não há isso no Brasil, fomos experimentando até criarmos esse modelo e estamos sempre refletindo sobre como aprimorar esse modelo para as famílias se sentirem acolhidas e agregar a elas, sendo que esse espaço que o judiciário dá para se olhar além da sentença, para esse movimento de devolver o poder para a parte é maravilhoso, já que o primeiro ela resolve na central, na segunda vez já há a possibilidade de solucionar sozinha.

.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Direito Público



CEUB

A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Alisson Agner de Souza Leite

RESUMO

O referido trabalho tem por objetivo examinar o acesso por pessoas com deficiência aos serviços públicos, sob a perspectiva da inclusão dessas pessoas na sociedade e no mercado de trabalho, por meio de uma atividade que permita o seu sustento e o seu desenvolvimento social e humano. Em um primeiro momento, abordar-se-á definições importantes para a compreensão do tema, como Administração Pública, seus princípios, poderes e conceito, e, consecutivamente, serviços públicos, seus conceitos, formas de ingresso e características. Em seguida, será trabalhado o significado de pessoa com deficiência sob a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, bem como a nova nomenclatura trazida pela norma para se referir a essas pessoas tanto na esfera jurídica-administrativa quanto na social. Por fim, tratar-se-á dos atos concretos realizados pelo Estado, a fim de eliminar qualquer espécie de discriminação e preconceitos sofridos pelas pessoas com deficiência, além de reduzir, na medida do que for possível à realidade brasileira, as barreiras que dificultam a sua participação em igualdade com as demais pessoas.

Palavras-chave: Direito administrativo. Administração pública. Pessoa com deficiência. Serviços públicos. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

INTRODUÇÃO

Segundo o censo demográfico "Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência", realizado em 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

Estatística (IBGE), demonstrou-se que 45,6 milhões de brasileiros, o equivalente a 23,9% da população[1], apresentam pelo menos algum tipo de deficiência, seja ela mental, visual, auditiva, motora ou intelectual. Desse modo, quando a monografia em questão apresenta a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência nos serviços públicos, não está só se referindo à igualdade de condições e oportunidades ofertadas as essas pessoas, há também o respeito e a valorização da pessoa humana, ao enxergar que o trabalho deve ser adaptado também as condições de todos, para que o mesmo seja efetivo, eficaz e socializador.

Como será explicado mais adiante, e tomando por base o texto legal do art. 2º da Lei nº 13.146 de julho de 2015, a definição de pessoa com deficiência é:

> Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.[2]

À vista disso, as discussões aqui abordadas, serão voltadas à inclusão dessas pessoas na atividade pública por meio da participação efetiva da Administração Pública em garantir a satisfação de todas as necessidades dos seus cidadãos com a superação de qualquer tipo de barreira.

Em questão de preocupação social, o Estado brasileiro, evoluiu com o passar dos anos para um sistema mais voltado as carências da população. Assim também ocorreu com a ciência do Direito, que na busca em se adaptar a forma da sociedade

[1]Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

[2] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

enxergar a realidade, vai desenvolvendo normas, alterando interpretações e revogando atos não mais convenientes ou oportunos a nova situação jurídica.

Nesse sentido, se promulgou a Lei nº 13.146/2015, a qual concedeu às pessoas com deficiência, perante o Ordenamento Jurídico brasileiro, a condição de plenamente capazes para o exercício de todos os atos da vida civil, como por exemplo, poder contrair matrimônio ou união estável, de ser guardião legal e de escolher o número de filhos. E é nesse aspecto que o presente trabalho, partindo também de princípios constitucionais, entende que a capacidade civil da pessoa com deficiência, e, consequentemente, sua inclusão, se estenda a todos os atos da vida pública, como a ocupação de cargos públicos.

Tratando de forma geral o tema escolhido, é possível dizer que na atual conjuntura da sociedade brasileira, ainda há muitas barreiras a serem superadas pela pessoa com deficiência, sendo fundamental que a Administração Pública, em conjunto com seus administrados, cuide melhor da gerência dos recursos que possam reduzir a deficiência imposta, direta e indiretamente, pelas circunstâncias de fato. Vale também dizer, que o serviço público não é a única forma de amenizar problemas sociais, mas é um instrumento real do Estado, em que ele condiciona ao sujeito o acesso a oportunidades, que por si só, talvez não fossem alcançadas.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao dispor que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"[3], confere a base constitucional para o problema levantado na monografia, de maneira que, a integração desigual das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, especialmente, no serviço público,

[3] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

deva ser vista, principalmente, como resultado da falta de assistência do ente público no exercício de suas atribuições, como garantidor dos direitos dos seus cidadãos e fiscal do cumprimento das normas públicas.

Assim, o objetivo principal do trabalho desenvolvido, é tratar de forma fundamentada e organizada os principais argumentos que permitem afirmar que a inclusão das pessoas com deficiência no serviço público não é uma meta inalcançável pelo Estado brasileiro, mas sim tarefa da Administração tornar eficaz as leis existentes no Ordenamento Jurídico que cuidam dos interesses e necessidades da pessoa com deficiência.

Daí o tema escolhido ser relevante para debate, pelo mesmo se preocupar com a figura humana, especialmente com as pessoas com deficiência, com seu desejo de sustento próprio e desenvolvimento de serviço laboral idêntico aos demais, como também ao direito a uma vida digna e condições existenciais apropriadas, combatendo qualquer forma de discriminação ou indiferença existentes na sociedade e na figura estatal.

Para tanto, foram utilizados sobre o assunto, os entendimentos dos Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), os ensinamentos de doutrinadores especializados na área, bem como artigos e legislações que fundamentam os motivos apresentados. Além disso, dividiu-se a monografia em três capítulos, e cada capítulo em sub tópicos.

No primeiro capítulo abordar-se-á os conceitos iniciais para compreensão da temática retratada, onde se definirá Administração Pública, pessoa com deficiência e serviços públicos. Na segunda parte, tratar-se-á da possibilidade do ingresso da

pessoa com deficiência no serviço público, citando-se os princípios constitucionais que regem o assunto, as formas de ingresso na atividade pública e a reserva de vagas em concursos públicos destinadas a pessoa com deficiência. Já em um terceiro momento, haverá a apresentação de precedentes dos Tribunais Superiores brasileiros e as suas respectivas relações com o tema, fundamentando, assim, a inclusão como consequência à efetiva participação nos cargos cuja as atividades estão voltadas ao interesse coletivo da população.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O regime jurídico pátrio, no que se refere a organização administrativa, para melhor gerência dos seus recursos e dos interesses dos seus cidadãos, pauta-se em contratos sociais, em que o contratante (brasileiro nato ou naturalizado, e estrangeiro residente no país) transfere ao contratado (Estado brasileiro) a responsabilidade de prover os meios necessários ao pleno exercício de seus direitos, bem como assume, em contrapartida ao gozo desses direitos, a obrigação de cumprir os ditames legais impostos pelo contratado.

A partir das ideias iniciais de contrato social, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme ao explicar as teorias dos contratualistas do século XIX, resume o pensamento de Jean-Jacques Rousseau sobre o assunto:

> O contrato social, destarte, seria uma livre associação de seres humanos inteligentes, que, deliberadamente, resolveriam formar um certo tipo de sociedade à qual passariam a prestar obediência mediante o respeito à vontade geral. Onde anteriormente existiriam homens egoístas e medianamente astutos, passa a haver patriotas e cidadãos. Nesse passo, o Estado seria unidade e, como tal, expressaria a vontade geral (que, diga-se de passagem, seria posta em contraste e se distinguiria da vontade de todos), que o dotaria de força para atuar em favor das teses fundamentais, mesmo quando isso

> significasse ir contra a vontade da maioria em alguma questão particular. [4]

Sobre o entendimento de Estado como unidade coletiva e guardião da vontade geral a que se refere o autor, permite-se começar a pensar a importância que este tem como regulador e limitador da liberdade nas relações do seu povo, ao assumir a titularidade do contrato social, e, consequentemente, as obrigações deles derivadas.

Tão necessário se faz entender a teoria clássica da origem deste vínculo jurídico existente entre governo e governados, que conceitos fundamentais como o que é Administração Pública, quais os poderes que regem sua relação com seus administrados e o que são serviços públicos, podem ser melhor compreendidos a luz da ciência do Direito, e relacionados a inclusão da pessoa com deficiência nas atividades públicas.

1.1. Conceito de Administração Pública e o poder-dever em relação a todos os seus administrados

Na medida em que o artigo 1º da Constituição Federal, define que "a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito"[5], há a transmissão do tipo de Estado que o constituinte originário, no exercício do poder conferido a ele pelo povo, julgou como à vontade geral no momento da concepção da Carta Magna.

---

[4] GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

[5] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

Por conseguinte, infere-se por Estado Democrático de Direito um Estado voltado à proteção dos direitos individuais e coletivos dos seus cidadãos, que, por sua vez, são os titulares do poder existente. Na concepção de José Afonso da Silva é a qualificação concedida ao Estado que preza pelos valores democráticos, e que tem na Lei a fonte de onde emanam todos os poderes e os atos deles provenientes.[6]

De outro modo, ao dizer que Estado Democrático de Direito é aquele que se baseia nas leis com a finalidade de reger a sua organização social e garantir os interesses e os direitos da maioria, então se começa a esclarecer também o que é Administração Pública. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao se falar em Administração Pública, deve-se considerar dois sentidos em que a expressão pode ser utilizada:

> [...] em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; e em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.[7]

Já Hely Lopes Meirelles apresenta uma visão diferente sobre a utilização do vocábulo Administração Pública, segundo ele, quando o termo é escrito em minúsculo (administração pública), estaria sendo indicado a atividade

[6] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 121 – 124.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 81.

administrativa ou função administrativa, enquanto se escrito em maiúsculo (Administração Pública), referir-se-ia ao Estado, seus agentes e órgãos.[8]

Assim, por entender que ambos os critérios citados são válidos para o desenvolvimento da temática escolhida, o presente trabalho, quando mencionar Administração Pública, estará adotando o conceito objetivo apresentado pela professora Di Pietro, e a forma de escrita recomendada por Meirelles para indicar do que se está falando.

Dito isso, é imprescindível pontuar algumas características da Administração Pública, para que se possa enxergar a importância do papel desempenhado na relação com os seus Administrados. O *caput* do artigo 37 da Constituição, por dispor que "a administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"[9], impõe como um dos atributos da Administração a subordinação as normas e a métodos assecuratórios da segurança jurídica.

Além desses princípios constitucionais, há juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, que apontam a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos como os fundamentos mais notórios de todo o regime administrativo brasileiro[10], visto que é dever da Administração buscar, por todos os meios lícitos e possíveis, a satisfação direta e imediata das

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 89.
[9] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.
[10] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 70 – 90.

necessidades de seus governados, não reduzindo sua atividade ao atendimento de desígnios individuais ou contrários ao interesse público.

Por isso, e ainda no que diz respeito às características administrativas, cabe citar que o Estado, a fim de promover o efetivo cumprimento das normas e o bem-estar social acima dos desejos particulares, detêm poderes essenciais, condicionados ao princípio da legalidade, para o desempenho de suas tarefas.

Normalmente, a impressão que se tem com o uso da palavra "poder" é de que se trata de uma faculdade do Poder Público, quando na verdade é um poder-dever, uma obrigação irrenunciável que deve ser exercida em benefício da coletividade.[11] Seriam eles: o poder vinculado (do qual decorre os poderes normativo e hierárquico) e o poder discricionário (do qual decorre os poderes disciplinar e o de polícia).

Chamar-se-ia de poder vinculado aquelas prerrogativas da Administração que decorrem estritamente da Lei, ou seja, tudo o que a norma prever como atos da Administração Pública, esta pode exerce-los na medida do que lhe for permitido, devendo, na ausência de codificação por parte do legislador, abster-se de pratica-los.

É do poder vinculado que advém a classificação de poder normativo e de poder hierárquico. O primeiro diz respeito às competências que são atribuídas ao Estado por meio de normas constitucionais preexistentes e das quais ele não pode negar o seu pleno cumprimento, sob pena de violação do princípio da legalidade. Enquanto o segundo, decorre do vínculo de subordinação e coordenação entre Administração, seus agentes, órgãos e entidades.

Diferentemente do poder vinculado, o poder discricionário se caracteriza por possibilitar mais liberdade as ações do ente público. Em outras palavras, a mesma

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 120.

legislação que dita os parâmetros para a prática do ato, também permite, por questões de conveniência e/ou oportunidade presentes no caso concreto, que o Poder Público atue da melhor maneira a efetivar o interesse público. Nisso estariam incluídos o poder de disciplinar e o poder de polícia.

A noção do que seria poder disciplinar está ligada, principalmente, a capacidade da Administração de investigar a si mesma e aos seus agentes, bem como de aplicar sanções aos possíveis atos ilícitos, inconvenientes, ou inoportunos, praticados pelas pessoas sujeitas à disciplina administrativa.

Já o poder de polícia, tem no artigo 78 do Código Tributário Nacional um conceito pré-definido:

> Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.[12]

Logo, o Estado, na figura da Administração Pública, com vistas a preservar a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade dos serviços públicos por ele prestados, deveria por intermédio dos poderes confiados a ele pela Constituição, ocupar-se em disponibilizar meios acessíveis, a prática de direitos, a todos os seus cidadãos, em especial a pessoa com deficiência, além de fiscalizar, para que barreiras já existentes sejam desconstruídas, e limitações físicas não sejam impedimentos para uma vida digna em sociedade.

[12] BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

1.2. Serviços Públicos

1.2.1. Cargo, Emprego e Função pública

A Administração Pública desempenha suas atividades em prol do interesse coletivo e do bem-estar social por meio dos seus órgãos, entidades e agentes, não se reservando de empregar todos os meios possíveis e lícitos para alcançar os referidos resultados.

A nomenclatura adotada para definir tais atividades chama-se "serviços públicos", os quais são exercidos por agentes públicos ocupantes de um cargo, ou emprego público, ao desempenhar suas funções a serviço dos interesses da Administração Pública Direta ou Indireta a qual estão inseridos.

Contudo, antes de adentrar em serviços públicos propriamente ditos, alguns conceitos vinculados ao tema merecerem atenção. Por isso, caracterizar, primeiramente, os componentes da definição do que seria serviço público facilitará a sua assimilação.

Partindo disso, agente público é todo aquele que pratica atos no exercício de uma função pública representando a autoridade e a vontade da Administração. Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa em vigor, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992:

> Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato,

> cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.[13]

Apesar disso, faz-se necessário também que esse agente público seja ocupante de cargo, emprego ou função pública, o qual, conforme a posição em que atua, recebe o nome, respectivamente, de servidor público, empregado público, ou contratado para o desempenho de atividade pública.

Cargo público segundo Diogenes Gasparini é:

> O menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo.[14]

Para Hely Lopes Meirelles:

> Cargo Público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.[15]
>
> Devido à importância da continuidade da prestação dos serviços pela Administração aos administrados e da essência do que vem a ser cargo público, este necessita ser exercido por profissionais com funções permanentes, e por isso é desempenhado por servidor público estatutário com regime jurídico e previdenciário próprios, capaz de adquirir estabilidade:

[13] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[14] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 319.

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 524.

> Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.[16]

A função pública é, em contrapartida:

> A atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através do *pro labore*".[17]

Desse modo, "todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo"[18], visto o caráter temporal de cada uma, enquanto o cargo público é definitivo, permanente, a função pública pode vir a ser provisória. É o caso do contratado temporário para desempenhar tarefas de ordem pública:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.[19]

Já o emprego público relaciona-se também com o exercício de função pública, só que diversamente do cargo público, em que o servidor possui um regime jurídico estatutário, com base na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o empregado

[16] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[17] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 320.

[18] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 524.

[19] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

público, nome dado ao titular do emprego público, segue as diretrizes da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 1º. O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.[20]

Embora haja diferenças evidentes entre cargo, função e emprego público, há também semelhanças sobre quem pode exerce-los e como se dará sua investidura:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;[21]

Dispõe a Lei nº 8.112/1990:

> Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor

[20] BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9962.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[21] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

> fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.[22]

No mesmo sentido, prescreve a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000:

> Art. 2º. A contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego.[23]

Assim, ao empreender os melhores meios, o Poder Público pretende obter, com a divisão do serviço público em cargos efetivos, temporários ou "celetistas", a maior eficiência da atividade prestada, como também a satisfação da vontade coletiva, que se alcança com a materialização do resultado almejado pela Administração já desde o seu planejamento.

1.2.2. Conceito

O Estado brasileiro, ao se constituir em Estado Democrático de Direito, destinou-se, então, a assegurar o exercício dos direitos sociais e coletivos dos seus cidadãos, atuando para que seus administrados tenham disponíveis os recursos para por si só gerirem suas comodidades e necessidades, e quando da sua impossibilidade, a satisfação destas pela própria Administração.

Esta última atuação, na qual a Administração assume o encargo de prover os interesses dos seus administrados quando eles por si só não o conseguem, pode ser entendida como início do conceito daquilo que se conhece por serviço público.

---

[22] BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[23] BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9962.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

Do ponto de vista de Diogenes Gasparini, a locução "serviço público", a depender da sua escrita, pode expressar dois significados: "I – Serviço Público = serviço que é prestado pelo Estado; II – serviço público = serviço fruído pelo administrado, pelo povo, pelo público".[24]

Não obstante, o mesmo autor conceitua serviços públicos como:

> Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.[25]

Já para Hely Lopes Meirelles, serviço público é:

> Todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.[26]

Antes de oferecer um conceito sobre serviços públicos, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que se deve considerar 3 elementos: "o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público) ".[27]

Em razão disso, ela descreve serviço público como:

> Toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a

[24] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 349.
[25] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 350.
[26] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 418.
[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 131.

> coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.[28]

Apesar dos conceitos doutrinários divergirem em alguns aspectos da escrita (pessoal de cada um) e dos seus elementos constitutivos, as definições apresentadas concordam em alguns pontos do que seja serviço público: 1º. Toda atividade prestada diretamente pela Administração Pública ou pelos seus agentes públicos; 2º. Tem por finalidade atender o interesse público; e 3º. O regime jurídico seguido é do Direito Público.

Daí o porquê do presente trabalho concluir que serviços públicos é toda atividade exercida por agentes públicos ocupantes de um cargo, ou emprego público, que no desempenho de suas funções a serviço dos interesses da Administração Pública Direta ou Indireta a qual estão inseridos, regulam-se por normas de ordem pública, a fim de proporcionar o bem-estar social.

1.2.3. Requisitos que regem os serviços públicos

Os serviços públicos, por serem indispensáveis aos usuários que deles dependem, devem ser prestados pelo Poder Público, ou por aqueles que o façam, com respeito aos requisitos da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade.[29]

A regularidade exige que o serviço prestado esteja de acordo com determinadas condições técnicas estabelecidas pela própria Administração, com o propósito de certos padrões de qualidade e quantidade serem atingidos.[30]

[28] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 87.
[29] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 356 - 359.
[30] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357.

A continuidade dita que o serviço não pode sofrer solução de continuidade, ou seja, ele deve ser prestado normalmente e sem interrupções, ressalvadas as exceções de greve e emergência previstas em Lei, sob pena de prejudicar aqueles que dele usufruem.[31]

A eficiência do serviço está ligada diretamente a obtenção do resultado prefixado, "devendo ser prestado sem desperdício de qualquer natureza, evitando-se, assim, onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho".[32]

Os riscos são algo inerentes a qualquer trabalho, por isso, o serviço público deve primar também pela segurança, evitando-se, na medida do possível, qualquer ameaça a direitos e a integridade física do indivíduo.

A atualidade significa que a Administração Pública tem que acompanhar as inovações ocorridas no cenário técnico-informacional, para que sejam oferecidos, dentro das condições por ela outorgadas, os equipamentos mais modernos na prestação da atividade.[33]

A generalidade decorre dos princípios constitucionais e administrativos da igualdade e da impessoalidade, e assegura a todos os administrados, sem qualquer discriminação, a chance de usufruir dos serviços públicos, desde que cumprida certas condições impostas pelo Estado.

[31] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357.
[32] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 357.
[33] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 358.

O requisito da cortesia "obriga a Administração Pública a oferecer aos usuários de seus serviços um bom tratamento, sem o desdém daquele que o oferece".[34]

Por último, a modicidade "impõe que sejam os serviços públicos prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão".[35]

Ainda sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que os serviços públicos subordinar-se-ão:

> Pelo princípio da continuidade do serviço público (em decorrência do qual o serviço público não pode parar); pelo da mutabilidade do regime jurídico, ou da flexibilidade dos meios aos fins (autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo); e pelo da igualdade dos usuários (desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal).[36]

À vista disso, comprova-se que se a atividade da Administração Pública não for voltada aos interesses da coletividade, e sim a interesses particulares, ou esta não encontrar na Lei o fundamento que a identifique como um dever de caráter social, não haveria que se falar em serviço público, pois este carece da efetivação dos seus requisitos essenciais, quais sejam a atuação direcionada ao interesse público e a obrigatoriedade da sua previsão em norma de ordem pública.

2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1. Conceito de Pessoa com Deficiência

[34] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 359.
[35] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 359.
[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 144.

A história humana nos releva que a evolução na forma de enxergar as pessoas com limitações físicas se deu muito lentamente. Na Grécia Antiga, os espartanos, com toda a sua dedicação as artes da guerra, tratavam os "disformes" como dispensáveis para o modelo social bélico existente, matando-os assim que nasciam.[37]

A partir do século IV, em Roma, com a incorporação do Cristianismo, sua doutrina de amor ao próximo e de valorização à vida, foi que a prática de eliminação de crianças com deficiência começou a ser combatida, ganhando força com a ideias humanistas que estavam surgindo na Europa no início da Idade Moderna.[38]

Mas foi só no século XX, com a necessidade de reabilitar os ex-combatentes das grandes guerras mundiais, que se tornou evidente para os países que garantir os direitos das pessoas com deficiência, através de instrumentos eficazes de socialização, contribuía, e muito, para a uma vida independente dessas pessoas, em todos os seus aspectos.[39]

No Brasil, começou a se falar em apoio e integração da pessoa portadora de deficiência em 1989, com a Lei nº 7.853[40], sancionada pelo então Presidente da República, José Sarney, onde o Poder Público e seus órgãos assumiram a tarefa de

[37] Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. AMPID. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em: 7 abr. 2019.

[38] Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. AMPID. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em: 7 abr. 2019.

[39] Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. AMPID. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em: 7 abr. 2019.

[40] Lei ainda em vigor.

proporcionar a esses indivíduos o pleno exercício de seus direitos básicos, bem como seu bem-estar pessoal, social e econômico. [41]

Em 1993, o Decreto nº 914[42] instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em que pela primeira vez se definiu o conceito de pessoa portadora de deficiência, enquadrando-as como incapazes para o desempenho de qualquer atividade dentro dos padrões das demais pessoas. [43] O que, por sua vez, culminou, no mesmo ano, na Lei nº 8.742, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), na qual o Estado, diante da impossibilidade econômica desses cidadãos, assumiu o dever em prestar assistência para a sua integração à vida comunitária.

Já em 2007, houve a assinatura, pelo Chefe de Governo brasileiro, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em Nova York, a qual se tornaria o primeiro tratado internacional ratificado pelo Brasil com a aprovação do Congresso Nacional, sob o

---

[41] Para melhor compreensão, cita-se a íntegra do artigo 2º, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 – "Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico". BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[42] Revogado pelo Decreto nº 3.298, de 1999.

[43] Cita-se a íntegra do artigo 3º, do Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993 – "Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano".
BRASIL. Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0914.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

status de emenda constitucional (EC nº 45/2004), em conformidade as determinações do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Tal Convenção, ao entrar em vigor no país com a promulgação do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, assumiu o propósito de:

> Promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.[44]

Ambos, Convenção de Nova York e Decreto 6.949/2009, embasaram a atual Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa (LBI) com Deficiência, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em vigor desde 02 de janeiro de 2016, cujo principal intuito é à inclusão e à cidadania da pessoa com deficiência por meio de igualdade de condições no exercício de direitos e liberdades fundamentais.[45]

Como uma forma de ordenar numa uma única Lei nacional os diversos pontos acerca das pessoas com deficiência, espalhados em outras leis, decretos e portarias existentes, a LBI inicia no Capítulo I, no Título I das Disposições Preliminares, do Livro I da Parte Geral, a esmiuçar conceitos essenciais para a

[44] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

[45] Cita-se, para a melhor entendimento, a íntegra do artigo 1º, da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 – "É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania".
BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

compreensão da nova legislação, e dar soluções a questões recorrentes no cotidiano do beneficiário da norma e do seu aplicador.

Dentre as recentes mudanças ocorridas, buscou-se evidenciar, dentro de um contexto internacional e social, além de uma maneira abrangente e completa, a definição de pessoa com deficiência:

> Art. 2º - Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. [46]

Diversamente do que era entendido como deficiência até a promulgação do Estatuto, o sentido atual não considera as limitações físicas do sujeito como um impedimento permanente, mas sim a longo prazo, ou seja, a crença que se tem hoje parte do princípio da superação da dificuldade por meio do apoio conjunto dos integrantes do corpo social, onde venha a residir, e do ente soberano a qual está ligada pelo contrato social firmado.

Essa mudança de paradigma se deu em grande parte pelo modelo adotado pela Lei nº 13.146/2015, porque até 2015, o legislador ao elaborar norma jurídica tomava como parâmetro a visão médica que se tinha sobre o assunto, de modo que, a pessoa era tida, por consequência de diagnósticos técnicos e funcionais, como portadora de limitações inerentes a sua condição existencial humana. Em outras palavras, a deficiência decorreria unicamente de fatores internos ao indivíduo, não

[46] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

sendo relevante até então considerar os impactos, maiores ou menores, a depender de cada caso, provenientes de fatores externos a ele.

Assim, o novo modelo adotado pela LBI, segundo Flávia Piva Almeida Leite:

> É o da visão ou modelo social, segundo o qual o ambiente tem influência direta na liberdade da pessoa com limitação funcional, que poderá ter sua situação agravada por conta do seu entorno, e não em razão de suas características de per si. [47]

Isso ocorre, porque o tipo de avaliação a ser feita e os critérios a serem observados no exame, a fim de caracterizar o sujeito como deficiente, passam a considerar motivos extrínsecos a sua circunstância de fato:

> Art. 2º.
>
> §1º. A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:
>
> I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
>
> II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
>
> III - a limitação no desempenho de atividades; e
>
> IV - a restrição de participação.
>
> §2º. O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. [48]

No lugar de exigir somente formalidades biomédicas, parte-se da garantia aos direitos humanos, para abordar de forma biopsicossocial, "a visão de que pessoas com deficiência são, antes de mais nada, seres humanos, e, como tais, o exercício de

[47] LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 43.

[48] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

seus direitos depende não apenas de sua limitação funcional, mas do meio onde estão inseridos". [49]

Em razão disso, a "incapacidade" não é mais enxergada como resultado de alguma particularidade inerente ao corpo humano, e sim como um efeito negativo decorrente da sociedade e do Estado que não prestam assistência básica à adaptação das variadas limitações físicas e, ainda, criam diversos obstáculos para inclusão desses cidadãos na realidade em que estão inseridos.

Para melhor explicar a visão social, Flávia Piva Almeida propõe a fórmula matemática "Deficiência = Limitação Funcional x Ambiente"[50]:

> A fórmula traduziria a ideia de que a limitação do indivíduo é agravada ou atenuada de acordo com o meio em que vive, sendo nula quando o entorno for totalmente acessível e não apresentar nenhuma barreira ou obstáculo. [51]

Isto é, não importa se o impedimento de longo prazo do indivíduo é de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nem se o grau da limitação é leve, moderado ou grave, se o ambiente onde ele se encontra não possuir entraves a sua participação efetiva como integrante do corpo social, então não haveria a manifestação de deficiências.

Entretanto, é evidente que no mundo não há um lugar perfeito, onde não exista barreiras de qualquer natureza. O que se pode fazer é trabalhar para a sua diminuição ao mínimo possível, e por isso a LBI no seu artigo 2º, §2º, confere ao

[49] LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 43.
[50] LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 46.
[51] LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 46.

Poder Executivo a atribuição de estabelecer os mecanismos mais eficazes de se verificar a deficiência humana, já que este é um dos responsáveis diretos pela transformação cultural e pela minimização das desigualdades e da discriminação.

Por último, e ainda sobre os impactos da adoção do modelo social em detrimento do modelo médico, frisa-se a atualização da nomenclatura feita pelo legislador brasileiro, que optou pelo termo "pessoa com deficiência":

> Abandonando os termos antigos, como pessoas portadoras de deficiência, pessoas com necessidades especiais, deficientes, entre outros. As pessoas não podem optar por portar ou não a própria deficiência, não sendo como uma bolsa que se carrega. Necessidades especiais tampouco comunica de quem está sendo falado. Deficiente resume a pessoa a sua condição, não a oportunizando ser "sujeito de direitos" em primeiro lugar. [52]

Portanto, não é que o novo modelo não acredite no progresso médico, longe disso, mas até que se desenvolva a técnica científica necessária para o tratamento da incapacidade física do indivíduo, a sociedade, juntamente do Estado, por intermédio do Poder Executivo, deve trabalhar para a redução do maior número de barreiras que impossibilitem a participação plena dessas pessoas, por meio de mecanismos que fomentem a acessibilidade.

Acessibilidade essa, que segundo o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 13.146/2015, pode ser entendida como:

> Art. 3º:
>
> I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos

[52] LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 55.

> ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.[53]

De modo que, não apenas o ambiente seja afetado pelas diversas implementações estruturais ocorridas nos espaços urbanos, como também a qualidade de vida das pessoas com deficiência possa avançar em direção a patamares mínimos considerados indispensáveis à sustentabilidade humana.

2.2. Princípios Constitucionais

Antes de mencionar os princípios constitucionais que permeiam a legislação de inclusão da pessoa com deficiência, é preciso que se delimite o conceito de princípio, e que se faça a distinção entre princípio e regra. Para tanto, as palavras de Robert Alexy esclarecem um e outro:

> A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas. [...] Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*. [...] Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios. [54]

À vista disso, princípios seriam as ferramentas que o interprete do Direito deve empregar para orientar a aplicação da Lei em sua máxima eficácia. Devendo ser superior a regra somente quando esta é omissa na sua função primária de proteção

[53] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[54] ALEXY, Robert. Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18.

às garantias e direitos assegurados. Assim não sendo, atentar-se-á a direcionar a criação da norma e o seu sentido, a fim de assegurar a segurança jurídica a todos os tutelados do sistema jurídico.

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da "dignidade da pessoa humana"[55], que nas palavras de Ricardo Maurício Soares significa:

> As estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados.[56]

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana seria tudo aquilo que o Estado e a sociedade deveriam respeitar, sob pena de não o fazerem, o sujeito perder sua qualidade de ser humano. Por isso, faz sentido o constituinte originário positiva-la como princípio fundamental para estruturação da República brasileira, pois um Estado que não reconhece nenhum cidadão como parte de si - não constituindo, assim, um povo - ele perde uma das características que o torna um ente soberano.

Além disso, a Constituição ao garantir que todos os indivíduos têm direitos inerentes a sua condição humana, ela pode, também, determinar limites, na esfera jurídica, em relação a capacidade que este tem para exerce-los, com o devido cuidado

[55] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[56] SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150.

de que possíveis excessos de restrições acarretem em descumprimento do fundamento normativo.

Logo, o desenvolvimento da Lei nº 13.146/2015, que estabelece a capacidade civil da pessoa deficiência, nada mais é que a expressão concreta do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, já que, do mesmo modo que os demais homens e mulheres, as pessoas com limitações funcionais são também seres humanos com direitos intrínsecos, mas por causa das barreiras ambientais, estes não podem ser exercidos na mesma medida que os das demais pessoas, devendo receber, portanto, um tratamento proporcional a sua necessidade.

Tal lógica encontra suas bases também no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, o qual prescreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[57], ou seja, o constituinte elencou, dentro dos inúmeros exemplos no rol do dispositivo constitucional, como principal propósito a ser alcançado pelo Estado, uma sociedade que presa pela liberdade do indivíduo, não o restringindo de exercer seus direitos plenamente dentro dos limites pré-existentes, a fim de que se possa chegar ao mais próximo do ideal de justiça e do bem comum.

Ainda sobre o desenvolvimento de um corpo social voltado a valorização da pessoa humana e ao reconhecimento das diferenças, o artigo 3º da Constituição Federal, no inciso III, segunda parte, dispõe que o Estado brasileiro promoverá políticas públicas com a finalidade de "reduzir as desigualdades sociais e

[57] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

regionais"[58]. E no inciso IV, que promoverá "o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"[59].

Nesse sentido de desestimular qualquer tipo de discriminação ou desigualdade, e reconhecer a capacidade da pessoa com deficiência, o legislador originário orientou-se também por outro princípio constitucional, o da "igualdade":

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.[60]

O texto constitucional foi claro quando afirmou que "todos são iguais perante a lei", não devendo ninguém sofrer qualquer forma de discriminação, seja por motivos políticos, éticos, religiosos, econômicos, físico, mental, ou qualquer outro que os tornem diferentes, ou os estigmatizem, em face dos demais membros da sociedade.

Como consequência disso, e para a melhor compreensão do princípio da igualdade positivado na Constituição da República, é preciso que se diferencie igualdade formal de igualdade material. A primeira diz que a lei não diferenciará as pessoas por qualquer que seja o motivo, até mesmo para equipará-las a mesma situação, seja ela qual for. Já a segunda vai além, diz que a lei deve se preocupar em

[58] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[59] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[60] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

equiparar os indivíduos, de acordo com o nível de suas diferenças, a fim de assegurar a justiça social.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes explica:

> O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, [...] que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais.[61]

Ainda no que tange a isonomia:

> O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.[62]

Na questão da igualdade de acesso a um trabalho e a um salário justo:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> [...]

[61] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 36.
[62] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 36.

> XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.[63]

Desse modo, o que se buscou com a edição da Lei nº 13.146/2015 foi a igualdade material, posto que equiparou as pessoas com deficiência, antes tidas como absolutamente incapazes, àquelas concebidas como plenamente capazes, bem como extinguiu na medida do que foi possível as desigualdades entre elas. Ao mesmo tempo, vinculou o intérprete da norma e o operador do direito à aplicação da mesma da forma mais favorável possível a pessoa com deficiência.

No artigo 4º da Constituição Federal, segue-se o mesmo caminho dos dispositivos antecedentes ao fixar os nortes dos atos públicos em relação aos seus cidadãos. Contudo a diferença agora está em como o Brasil se comportará nas suas relações externas com os outros países, a fim de que no decorrer do processo não se viole os direitos e garantias fundamentais.[64]

No inciso II, mais especificamente, o princípio da "prevalência dos direitos humanos"[65] é apontado como requisito a ser cumprido nos tratados e acordos internacionais. Na visão de Antonio Enrique Pérez Luño:

> Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as

[63] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[64] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[65] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

> quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.[66]

Por esse ângulo, entender-se-ia por direitos humanos a reunião de princípios, garantias e prerrogativas vigentes em uma coletividade em um determinado período de tempo, que por serem reconhecidos por aquele grupo como indispensáveis a caracterização do indivíduo como ser humano, encontram espaços na sua respectiva legislação pátria, a fim de que o próprio Estado também saiba quais são os limites da sua própria atuação, além da melhor forma de se organizar politicamente.

No Brasil, o que ocorre não é muito diferente, uma vez que no Título III da Constituição Federal, que trata da Organização do Estado, o artigo 23, inciso II, determina que:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> [...]
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.[67]

Em poucas palavras, todos os entes federativos, conforme a Carta Magna, atuarão igualmente de modo a cuidar da saúde, da assistência, da proteção e das garantias das pessoas com deficiência — apesar da norma constitucional ainda utilizar a terminologia antiga, "portador de deficiência" —, sob pena de divergir daquilo que a sociedade brasileira entende como um direito imprescindível a condição humana, que é por exemplo o direito a saúde digna.

---

[66] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madri: Tecnos, 2010. p. 48 *apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

[67] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

No artigo 24, inciso XIV, da Constituição Federal, ainda no mesmo Título da Organização do Estado, o constituinte originário reafirma:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> [...]
>
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.[68]

À vista disso, poder-se-ia perceber a preocupação do legislador já desde 1988, ao representar os interesses e demandas coletivos, em assegurar as pessoas com deficiência os mesmos "direitos humanos" das demais pessoas, de tal sorte que ao organizar o Estado brasileiro instituiu a responsabilidade dos entes federativos sobre o tema.

Na parte da assistência social que será prestada aos hipossufientes, recorda-se mais uma vez os objetivos para com os indivíduos com limitações funcionais:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> [...]
>
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. [69]

Já no que consente à educação:

[68] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[69] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

> Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> [...]
>
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> IV - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.[70]

Tão relevante é o posicionamento constitucional a respeito da educação das pessoas com deficiência que a 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) reafirmou que é dever da Administração Pública oferecer um serviço educacional adequado ao discente com deficiência, inclusive com o acompanhamento de um monitor se comprovada a necessidade:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REDE PÚBLICA DE ENSINO. DISCENTE COM NECESSIDADES ESPECIAIS. GESTÃO EDUCACIONAL. CARGO DE MONITOR. DESIGNAÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. O direito à educação adequada à pessoa com deficiência é obrigação que deve ser cumprida pela Administração Pública, em atendimento ao disposto no artigo 208, inciso III, da Constituição Federal e ao artigo 58, da Lei de Diretrizes Básicas da Educação. O discente com deficiência possui o direito público subjetivo ao acompanhamento por monitor, independentemente das questões administrativas e orçamentárias apresentadas pelo Estado, sob pena de o argumento da reserva do possível se sobrepor à dignidade da pessoa humana. A educação especial para educandos com transtornos globais do desenvolvimento, como aquele diagnosticado com espectro autista, deve ser assegurada pelo Estado, mediante os serviços de apoio especializado, como a disponibilização de monitor especial,

[70] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

> quando comprovada a necessidade, conforme estabelece expressamente a Lei 12.764/2012. (grifo nosso)[71]

Logo, ao tratar dos princípios constitucionais dispersos em todo o texto da Constituição Federal, bem como daqueles postulados na Lei nº 13.146/2015, a pessoa com deficiência encontra amparo legal para o combate à discriminação e à superação de barreiras, como meio de efetivar a sua inclusão na atividade pública e no mercado de trabalho.

3 ADOÇÃO DE TÉCNICAS DE INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE NA ATIVIDADE PÚBLICA

De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Estado brasileiro conta atualmente com uma população de mais de 209 milhões de brasileiros[72], sendo que o último censo do mesmo instituto apontou que 45,6 milhões dos brasileiros, o equivalente a 23,9% da população da época, possuíam algum tipo de deficiência.[73]

No Distrito Federal, segundo os dados da Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN), a porcentagem de pessoas com alguma deficiência

[71] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). 6ª Turma Cível. Ação de obrigação de fazer. Apelação nº 0705532-58.2018.8.07.0018. 1. O direito à educação adequada à pessoa com deficiência é obrigação que deve ser cumprida pela Administração Pública [...]. Apelante: Distrito Federal. Apelado (s): L.R.D.A. e QUELI PETRINA ROMAS DE ALMEIDA. Relator (a): Min. Esdras Neves. Brasília, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso: 21 jan. 2019.

[72] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/. Acesso em: 25 fev. 2019.

[73] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

chega a 22,23% da população[74], sendo que da população total de mulheres, 24,82% apresentam alguma deficiência, enquanto entre os homens o número é de 19,60%.[75]

Hoje, se considerarmos que mais de 20% do povo brasileiro detêm algum tipo de limitação física que os impede de ter uma condição de vida igual as pessoas consideradas, por assim dizer, "normais", então a atuação da sociedade e do Estado em incluir essas pessoas em um padrão mínimo de vida adequado a esses indivíduos se torna ainda mais indispensável.

Incluir com a finalidade de promover mudanças de maneira a toda a coletividade, nos seus espaços públicos e privados, estejam preparados a receber essas pessoas na medida de suas diferenças e limitações, evitando-se o pensamento antigo em que a integração era a resposta, ou seja, de que as pessoas com deficiência são quem deveriam se adaptar ao ambiente em que se encontrassem.

Certamente que diversas transformações precisam ocorrer para que se comece a discutir inclusão, e que essa não é a única solução viável para um problema que existe desde os primórdios da humanidade, mas a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, e, de maneira mais delimitada, nos serviços públicos, já seria um grande passo para se alcançar um modelo inclusivo mais proporcional à realidade do Estado brasileiro.

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme o artigo "Setor público é o que menos preenche cota de vagas para pessoas com deficiência",

[74] Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). Perfil das pessoas com deficiência no Distrito Federal. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-das-pessoas-com-defici%C3%AAncia-no-Distrito-Federal.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

[75] Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). Perfil das pessoas com deficiência no Distrito Federal. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-das-pessoas-com-defici%C3%AAncia-no-Distrito-Federal.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

notificado no portal de notícias G1, em pesquisas realizadas no ano de 2018, demonstrou que no ano de 2017, o setor público foi o que menos cumpriu com a legislação que exige reserva de vagas para pessoas com deficiência aos cargos públicos, apenas 2,3 mil de um número de 21,8 mil oportunidades ofertadas naquele ano foram preenchidas, o equivalente a 11% do total.[76]

Alguns dos argumentos utilizados para a não contratação desses indivíduos estão permeados de preconceitos e ignorância, como por exemplo "o número de candidatos não é suficiente para ocupar todas às vagas disponíveis", "a reduzida capacidade laborativa se comparada aos indivíduos sem nenhuma limitação funcional", "a baixa formação educacional" e "a ausência de interesse das próprias pessoas com deficiência em ocupar vagas a ela destinada por estarem acomodadas com os benefícios assistencialistas pagos pelo Estado".

Diante da estatística que prevê que mais de 20% da população nacional possui algum caso de limitação funcional, uma quantia aproximada de 58 milhões de pessoas, e de que o número de vagas em concursos públicos disponíveis alcançou uma quantia de mais de 23 mil no ano de 2017, então a justificativa de que não há deficientes suficientes para ocupar tais funções é refutável.

Pois, a partir de uma divisão simples entre o total de pessoas com deficiência por vagas ofertadas, chegar-se-ia a um resultado de aproximadamente 2.522 candidatos por vaga, o que contrariaria qualquer alegação de insuficiência de falta de pessoal, e revelaria outras razões por trás da decisão que se fundamentou nesse motivo, entre eles o lucro e a eficiência.

[76] CAVALLINI, MARTA. Setor público é o que menos preenche cota de vagas para pessoas com deficiência. Globo, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/09/21/setor-publico-e-o-que-menos-preenche-cota-de-vagas-para-pessoas-com-deficiencia.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2019.

Apesar da atividade administrativa não visar exclusivamente o lucro, não se pode negar que em razão do princípio da eficiência, ou seja, dessa relação de obtenção dos melhores fins com o emprego dos melhores meios, assomado ao menor desperdício possível, a Administração Pública não espera que dos seus atos culmine apenas prejuízos ao erário, gerando uma situação de insegurança e de instabilidade econômica para os seus cidadãos, mas que a partir de seus procedimentos administrativos efetivem-se tanto o interesse público quanto o montante arrecadado apresente um saldo positivo.

Logo, o que se estaria buscando com o pretexto de que "o número de candidatos com deficiência não é suficiente para ocupar todas às vagas disponíveis" é na verdade uma aplicação do princípio da eficiência de maneira deturpada, que não consideraria a satisfação da pessoa humana, mas encontraria unicamente no dinheiro acumulado a resposta para se determinado empreendimento obteve ou não um "resultado eficiente".

Em um Estado como o Brasil que adotou como fundamento "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"[77] e como garantia individual "o direito à propriedade"[78], o sistema capitalista de produção ganha espaço para se desenvolver no país, assim como a obtenção e a gerência correta do lucro se tornam parte indispensável do mercado das empresas e entidades nacionais. Deste modo, é

[77] Constituição Federal, artigo 1º, inciso IV.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[78] Constituição Federal, artigo 5º, inciso XII.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

possível afirmar que, no processo de tomada de decisões, a análise dos custos e benefícios são fatores determinantes para a contratação da pessoa com deficiência.

Contudo, se as condições do ambiente público fossem idênticas para todos, ou em termos mais técnicos, acessíveis, não haveria que se falar em manifestações de deficiências, e os ganhos para a Administração seriam os mesmos, ou até maiores, que aqueles provenientes somente do exercício da atividade por pessoas sem quaisquer limitações funcionais, pois se criaria um ambiente de trabalho agradável aos envolvidos no processo de produção do bem-estar social.

Além disso, pelo princípio da impessoalidade, a Administração Pública se compromete a não promover qualquer tipo de discriminação ou conceder privilégios indevidos a particulares específicos, mas agir de forma a assegurar o interesse público.

Por isso que ao inserir a pessoa com deficiência em um local onde as condições de trabalho são inacessíveis a ela e, ainda, exigir dela um nível de eficiência igual, ou superior, que os das demais pessoas, seria fomentar a discriminação nos usuários do serviço e nos colegas de profissão, além de desmotivar o servidor com limitações funcionais.

Nesse mesmo sentido, poder-se-ia começar a discutir também a alegação de que "a capacidade laborativa da pessoa com deficiência é menor, se comparada aos indivíduos sem nenhuma limitação funcional", porque, ainda do ponto de vista da eficiência, essa premissa deixa subentendido que deficiência é sinônimo de prejuízo ao exercício da função ou da atividade laboral.

Na realidade, o que ocorre, em razão do pensamento capitalista dos tomadores de serviço, é a redução de gastos com adaptações dos locais de trabalho, e

assim o sujeito com deficiência é introduzido em lugares onde os instrumentos de acessibilidade que permitiriam a realização dos serviços com segurança, produtividade e autonomia, ou são escassos, ou completamente inacessíveis.

Daí as possíveis contratações que possam vir a ocorrer visarão apenas aquelas limitações que tragam menos prejuízos ao exercício das tarefas ou que possam encontrar nos escassos meios acessíveis a produtividade "adequada" para aquela empresa.

Outra causa mencionada, a fim de evitar a contratação, é o da "incompatibilidade da formação educacional com as vagas ofertadas pelo mercado de trabalho", pois de acordo os empregadores não há candidatos com deficiência com o nível de escolaridade necessário para ocupar tais cargos.

Porém, em um país onde a educação, por apresentar seus diversos dilemas, tornou-se o argumento preferido daqueles que pretendem concorrer algum cargo político, ou fugir de alguma obrigação, valer-se-ia, assim, uma reanálise da situação.

O sistema educacional brasileiro vem passando por diversas mudanças na estrutura de ensino público e privado, entretanto está bem longe do ideal a ser fornecido a todos os brasileiros, não sendo só as pessoas com deficiência que sofrem com a situação, mas os estudantes como um todo enfrentam barreiras de acesso ao conhecimento.

Na pesquisa realizada pela CODEPLAN, o percentual de alfabetização da população com deficiência no Distrito Federal, entre 15 e 29 anos, alcançava os 97,36%, uma diferença bem pequena em comparação aqueles sem deficiência, que

atingia os 99,43%.[79] No entanto, as diferenças no grau de instrução foram mais significativas, enquanto o percentual de pessoas sem deficiência, entre 15 ou mais anos, que não possuem nenhum tipo de formação, ou tem apenas o ensino fundamental incompleto, é de 23,38%, o das pessoas com deficiência é de 40,95%.[80]

No caso dos indivíduos com limitações funcionais, a acessibilidade tem uma relação direta com o abandono escolar, visto que muitas escolas não possuem equipamentos adaptados a essas pessoas, os transportes utilizados para o deslocamento até a instituição de ensino não atendem as necessidades específicas desse grupo, há escassez de vias públicas e privadas que contemplem o desenho universal, a grande parte dos professores não está capacitada a lidar com esses alunos, e os materiais pedagógicos adotados criam mais dificuldades do que solucionam.

Ao que tudo indica, o obstáculo da educação não estaria ligado a uma escolha do próprio indivíduo com deficiência, mas do ambiente e condições fornecidas pela sociedade e pelo Estado, a fim de que essas pessoas possam alcançar um nível de instrução acadêmica compatível com as exigências do mercado de trabalho. Desse modo, impossibilitar a pessoa com deficiência de obter uma ocupação profissional em virtude do grau de instrução, seria puni-la por uma falha do próprio Estado em promover políticas públicas de inclusão, e não por sua incapacidade produtiva.

[79] Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). Perfil das pessoas com deficiência no Distrito Federal. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-das-pessoas-com-defici%C3%AAncia-no-Distrito-Federal.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

[80] Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). Perfil das pessoas com deficiência no Distrito Federal. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-das-pessoas-com-defici%C3%AAncia-no-Distrito-Federal.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

Além de que, uma boa empresa está sempre preocupada com a atualização dos seus funcionários, para que possam render mais e melhor, ela promove cursos de especialização voltados ao domínio das inovações tecnológicas, então o "déficit intelectual" poderia está sendo superado por meio dessas formações periódicas.

Um quarto aspecto apontado, a fim de não admitir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho, é de que em virtude dos auxílios assistencialistas pagos pelo Estado, como o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC), elas optam em permanecer recebendo um recurso garantido da Seguridade Social do que tentar um salário incerto do mercado de trabalho.

Tal concessão de um vencimento mínimo fornecido pela Seguridade Social encontra amparo na Constituição Federal, a qual prescreve que será assegurado um salário mínimo aos indivíduos com deficiência que não possuírem os meios de manter-se, ou de serem sustentados pela família:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> [...]
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.[81]

No mesmo sentido, a Lei específica que trata do assunto, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), dispõe que:

[81] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

> Art. 2º A assistência social tem por objetivos:
>
> I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:
>
> [...]
>
> e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.[82]

Em relação à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), esta reconhece que:

> Art. 40. É assegurado à pessoa com deficiência que não possua meios para prover sua subsistência nem de tê-la provida por sua família o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993.[83]

Apoiado nisso, os empregadores pressupõem uma espécie de "acomodação" por parte da pessoa com limitações funcionais, pois já que a Administração Pública disponibiliza um salário mínimo mensal para a subsistência de todas essas pessoas, estas não abandonariam o conforto e a segurança de seus lares, para enfrentar um ambiente de trabalho sempre mais exigente e inacessível a necessidades individuais de cada um.

Todavia, o que não é considerado por aqueles que utilizam esse discurso é que a própria Constituição, e no mesmo sentido a LOAS e a LBI, estabelecem condições mínimas para a concessão do benefício, dentre elas, a impossibilidade de se manter e de ser mantido pela família, de modo que não seriam todas as pessoas com

[82] BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[83] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

deficiência que seriam beneficiadas, apenas aquelas que cumprissem os requisitos legais.

Uma segunda forma do tomador de serviços explicar a não contratação da pessoa com deficiência, em razão do pagamento de benefícios assistencialistas pelo Estado, é a de que mais vagas de emprego estariam sendo ofertadas aos demais cidadãos que não podem usufruir de benefício algum da Seguridade Social.

Contudo, por causa das limitações funcionais, os cuidados com saúde, reabilitação, medicação e adaptação requerem uma atenção maior, então, as despesas com o sustento da pessoa com deficiência podem superar o valor do salário mínimo pago pelo Estado, e é em razão disso que um trabalho com uma remuneração adequada também auxiliaria nas necessidades adaptativas da condição de vida dessa pessoa.

Além disso, se o Estado brasileiro tem por objetivo fundamental "garantir o desenvolvimento nacional"[84] e "reduzir as desigualdades sociais e regionais"[85], consequentemente, o orçamento nacional não poderia está comprometido em garantir a subsistência de mais de 1/5 da população, porque esta estaria economicamente inativa pela inexistência de oportunidades de emprego.

Do mesmo modo o empregador que almeja expandir o seu mercado de consumo, não seria possível um aumento na comercialização dos seus produtos em

[84] Constituição Federal, artigo 3º, inciso II.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[85] Constituição Federal, artigo 3º, inciso III.
BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

uma localidade onde mais de 20% dos habitantes não têm condições financeiras de arcar com a compra dos bens ofertados.

Muito provavelmente, com fins de combater essa realidade de falta de acesso à vaga de emprego por parte da pessoa com deficiência, o legislador estabeleceu no artigo 8º da Lei nº 13.146/2015, como dever do Estado, da sociedade e da família a efetivação do direito ao trabalho:

> Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.[86]

Além disso, e ainda no que versa sobre o direito ao trabalho, o legislador reafirmou que os indivíduos com limitações funcionais fazem jus a um ambiente de trabalho acessível em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo obrigação das pessoas jurídicas de direito público garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos:

> Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[86] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

> § 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.[87]

Por fim, a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho só se efetivará quando esta tiver as condições de competir em igualdade de condições com as demais pessoas:

> Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.[88]

Portanto, o Estado, em conjunto com a população em geral, deve promover as ferramentas legislativas que concretizarão os ideais de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços públicos, bem como a acessibilidade delas nos estabelecimentos e órgãos públicos.

3.1 Reserva de vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência

No que tange à inserção da pessoa com deficiência nos serviços públicos, o Estado brasileiro, por meio das suas legislações, tem buscado garantir que tanto a administração direta como a indireta de qualquer dos seu poderes e entes assegurem oportunidades à participação nos serviços por eles prestados aos seus administrados.

[87] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

[88] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

O artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal definiu que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão".[89]

Dois anos depois da promulgação da Constituição, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veio regulamentar o percentual máximo de vagas que deveriam ser reservadas as pessoas com deficiência, determinando que um valor de 20% do total das oportunidades ofertadas em concurso público seria destinado a essas pessoas:

> Art. 5º
>
> §2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.[90]

Em 20 de dezembro de 1999, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, com o Decreto nº 3.298, estabeleceu, no seu artigo 37, §§ 1º e 2º, uma reserva mínima de 5% do total de vagas a candidatos com deficiência:

> Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.
>
> § 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas,

[89] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[90] BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

> sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.
>
> § 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente.[91]

Recentemente, o Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, revogou diversos artigos do Decreto nº 3.298/1999, entre eles estava o artigo 37 e seus parágrafos, dando uma nova redação ao texto legislativo:

> Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:
>
> I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e
>
> II - em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.
>
> § 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.92

No que dizia respeito ao percentual mínimo de 5%, o novo decreto presidencial manteve a mesma quantidade de reserva de vagas com o acréscimo de

[91] BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

[92] BRASIL. Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm#art10. Acesso em: 10 mar. 2019.

que a porcentagem de 5% também deve ser obedecida para as funções públicas de caráter temporário e excepcional.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o Recurso Especial interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) entendeu que o preenchimento das vagas reservadas a pessoas com deficiência nos certames públicos deve respeitar o valor mínimo e máximos estabelecido nas legislações infraconstitucionais:

> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO FIXADOS, RESPECTIVAMENTE, EM 5 E 20%, PELO DECRETO 3.298/1999 E PELA LEI 8.112/1990. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE QUE INDICA A IMPRESCINDIBILIDADE DE PREVALÊNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 20% QUANDO O TOTAL DE VAGAS NÃO PERMITE A OFERTA DE AO MENOS 1 POSTO DE TRABALHO SEM QUE EXTRAPOLE O REFERIDO PERCENTUAL, COMO NO CASO DOS AUTOS. POSIÇÃO À QUAL SE ADERE, DEVENDO, NO ENTANTO, SER OBSERVADA A PROPORÇÃO LEGAL SE SURGIDAS VAGAS SUFICIENTES AO LONGO DO PERÍODO DE VALIDADE DO CERTAME. RECURSO ESPECIAL DA UFRGS PROVIDO.
>
> 1. Discute-se nos autos o atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores de deficiência física, de modo a garantir, na hipótese, a oferta de 1 vaga, do total de 2, para pessoas com essa característica. A parte ré, ora recorrente, assevera que o pleito extrapola o comando legal que exige o máximo de 20% das vagas reservadas, defendendo que o número a ser disponibilizado aos deficientes é em relação ao total de vagas ofertadas no concurso, não para cada cargo.
>
> [...]
>
> 6. A aplicação dos valores mínimos e máximos referidos no Decreto 3.298/1999 e na Lei 8.112/1990 não geram maiores

problemas quando relacionados a concursos com número de vagas mais elevado. Por exemplo, para um cargo com 20 vagas, o mínimo seria de 1 posto de trabalho destinado aos portadores de necessidades especiais, e o máximo de 4 vagas. Seria, desse modo, mantida para a livre concorrência o total de 16 vagas.

7. O problema surge para os cargos de menor oferta de vagas, em que a ausência de vagas a PNE's deixaria de observar o percentual do Decreto 3.298/1999, e a sua previsão causaria o transbordamento do máximo de 20% estabelecido na Lei 8.112/1990. A título ilustrativo, seria o que ocorreria na hipótese de um concurso com 3 vagas; a reserva de uma delas, por si só, representaria aproximadamente 33% do total.

8. O tema já foi objeto de debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do MS 26.310-5/DF, de relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO. Na oportunidade, a Suprema Corte fez prevalecer a necessidade de prestigiar o tratamento igualitário como regra, acima da política pública, quando esta extrapolar o limite máximo do art. 5º, § 2º. da Lei 8.112/1990.

9. Enfrentando hipóteses de concursos cujo edital oferecia apenas 1 vaga para o cargo intentado, esta Corte Superior de Justiça seguiu o posicionamento do STF, afastando a reserva do único posto de trabalho disponível para a concorrência.

10. A oferta de apenas 2 vagas indica que a reserva de uma delas, de fato, acarretará a desproporção combatida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo certo, porém, que o eventual surgimento de vagas no período de validade do certame, em quantitativo que permita a observância do limite previsto na Lei 8.112/1990, deve garantir a nomeação do candidato PNE's primeiro colocado.

11. Recurso Especial da UFRGS provido, para reconhecer a legalidade da não nomeação do autor, enquanto não surgidas vagas suficientes a garantir que sua posse deixará de ofender o percentual máximo de 20% aos candidatos portadores de deficiência. (grifo nosso)[93]

[93] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial. REsp 1483800-RS. 1. Discute-se nos autos o atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores

No caso apresentado, a Primeira Turma do STJ, ao julgar a reserva de vagas em concurso público para pessoas com deficiência, entendeu que a legislação infraconstitucional estabelece os parâmetros máximos e mínimos a serem respeitados pelo futuro órgão contratante do serviço público.

Para tanto, os ministros consideraram, em detrimento há outros princípios constitucionais, que a Administração Pública, na realização de certames para preenchimentos de cargos públicos e formação de cadastro reserva, sujeitar-se-ia estritamente ao princípio da legalidade.

Não há o que se questionar, entretanto, a aplicação meramente do princípio da legalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal é claro ao dispor que a "administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"[94]. No mesmo sentido, o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, apresenta, além do rol dos princípios constitucionais, quais outros princípios a Administração deve obedecer:

> A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.[95]

---

de deficiência física [...]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Representado por: Procuradoria-Geral Federal. Recorrido: Felipe Raskin Cardon. Brasília 27 de novembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777186&num_registro=201402406232&data=20181206&formato=PDF. Acesso: 10 mar. 2019.

[94] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

[95] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso: 28 mar. 2019.

Contudo, questiona-se a utilização de apenas um dos princípios norteadores da atividade pública para decidir sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência, sendo que ambos os artigos sustentam que a Administração Pública obedecerá não só o princípio da legalidade, mas a um rol taxativo de comandos legais.

No mesmo artigo 37 da Constituição Federal, o constituinte originário enunciou também o princípio da impessoalidade, que, essencialmente, corresponderia ao tratamento que a Administração ofertaria a todos os seus administrados, sem distinção de qualquer natureza.

Partindo disso, o que ocorre com a supressão das chances de a pessoa com deficiência ser admitida no serviço público, é, na verdade, uma maneira de diferencia-la dos demais concorrentes, visto que o cumprimento, ou descumprimento, do valor máximo na norma determinará se elas terão, ou não, direito a serem admitidas na atividade pública, enquanto os demais não se submeteriam ao mesmo processo. É como se a Lei que deveria ser aplicada para ajudar, converte-se no principal impedimento para essas pessoas.

Pelo princípio da isonomia, o Estado Democrático de Direito assume, por força de Lei, a obrigação de tratar todos os seus cidadãos de forma igualitária em direitos e deveres, sem distinção de qualquer natureza. Nesse sentido, a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos seria a concretização da competição isonômica entre os indivíduos com deficiência e as demais pessoas, bem como do acesso ao mercado de trabalho com oportunidades iguais.

Porém, o que se tem, a fim de evitar uma porcentagem maior de reserva de vagas do que a prevista em lei, é a exclusão de qualquer vaga de acesso para as

pessoas com deficiência, e, assim, a competição equitativa entre os candidatos, por existir somente a ponderação do princípio da legalidade sobre o princípio da igualdade.

Do ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, remover as formas de acesso do sujeito com deficiência aos cargos públicos, porque o percentual máximo prescrito em Lei é ofendido, seria como se o Estado não estivesse reconhecendo no seu cidadão um ser com direitos inerentes a sua condição de ser humano (como por exemplo, o direito ao trabalho), e sim o cumprimento da Lei como fim último a ser alcançado pela República Federativa do Brasil.

Além disso, pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, assegurar, inicialmente, vagas a pessoa com deficiência, diante da escassez de cargos públicos, e apesar do máximo legal de 20%, seria um modo de efetivar os preceitos legais e constitucionais de garantia do acesso aos cargos públicos, bem como a inclusão dessas pessoas na atividade administrativa, ao invés de eliminar todas as oportunidades que as mesmas possam vir a ter, deixando o seu ingresso destinado "à eventual hipótese de surgimento de novas vagas durante a validade do certame".

Por último, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a entidade pública, ou o órgão público, que estiver promovendo o concurso público, assume o encargo de cumprir com todas as regras que por ela, ou ele, forem estabelecidas no edital. Em outras palavras, o edital faz Lei entre as partes, nos termos da decisão da Segunda Turma do STJ:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS CARTORÁRIAS EXTRAJUDICIAIS NOTARIAIS E

> REGISTRAIS. PROVA DE TÍTULOS. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. TEMPO MÍNIMO. CERTIDÃO DA OAB. CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ. ACRÉSCIMO ULTERIOR DE EXIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO EDITALÍCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RE 632.853/CE.
>
> 1. O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato, compelidos ambos à sua fiel observância. (grifo nosso)[96]

Assim, cabe não só ao candidato, mas ao organizador do certame, executar tudo o que foi pactuado. Se "x" vagas foram prometidas a pessoa com deficiência no edital do concurso, então a Administração Pública se responsabiliza em efetivar que "x" vagas sejam preenchidas por essas pessoas, já que há direitos criados pelo instrumento convocatório em risco de serem lesados.

Apesar de todos os argumentos expostos, vale ressaltar que o entendimento majoritário atual do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é de que a reserva de vagas a pessoa com deficiência deve respeitar o valor mínimo e máximo estabelecido, respectivamente, no Decreto nº 3.298/99 e na Lei nº 8.112/90. Para elucidar:

> CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar

[96] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 2018/0104159-8/PR. 1. O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato [...]. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766412&num_registro=201801041598&data=20181031&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2019.

> exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (grifo nosso)[97]

No citado Mandado de Segurança, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a reserva de vagas para pessoas com deficiência de que trata o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, só seria cumprido se os parâmetros estabelecidos nas leis infraconstitucionais posteriores fossem cumpridos, até mesmo quando a oferta de vagas fosse limitada.

> ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. RESERVA DA ÚNICA VAGA. LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 37, §§1º E 2º, DO DECRETO 3.298/99 E NO ART. 5º, §2º, DA LEI 8.112/90. PERCENTUAL MÍNIMO DE 5% DAS VAGAS. NÚMERO FRACIONADO. ARREDONDAMENTO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE. OBSERVÂNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 20% DAS VAGAS OFERECIDAS.
>
> 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute a legalidade da nomeação de candidato portador de deficiência para a única vaga prevista no edital (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras).
>
> [...]
>
> 3. A partir da análise do art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3298/99 e do art. 5º, §2º, da Lei nº 8112/90, conclui-se que deverá ser reservado, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de necessidades especiais e, caso a

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Segunda Turma. Mandado de Segurança. MS 26.310-5/DF. 1. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes [...]. Recorrente: Bruno Azzolin Medeiros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de setembro de 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492852. Acesso em: 31 mar. 2019.

> aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas.
>
> 4. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Estadual, em seu concurso, previu a reserva de dez por cento das vagas ofertadas aos portadores de deficiência (item 3.5 do edital - fl. 10). Para o cargo em questão (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras) havia apenas 1 (uma) vaga (fls. 13). Dessa forma, como o edital oferece apenas 1 (uma) vaga para a área que concorrem a impetrante e o deficiente físico litisconsorte, a aplicação da regra editalícia de reserva de 10% das vagas implicaria no resultado de 0,10 vagas, o que não é razoável. Como no caso foi disponibilizada apenas 1 vaga, resta evidente que a reserva desta única vaga ofertada ultrapassaria o percentual de 20%, perfazendo 100%.
>
> 5. Recurso ordinário provido. (grifo nosso)[98]

A Primeira Turma do STF entendeu, ao prover o Recurso em Mandado Segurança apresentado, que os percentuais máximos e mínimos se aplicam ao total de vagas oferecidas pelo concurso público, não há determinada área ou cargo, bem como os percentuais normativos devem ser observados, apesar do número de vagas ser reduzido.

No mesmo sentido, STJ reafirmou o mesmo entendimento do STF, ao julgar o Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial que questionava o limite máximo de vagas destinadas as pessoas com deficiência:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Primeira Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 38.595/MG. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute a legalidade da nomeação de candidato portador de deficiência para a única vaga prevista no edital [...]. Recorrente: Sérgio Tonetti Felicori. Reorrido: Andréia Ferreira. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 05 de novembro de 2013. Data da Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777186&num_registro=201402406232&data=20181206&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

> RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. QUANTITATIVO. LIMITE MÁXIMO DE 20% PREVISTO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ARREDONDAMENTO ALÉM DO LIMITE LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível qualquer arredondamento de frações de vagas previstas em concurso público para preenchimento por candidatos portadores de deficiência em desacordo com o limite máximo de 20% previsto em lei. Precedentes: AgRg no REsp 1137619/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe 19/11/2013; AgRg no REsp 1353071/CE, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 18/03/2013.
>
> 2. Agravo interno não provido.[99]

Por fim, e ainda que os Tribunais Superiores entendam que a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos deva atender aos valores mínimos e máximos, respectivamente, de 5% e de 20% estabelecidos em Lei, a inclusão do indivíduo com limitações funcionais no serviço público teria de ser a meta a ser alcançada pela Administração Pública com a aplicação da norma, e não a sua exclusão do mercado de trabalho o resultado da atuação estatal.

3.2 Garantia do acesso aos prédios públicos

Ainda acerca dos métodos de inclusão das pessoas com deficiência nos serviços públicos, a capacidade de ter acesso por conta própria ao local de trabalho

[99] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. AgInt nos EDcl no AREsp 535.065/PR. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível qualquer arredondamento de frações de vagas previstas em concurso público [...]. Agravante: Juliana Vicente Pereira. Agravado: Câmara Municipal de Maringá. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1642372&num_registro=201401398207&data=20171018&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

sem precisar enfrentar as diversas barreiras arquitetônicas[100] também seria uma forma de assegurar a sua inclusão.

O artigo 57 da Lei nº 13.146/2015, determina que as edificações públicas de uso coletivo devem garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência:

> Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes.[101]

Acessibilidade essa que deve ser entendida como:

> Art. 53. A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.[102]

A Segunda Turma, do STJ, ao apreciar o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.563.459 – SE, cujo relator foi o ministro Francisco Falcão, entendeu como "irrefutável a legitimidade do Ministério Público Federal para garantir o acesso a prédios públicos ou privados aos portadores de necessidades especiais":

> ADMINISTRATIVO. DIREITO DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. PRÉDIOS DAS SEÇÕES ELEITORAIS. ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

---

[100] Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, artigo 3º, inciso IV, alínea "b" – "barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados".
BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

[101] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

[102] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

> [...]
>
> II - Irrefutável a legitimidade do Ministério Público Federal para promover a demanda. A garantia de acesso a prédios públicos ou privados, indicados como Seções Eleitorais, aos portadores de necessidades especiais, atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, e gera, portanto, indiscutivelmente, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível, havendo assim interesse processual do Ministério Público Federal. (grifo nosso)[103]

A partir disso, e pela interpretação do texto legislativo, se a acessibilidade é um direito assegurado pelo Estado Democrático de Direito à pessoa com deficiência, como forma desta ter todas as condições necessárias para por si só se manter e exercer seus direitos na vida social, então, por analogia, o acesso a prédios públicos também seria um direito, tendo em vista que os edifícios públicos devem primar pela acessibilidade.

Quanto aos locais de trabalho, o legislador brasileiro definiu que estes devem facilitar o exercício da atividade em condições iguais as demais pessoas:

> Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.[104]

Acrescentando como dever da pessoa jurídica de direito público, a formação de espaços acessíveis e inclusivos:

> Art. 34.

[103] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segunda Turma. Agravo Interno no Recurso Especial. AgInt no REsp 1.563.459/SE. 2. Irrefutável a legitimidade do Ministério Público Federal para promover a demanda [...]. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 03 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1621368&num_registro=201502756659&data=20170814&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

[104] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

> § 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.[105]

Sendo assim, a Administração Pública, seja ela direta, ou indireta, federal, estadual, ou municipal, tem o papel de, por intermédio da implementação do desenho universal, da adoção de tecnologia assistiva e da constituição de adaptações razoáveis, de garantir o exercício do direito a acessibilidade das pessoas com deficiência, a fim de que o acesso ao serviço público, e suas respectivas edificações, seja mais receptivo com essas pessoas, possibilitando, assim, a igualdade de oportunidades e de sustento próprio.

CONCLUSÃO

O processo de desenvolvimento humano, seja ele social, econômico, jurídico, ou administrativo, colaborou para a criação de uma cultura de organização estatal voltada para a proteção e garantia dos direitos e interesses fundamentais dos indivíduos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi o passo determinante dado pelo legislador brasileiro em direção a valorização da pessoa humana, do bem-estar social e do tratamento igualitário entre as pessoas, os quais foram sintetizados e expostos de forma clara ao povo brasileiro no seu Preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

[105] BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso: 7 abr. 2019.

> preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...][106]

Nesses termos, a República Federativa do Brasil, na figura da Administração Pública, com o objetivo de atender as necessidades públicas em detrimento daquelas exclusivamente particulares, bem como de assegurar a ininterrupção dos serviços públicos por ela prestados, ocupou-se, por intermédio dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição Federal, em disponibilizar meios efetivos ao exercício de direitos a todos os seus cidadãos sem distinção de qualquer natureza.

Por isso, nesse cenário de valorização da pessoa humana, onde o Estado ocupa o papel central de fiscalizador e administrador de políticas públicas por ele próprio promovidas, que falar em inclusão das pessoas com deficiência se faz indispensável a concretização de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" almejada pela população brasileira, na figura de seus representantes.

Assim sendo, a inclusão seria a resposta a esse anseio social, a forma que a Administração adotaria de tutelar os interesses, se não de todos os integrantes do seu corpo social, ao menos do máximo possível destes, até para que fosse respeitado, respectivamente, os princípios constitucionais e administrativos da supremacia do interesse público sobre o particular e da impessoalidade.

O ingresso no serviço público seria, nesse contexto, apenas um meio de alcançar um resultado já definido como objetivo fundamental do Estado brasileiro, não a solução definitiva para um problema que, de certo modo, nunca foi tratado eficazmente no decorrer de seu desenvolvimento histórico, político e social do país.

---

[106] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

Assim, abordar a modificação de paradigma, no que tange a mudança da visão que se tinha da pessoa com deficiência antes do advento da Lei Brasileira de Inclusão as Pessoas com Deficiência para o modelo atual, não só permitiu ao legislador compreender melhor os anseios desse grupo, como também estabeleceu limites e obrigações a serem seguidos pela Administração e pela sociedade, retirando do sujeito com limitações funcionais a culpa por essa ou aquela deficiência e transferindo-a ao ambiente onde este indivíduo estiver inserido.

Portanto, não é que o novo modelo não acredite no progresso médico, longe disso, mas até que se desenvolva a técnica científica necessária para o tratamento da incapacidade física do indivíduo, a sociedade, juntamente do Estado, por intermédio do Poder Executivo, deve trabalhar para a redução do maior número de barreiras que impossibilitem a participação plena dessas pessoas.

Para tanto, os princípios constitucionais dispersos em todo o texto da Constituição Federal, bem como aqueles postulados na Lei nº 13.146/2015, devem auxiliar a Administração Pública a combater as espécies de discriminação e desigualdades contra a pessoa com deficiência, como meio de efetivar a inclusão desta na atividade pública e no mercado de trabalho.

E mesmo que os Tribunais Superiores entendam que a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos deva atender aos valores mínimos e máximos, respectivamente, de 5% e de 20% estabelecidos em Lei, a inclusão do indivíduo com limitações funcionais no serviço público teria de ser a meta a ser alcançada pela Administração Pública com a aplicação da norma, e não a sua exclusão do mercado de trabalho o resultado da atuação estatal.

Além disso, a Administração, seja ela direta, ou indireta, federal, estadual, ou municipal, tem o papel de, por intermédio da implementação do desenho universal, da adoção de tecnologia assistiva e da constituição de adaptações razoáveis, de garantir o exercício do direito a acessibilidade das pessoas com deficiência, a fim de que o acesso ao serviço público, e suas respectivas edificações, seja mais receptivo com essas pessoas, possibilitando, assim, a igualdade de oportunidades e de sustento próprio.

Por fim, ao Estado cumpre apenas gerir seus recursos editando políticas públicas e atos administrativos com o fim de concretizar a acessibilidade e a inclusão nos serviços públicos a pessoas com deficiência, já que este não é um objetivo inalcançável pela Administração, mas um trabalho em conjunto entre população e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Finalmente, como contribuição acadêmica, sugere-se, assim, a aplicação da Lei nº 8.112/1990 e do Decreto nº 3.298/1999 dentro dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da razoabilidade, sem desatentar para a necessidade de que os espaços públicos ocupados por indivíduos com limitações funcionais necessitam observar as regras de acessibilidade da Lei nº 13.146/2015, a fim de enxergar na individualidade de cada um a fonte para a construção de um país mais homogêneo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). A pessoa com deficiência e sua relação

com a história da humanidade. AMPID. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0914.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Planalto. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm#art10. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 07 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, institui a tutela jurisdicional de

interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9962.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. AgInt nos EDcl no AREsp 535.065/PR. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível qualquer arredondamento de frações de vagas previstas em concurso público [...]. Agravante: Juliana Vicente Pereira. Agravado: Câmara Municipal de

Maringá. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1642372&num_registro=201401398207&data=20171018&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segunda Turma. Agravo Interno no Recurso Especial. AgInt no REsp 1.563.459/SE. 2. Irrefutável a legitimidade do Ministério Público Federal para promover a demanda [...]. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 03 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1621368&num_registro=201502756659&data=20170814&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Primeira Turma. Recurso Especial. REsp 1483800-RS. 1. Discute-se nos autos o atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores de deficiência física [...]. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Representado por: Procuradoria-Geral Federal. Recorrido: Felipe Raskin Cardon. Brasília 27 de novembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777186&num_registro=201402406232&data=20181206&formato=PDF. Acesso: 10 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 0104159-8/PR. 1. O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato [...]. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766412&num_registro=201801041598&data=20181031&formato=PDF. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Segunda Turma. Mandado de Segurança. MS 26.310-5/DF. 1. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes [...]. Recorrente: Bruno Azzolin Medeiros. Recorrido: Estado do Paraná.

Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de setembro de 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492852. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Primeira Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 38.595/MG. 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute a legalidade da nomeação de candidato portador de deficiência para a única vaga prevista no edital [...]. Recorrente: Sérgio Tonetti Felicori. Reorrido: Andréia Ferreira. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 05 de novembro de 2013. Data da Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777186&num_registro=201402406232&data=20181206&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). 6ª Turma Cível. Ação de obrigação de fazer. Apelação nº 0705532-58.2018.8.07.0018. 1. O direito à educação adequada à pessoa com deficiência é obrigação que deve ser cumprida pela Administração Pública [...]. Apelante: Distrito Federal. Apelado (s): L.R.D.A. e QUELI PETRINA ROMAS DE ALMEIDA. Relator (a): Min. Esdras Neves. Brasília, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj. Acesso: 21 jan. 2019.

CAVALLINI, MARTA. Setor público é o que menos preenche cota de vagas para pessoas com deficiência. Globo, 21 de setembro de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/09/21/setor-publico-e-o-que-menos-preenche-cota-de-vagas-para-pessoas-com-deficiencia.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2019.

Companhia de Planejamento do Distrito Federal (CODEPLAN). Perfil das pessoas com deficiência no Distrito Federal. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-das-pessoas-com-defici%C3%AAncia-no-Distrito-Federal.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/. Acesso em: 25 fev. 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madri: Tecnos, 2010. p. 48 *apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 36.

Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 25 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2009

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 12.990/2014 COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO DE PRETOS E PARDOS NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da aplicação da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, como instrumento de inclusão de pretos e pardos no serviço público federal. Para tanto, serão abordados os elementos constituintes do sistema de cotas raciais no Brasil, sobretudo as cotas raciais, seus beneficiários, bem como os critérios de classificação racial, quais sejam: a autodeclaração e a heteroidentificação. Na sequência, será tratada a Lei nº 12.990/2014, seus pontos controvertidos, tais como: a autodeclaração prestada em concurso público, assim como a instituição de comissão verificadora da autodeclaracão e os efeitos jurídicos desta, quando verificada divergência entre a autodeclaração e heteroidentificação. Por fim, serão abordados casos concretos que demonstram como o Poder Judiciário vem aplicando a Lei de Cotas em Concursos Públicos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Cotas Raciais. Concurso Público. Autodeclaração e Comissão Verificadora. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para realização deste trabalho é de relevância para toda sociedade brasileira, uma vez que a reserva de cotas raciais em concurso público mostra-se polêmica e tem despertado inevitável insegurança nos candidatos a cargos e empregos públicos.

Frisa-se que o debate acerca das cotas raciais em concursos públicos não se restringe apenas a sua constitucionalidade. Atualmente, outros pontos

controvertidos dessa política afirmativa de inclusão de pretos e pardos no serviço público federal viraram objeto de grandes discussões1.

O crescente número de tentativas de fraudes ao sistema de cotas raciais, noticiados pela imprensa, tem posto em xeque a efetividade desse instrumento de materialização do princípio da igualdade, consagrado pela Constituição Federal.

Os critérios adotados pelo legislador brasileiro têm acarretado dúvidas em relação aos verdadeiros destinatários dessa reserva. Dessa forma, a autodeclaração prestada por candidatos em concurso público, a instituição de comissão de verificação da veracidade daquela, bem como seus efeitos jurídicos têm gerado importantes posicionamentos jurisprudenciais acerca da aplicação da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 20142.

Essa lei tem por objetivo reservar 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos certames públicos para provimento efetivo de cargos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por 10 (dez) anos, a partir da sua publicação.

De acordo com a lei, esse percentual será assegurado sempre que o número de vagas oferecidas no certame público for igual ou superior a 3 (três) vagas. Essa previsão também deverá constar dos editais dos concursos públicos, de forma especificada e correspondente a cada cargo ou emprego.

---

[1] A expressão "pretos e pardos" é a denominação utilizada pela Lei nº 12.990/2014 para designar seus beneficiários.

[2] BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.* Dispõe sobre a reserva de cotas raciais em concursos públicos no âmbito da administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

Para fins de participação no sistema de cotas raciais, poderão concorrer os candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição, conforme quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE3.

Com efeito, o candidato que prestar declaração divergente de suas características fenotípicas quanto à sua raça ou cor, deverá ser eliminado do certame. Por conseguinte, caso tenha sido nomeado, sua admissão ficará sujeita à anulação, após procedimento administrativo em que lhes sejam assegurados os direitos ao contraditório e ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Nota-se que tal problemática se deve a determinação do art. 2º, da Lei nº 12.990/2014, que prevê como critério para concorrer ao sistema de cotas raciais somente a autodeclaração. De acordo com esse dispositivo, basta que o interessado se autodeclare preto ou pardo, no ato da inscrição, para concorrer às cotas raciais.

O problema da autodeclaração está na definição de quem pode ser considerado preto ou pardo no Brasil. Essa linha tênue entre quem é preto ou pardo no país tem despertado diversos questionamentos acerca da temática.

Além dessas dúvidas, a legitimidade e a regulamentação da comissão de verificação da veracidade da autodeclaração vem sendo bastante discutida, vez que a Lei nº 12.990/2014 não prevê e nem obriga a sua instituição para averiguação da veracidade da autodeclaração.

[3] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

Como consequência, o Ministério do Planejamento, Orçamento é Gestão - MPOG editou orientação normativa a fim de disciplinar o assunto. Pelo fato de não ser lei em sentido estrito, muitos defendem que a sua instituição é ilegítima4.

Há ainda os que afirmam que suas decisões criam verdadeiros tribunais raciais de exceção no Brasil. Diante desse cenário de incertezas, o presente trabalho visa analisar a aplicabilidade da Lei de Cotas Raciais como instrumento de inclusão de pretos e pardos no serviço público federal5.

Para tanto, serão abordados os elementos que constituem o sistema de cotas raciais em concursos públicos no tópico 1. No tópico, 2 será tratada a aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014. Por fim, no tópico 3 serão analisadas decisões no âmbito do Poder Judiciário acerca da aplicação da Lei Cotas em Concurso Público.

2 SISTEMA DE COTAS RACIAIS

2.1 Arcabouço legal das cotas raciais

Considerando as diversidades raciais e culturais existentes no Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil possibilitou o surgimento de políticas afirmativas no país, no sentido de consagrar o princípio da igualdade material entre todos sem distinção de qualquer natureza6.

---

[4] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 de novembro de 2018.

[5] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[6] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p.

A partir disso, o Estado Brasileiro adotou a política afirmativa de cotas raciais no ensino superior e no serviço público. Em síntese, o objetivo dessa política afirmativa é reservar determinado percentual de vagas em determinados seguimentos da sociedade, tais como: educação, cargos e empregos públicos a grupos raciais desfavorecidos, com intuito de inseri-los no mercado de trabalho e assim possibilitar o seu desenvolvimento humano.

Com essa responsabilidade, nota-se que o Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem o dever de proporcionar a inclusão de pretos e pardos no mercado de trabalho, uma vez que é seu compromisso promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme determinado no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988 abaixo transcrito:

> [...]
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[7].

Tal determinação está em sintonia com a 2ª Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, conforme se verifica nos termos abaixo:

> [...]
>
> Artigo V

636, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[7] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2019.

> De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:
>
> [...]
>
> d) Outros direitos civis, principalmente,
>
> [...]
>
> v) direito a educação e à formação profissional[8];

No mesmo sentido, destaca-se ainda a Conferência Mundial de Durban realizada pela Organização das Nações Unidas contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância, ocorrida de 31 de agosto e 8 de setembro em Durban, na África do Sul[9].

Dessa forma, vale ressaltar o esforço do governo brasileiro no sentido de se reverter distorções sociais e históricas na sociedade brasileira, uma vez que está se empenhando para reduzir as desigualdades racial e social por meio da implementação de políticas públicas que buscam enaltecer os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana estabelecidos na Constituição Federal.

---

[8] BRASIL. *Decreto n º 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 7 maio 2019.

[9] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Humano. Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negro-em-concursos-publicos/view. Acesso em 1º abr. 2019.

Por fim, feita a indicação do arcabouço legal das cotas raciais, bem como dos motivos que ensejaram a adoção dessa modalidade de política afirmativa no Brasil, passa-se a abordar no item seguinte as cotas raciais.

2.2 Cotas raciais

Considerando que a desigualdade social está intrinsecamente associada à desigualdade racial no Brasil, e que a constituição brasileira tem por objetivos erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, a política de cotas raciais revelou-se como necessária para inclusão de pretos e pardos na educação superior e no serviço público.

Inicialmente, a experiência das cotas raciais no Brasil foi adotada em instituições de ensino superior. O Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a adotar essa modalidade de política afirmativa no país. Para tanto editou as Leis nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000 e 3.708, de 9 de novembro de 2001. Ambas as leis tiveram como objeto a reserva de vagas para integrantes de grupos raciais desfavorecidos[10].

A primeira reservou 50% (cinquenta por centos) das vagas das universidades estaduais para estudantes das redes públicas estaduais e municipais. Já a segunda buscou reservar até 40% (quarenta por cento) das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense - UENF para as populações negra e parda[11].

[10] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[11] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-

Seguindo essas legislações, as universidades do Estado da Bahia e de Brasília adotaram o sistema de cotas raciais. Com efeito, instituiu-se a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR, por meio do Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003, que dispõe sobre ações afirmativas que eliminem qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta e indireta, mediante a geração de oportunidades[12].

Em 2010, essa modalidade de política afirmativa foi estendida aos concursos públicos, por meio da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, conhecida como Estatuto da Igualdade Racial. Segundo o estatuto, o poder público deverá promover ações que resguardem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, incluindo-se medidas de promoção da igualdade racial nas contratações no setor público.

Após a adoção desse sistema por vários estados; a União, em 2014, passou a adotar o sistema de cotas raciais para provimento de cargos e empregos públicos. Com a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, ficam reservadas aos pretos e pardos 20% (vinte por centos) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Por fim, a adoção dessa política afirmativa no Brasil ocasionou grande polêmica acerca de sua constitucionalidade. Até então vinha-se debatendo

665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[12] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

veementemente essa questão. Em 21 de outubro de 2014, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a reserva de cotas raciais na Universidade de Brasília.

Na ocasião, a corte fixou precedente a respeito do tema, segundo o qual as cotas raciais não se mostraram desproporcionais ou irrazoáveis. A decisão considerou também distorções sociais e históricas na sociedade brasileira[13].

Em conformidade com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão semelhante ao julgar a constitucionalidade da Lei de Cotas Raciais no âmbito do serviço público federal. Nesse julgado, considerou-se, entre outros fundamentos, que a lei é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira[14].

Superada a questão acerca da constitucionalidade das cotas raciais, o debate passou a ser sobre quem seriam os verdadeiros beneficiários dessa política de inclusão. A partir dessa indagação, será abordado no decorrer dessa pesquisa alguns pontos que colocam em debate a real efetividade do sistema de cotas raciais no Brasil. A seguir será tratada a questão dos beneficiários dessa política afirmativa.

2.3 Beneficiários das cotas raciais

Conforme mencionado no tópico anterior, o foco de discussão passou a ser acerca dos beneficiários das cotas raciais. Tanto no ensino superior como no serviço público federal o embate se dá em relação à definição dos verdadeiros beneficiários dessa reserva – pretos e pardos - no Brasil.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF N 186-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269432069&ext=.pdf. Acesso em 16 nov. 2018.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade. *ADC nº. 41-DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 8 de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf. Acesso em: 16 nov. 2018.

Nessa linha de pensamento, a contenda aprofundou-se em relação aos critérios adotados pela legislação brasileira para enquadrar determinados indivíduos na categoria beneficiária das cotas raciais.

Para identificá-los recorreu-se, inicialmente, à autodeclaração. Esse era o caminho natural e esperado, já que a autoidentificação é o principal critério utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. De acordo com a metodologia utilizada pelo instituto, a verificação da cor ou raça se dá pela manifestação espontânea do indivíduo, isto é, a autodeclarada[15].

Por está intimamente relacionada ao âmago de cada pessoa, a autodeclaração tem gerado discussões acerca da efetividade do sistema de cotas, vez que o critério da autodeclaração é visto por muito como de extrema subjetividade.

Tal embate intensifica-se em razão do crescente número de tentativas de fraudes ao sistema, noticiadas pela imprensa. Distorções entre a autodeclaração étnica firmada pelo candidato e a classificação feita por outras pessoas têm posto em xeque a efetividade dessa política afirmativa.

Em resposta a tal problemática, instituíram-se as comissões de verificação da veracidade da autodeclaração dos candidatos concorrentes à reserva de cotas no âmbito dos certames públicos.

O principal desafio enfrentado por essas comissões é o enquadramento de um indivíduo em determinada categoria racial em um país reconhecido mundialmente pela sua miscigenação, como é caso do Brasil. Para solucionar esse dilema, recorreu-

[15] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

se aos insitutos da autodeclaração e da heteroidentificação que serão tratados nos próximos itens.

2.4 Critérios de identificação dos beneficiários das cotas raciais

2.4.1 Autodeclaração

Tanto no ensino superior como no serviço público federal, poderão concorrer à reserva de cotas raciais os indivíduos que se autodeclararem pretos ou pardos, conforme quesito cor ou raça utilizado nas pesquisas demográficas do IBGE[16].

De acordo com esse critério, considera-se pertencente a essa categoria aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos. Nota-se que em relação aos candidatos que apresentam características fenotípicas negras, não há qualquer discussão de que estes seriam os verdadeiros beneficiários dessa política de inclusão.

No entanto, o problema existe quando o candidato possui ascendência negra, mas não ostenta características fenotípicas negras: é o caso do candidato que se autodeclara pardo. Essa zona limítrofe entre branco e pardo tem obstaculizado a legitimação desse tipo de política afirmativa no Brasil, pois há casos em que pessoas visivelmente identificáveis com o esteriótipo racial branco se autodeclaram pardas com o intuito de se beneficiarem das cotas raciais[17].

---

[16] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[17] BACKER, Anelise. Cotas raciais: problematicidade prática da definição de seus beneficiários. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 15-48, jan./jun. 2017. p. 17. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/cotas-raciais-problematicidade-pratica-da-definicao-de-seus-beneficiarios. Acesso em: 16 nov. 2018.

Como exemplo dessa adversidade, menciona-se alguns incidentes vivenciados na implantação das cotas raciais na Universidade de Brasília. Em 2014, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado negro, mas a candidata não. Além desse caso, existiram outros que colocaram em discussão a efetividade a política de cotas raciais[18].

Diante dessa problematicidade e visando combater inúmeras tentativas de fraudes na reserva de cotas raciais, instituíram-se as comissões de verificação da veracidade da autodeclaração do candidato concorrente ao sistema de cotas.

Considerado método de classificação racial, a heteroidentificação consiste no enquadramento do candidato na categoria racial preta ou parda, realizado por um terceiro. No item seguinte, será tratada a definição de heteroidentificação.

2.4.2 Heteroidentificação

Conforme mencionado acima, a heteroidentificação surgiu como meio de investigação da autodeclaração do candidato. De acordo com essa metodologia, uma comissão é instituída com o fim de analisar a veracidade da declaração prestada pelo candidato.

Por não está previamente prevista na legislação que rege a reserva de cotas raciais no ensino superior e no serviço público, a adoção desse método tem sofrido inúmeras críticas quanto à sua legitimidade.

[18] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

A possibilidade de revisão da heteroidentificação também figura como ponto a ser debatido, vez que, a cada dia, tem aumentando o número de candidatos que não lograram êxito ao pleitearem a revisão do procedimento que os excluíram do sistema de cotas raciais.

Como resultado disso, a adoção desse critério em conjunto com o da autodeclaração pelas instituições de ensino superior e pela administração pública também tem ensejado questionamentos acerca de qual critério deverá prevalecer, quando houver dúvida em relação ao enquadramento do candidato.

Tal incerteza se deve a ausência de previsão na legislação pertinente à matéria. Visando suprir essa deficiência legislativa, destaca-se o esforço do Poder Executivo no sentido de editar orientações normativas a respeito do tema.

Para evidenciar tal incipiência, ressalta-se que o instituto da heteroidentificação somente foi normatizado no âmbito dos concursos públicos em 1º de agosto de 2016, por meio da Orientação Normativa nº 3 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, porém sem o devido detalhamento[19].

Somente em 6 de abril de 2018, ocorreu a regulamentação detalhada do procedimento da hetoidentificação, por meio da Portaria Normativa nº 4 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG[20].

[19] BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. *Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016*. Dispões sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestado por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27175840_ORIENTACAO_NORMATIVA_N3_DE_1_DE_AGOSTO_DE_2016.aspx. Acesso em 1º abr. 2019.

[20] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Humano. *Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018*. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-

Para compreender os problemas apontados pela heteroidentificação, serão abordados os principais pontos da Lei nº 12.990/2014 e seus respectivos desdobramentos para o entendimento do tema no tópico seguinte. Nessa etapa, será analisado como essa política afirmativa está sendo tratada no âmbito dos certames públicos federais.

3 LEI Nº 12.990/2014: COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO

3.1 Autodeclaração

A autodeclaração prestada por candidatos em concurso público sobre sua etnia é tema polêmico e figura como principal requisito para o candidato concorrer à reserva de cotas raciais. Dessa forma, o indivíduo que se autodeclarar preto ou pardo, no ato da inscrição no concurso público, poderá ser beneficiário dessa reversa. Atendendo, inicialmente, ao que foi estabelecido pelo legislador, os órgãos públicos adotaram-o com exclusividade. Assim determinado:

> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE[21].

Diante dessa determinação, é possível verificar que o problema da delimitação dos destinatários dessa política agrava-se na questão da definição de quem pode ser

complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negro-em-concursos-publicos/view. Acesso em 1º abr. 2019.

[21] BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.* Dispõe sobre a reserva de cotas raciais em concursos públicos no âmbito da administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

considerado pardo no Brasil, vez que a separação entre as categorias parda e branca é de difícil materialização[22].

Tal polêmica se deve ao fato de a população brasileira ser bastante diversificada, fato que dificulta o enquadramento dos indivíduos em grupos étnicos. Outra crítica apontada pela sociedade concentra-se na exclusividade da autodeclaração do candidato, questão esta suscetível a fraudes.

A partir dessas considerações, nota-se que a adoção desse critério mostra-se deficiente, e por esse motivo sofre constantes críticas por parte da sociedade, vez que se constataram inúmeras fraudes em certames públicos, fato que foi amplamente divulgado pela imprensa.

A fim de garantir a efetividade dessa política de inclusão social no serviço público, implementou-se o instituto da comissão de verificação da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos no ato de sua inscrição, conforme será tratado a seguir.

3.2 Comissão verificadora da autodeclaração

A instituição de comissão verificadora em concursos públicos originou-se da implementação das cotas raciais em instituições de ensino superior, em resposta a inúmeras tentativas de fraudes experimenta por essas instituições[23].

[22] BACKER, Anelise. Cotas raciais: problematicidade prática da definição de seus beneficiários. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 15-48, jan./jun. 2017. p. 17. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/cotas-raciais-problematicidade-pratica-da-definicao-de-seus-beneficiarios. Acesso em: 16 nov. 2018.

[23] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-

Resumidamente, as atividades das comissões verificadores em concursos públicos consistem na avaliação da veracidade da declaração racial prestada por candidatos, decidindo se estes pertencem ou não a etnia negra.

Para tanto, a comissão submete o candidato à entrevista pessoal, ocasião em que haverá, principalmente, a análise das características fenotípicas do candidato, além da exigência de documentos comprobatório acerca da sua condição racial.

A questão do enquadramento do indivíduo nas diferentes categorias étnicas é fruto da diversificação racial do país; e, por essa razão, necessita da complementação de outros meios de investigação da raça[24].

Devido à necessidade de se combater constates fraudes no sistema de cotas raciais em concursos públicos, a administração pública federal adotou a instituição de comissões de verificação da veracidade das informações prestadas pelos candidatos participantes desse sistema.

Sem previsão na Lei de Cotas, a instituição dessa comissão vem recebendo críticas da sociedade brasileira, questão esta que se reflete, cada vez mais, no Poder Judiciário. Apesar da divergência em relação a sua legitimidade, há tribunais que entendem ser legítima a sua instituição, uma vez que consiste em critério complementar à autodeclaração de candidatos cotistas.

Com intuito de regulamentar a instituição de comissão verificadora da autodeclaração em concursos públicos, o Ministério do Planejamento, Orçamento e

665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

[24] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

Gestão – MPOG editou, em 1º de agosto de 2016, orientação normativa acerca do tema, assim definida:

> Art. 1º Estabelecer orientação para aferição da veracidade da informação prestada por candidatos negros, que se declararem pretos ou pardos, para fins do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.990, de 2014[25].

De acordo com essa orientação, há a obrigatoriedade de os editais, no âmbito federal, preverem e detalharem os métodos de verificação da veracidade da autodeclaração, bem como a criação de uma comissão designada para tal finalidade.

Além disso, a orientação normativa destaca que a decisão da comissão verificadora em relação à etnia do candidato não deverá prevalecer no caso de dúvida insanável sobre a sua etnia. Nesses casos, deverá prevalecer o critério da autodeclaração do candidato, uma vez que a autodeclaração é considerada neste caso, como rainha das provas[26].

Sem o devido detalhamento, em 6 de abril de 2018, essa orientação normativa foi revogada pela Portaria Normativa nº 4 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, nos termos seguintes:

> Art.1º Esta Portaria Normativa disciplina o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, a ser previsto nos editais de abertura de concursos públicos para provimento de cargos públicos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional,

[25] BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016*. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27175840_ORIENTACAO_NORMATIVA_N_3_DE_1_DE_AGOSTO_DE_2016.aspx. Acesso em: 1 abr. 2019.

[26] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

> para fins de preenchimento das vagas reservadas, previstas na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.
>
> [...]
>
> Art. 18. Fica revogada a Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016, da Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[27].

Essa portaria representa importante avanço acerca do tema, tendo em vista que regulamentou pontos não abordados pela Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016[28].

A previsão expressa de exclusividade de utilização do critério fenotípico para o procedimento da heteroidentificação, pela Portaria Normativa nº 4, propicia a análise da comissão verificadora da autodeclaração do aspirante a reserva de vagas.

Outro ponto de destaque dessa portaria é a desconsideração de quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagens e certidões referentes à confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais para a classificação do candidato.

---

[27] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Humano. *Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018*. Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view. Acesso em: 1º abr. 2019.

[28] BRASIL. Ministerio do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016*. Dispõe sobre as regras de aferição da veracidade da auodeclaração prestado por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27175840_ORIENTACAO_NORMATIVA_N_3_DE_1_DE_AGOSTO_DE_2016.aspx. Acesso em 1º abr. 2019.

Tal imposição põe fim a discussão da possibilidade de aproveitamento da heteroidentificação para fins de habilitação em outros concursos públicos, significando que a análise da comissão avaliadora não está vinculada a decisões anteriores de outras bancas.

A determinação de que a autodeclaração do candidato goza de presunção relativa de veracidade, e que sua confirmação está sujeita a procedimento de heteroidentificação pela portaria, encerra a discussão acerca da validade do instituto da heteroidentificação em concursos públicos.

Feitas essas considerações, destaca-se que a Lei nº 12.990/2014 prevê consequências jurídicas para as hipóteses em que a autodeclaração, notadamente, diverge do que foi constado pela comissão, isto é, nos casos em que o candidato presta declaração falsa sobre a sua etnia para se beneficiar do instituto das cotas raciais. No tópico seguinte, será tratado o tema.

3.3 Efeitos jurídicos da autodeclaração falsa

Os efeitos jurídicos consistem nas implicações legais acarretadas pela autodeclaração falsa do candidato que se inscreveu pelo sistema de cotas raciais em concursos públicos. O parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 12.990/2014 é o dispositivo legal que estabelece as consequências a que estão sujeitos os candidatos, assim, preceituando:

> Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido

> nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis[29].

Por ser considerada exercício de função administrativa de cada órgão da Administração Pública Federal, a admissão de empregados e servidores públicos sujeita-se às regras do regime-jurídico-administrativo de direito público brasileiro.

Desse modo, é dever do órgão contratante verificar a veracidade da autodeclaração prestada por candidato e, em caso de fraude, aplicar as sanções previstas na Lei nº 12.990/2014. De acordo com essa lei, no caso de constatação de declaração falsa prestada por candidato, este será eliminado do certame.

Se houver sido admitido no emprego ou cargo público, o ato de sua admissão ficará sujeito à anulação, sempre após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, quando a comissão verificadora constatar a falsidade da autodeclaração do candidato, este será eliminado do certame público. Vale ressaltar que, antes de sua eliminação, o candidato poderá interpor recurso perante a banca verificadora, a fim de questionar decisão acerca de sua etnia[30].

No caso de não obter decisão favorável, mesmo após apresentar recurso perante a banca, o candidato poderá ainda recorrer ao Poder Judiciário para que lhe

[29] BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.* Dispõe sobre a reserva de cotas raciais em concursos públicos no âmbito da administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[30] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

seja assegurado o direito de concorrer à reserva de cotas raciais em concursos público.

Os efeitos da autodeclaração falsa não cessam no âmbito administrativo, conforme pode ser verificado pela parte final do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 12.990/2014, *in verbis*:

> [...]
>
> Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis[31].

Segundo esse dispositivo, o candidato que presta informações falsas estará sujeito a outras sanções cabíveis, sem prejuízo das sanções acima mencionadas. A partir da expressão "sem prejuízo de outras sanções cabíveis", pode-se afirmar que é possível a responsabilização do candidato que presta declaração fraudulenta em concurso público, no âmbito penal.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, pratica o crime de falsidade ideológica quem presta declaração falsa em documento público ou particular. Assim definido:

> Falsidade ideológica
>
> Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com

[31] BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.* Dispõe sobre a reserva de cotas raciais em concursos públicos no âmbito da administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

> o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular[32].

Acerca da possibilidade de responsabilização penal do candidato deve-se ter muito cuidado ao aplicar o parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 12.990/2014, pois este dispositivo não diferencia os candidatos que agiram de má-fé dos que agiram de boa-fé.

Tal diferenciação se faz necessária em razão de distorções entre a declaração prestada pelo candidato e ao que foi constatado pela comissão de verificação de veracidade da autodeclaração.

Esse dever de cuidado, na hora de se determinar quem está agindo de má-fé ou boa-fé, deve-se ao fato de o Código Penal Brasileiro prevê apenas a modalidade dolosa para o crime de falsidade ideológica.

No ilícito de falsidade ideológica é necessário que o agente queira prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Ausentes tais finalidades, o fato seria atípico[33].

Dessa forma, quem se autodeclarar preto ou pardo, acreditando que assim o é, não praticaria o crime de falsidade ideológica, uma vez que o Código Penal Brasileiro é silente em relação à modalidade culposa.

---

[32] BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 1º abr. 2019.

[33] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado:* parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676.

Já aquele que se declara preto ou pardo, com o fim específico de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante praticaria o ilícito de falsidade ideológica.

Tal entendimento se deve a redação do parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 12.990/2014, visto que a aplicação desse dispositivo abrange, como consequência penal, apenas a modalidade dolosa[34].

Diante disso, mais uma vez, a questão da definição de quem é considerado preto ou pardo no Brasil mostra-se polêmica e problemática. Determinar quem é preto ou pardo, assim como quem agiu de boa ou má-fé, quando prestou declaração em concursos públicos acerca de sua condição racial, continua sendo um desafio para a efetividade da Lei nº 12.990/2014.

Além dos efeitos jurídicos nas esferas administrativa e penal, a declaração falsa prestada por candidatos em concursos públicos sobre sua condição racial, pode também apresentar efeitos na órbita civil.

Dessa forma o candidato que prestar declaração falsa para concorrer à reserva de cotas raciais em concurso público estará praticando ato ilícito, uma vez que tal conduta é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Esse entendimento está amparado pelo art. 186 do Código Civil Brasileiro. De acordo com esse dispositivo, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência

[34] SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan. 2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito[35].

A partir desse dispositivo, pode-se extrair quartos elementos da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima[36].

Elementos estes que estão presentes quando há prestação de informação falsa pelo candidato, sobre a sua raça, para concorrer pelo sistema de cotas raciais. Assim, aquele que se autodeclarar preto ou pardo, com o intuito de concorrer pelo sistema de cotas, sem que de fato pertença a esse grupo racial, estará praticando uma ação dolosa, que causa dano aos demais candidatos e a própria administração, sujeitando-o, portanto, a reparação civil pela prática de seu ato.

Visando coibir a prática de atos fraudulentos, são notórios casos de candidatos excluídos do sistema de cotas raciais, por não atenderem os quesitos determinados na Lei de Cotas, que ingressam com ações judiciais.

No tópico seguinte, serão tratadas questões relevantes para o entendimento da aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014 como instrumento de inserção racial de pretos e pardo no serviço público federal.

4 JUDICIALIZAÇÃO DAS COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO

Conforme já mencionado nos tópicos acima, o critério adotado pelo legislador brasileiro mostra-se insuficiente para a efetividade da política de inclusão

[35] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 1º de abr. 2019.
[36] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 51.

de pretos e pardos no serviço público, e tem acarretado insegurança jurídica na contratação de empregados e servidores públicos.

Tais fatos se comprovam com a crescente judicialização da questão. A partir da falta de objetividade do critério da autodeclaração, os candidatos que se autodeclararam pretos ou pardos para concorrer ao sistema de cotas raciais em concursos públicos, e após se submeterem a investigação da veracidade da autodeclaração tiveram esse direito negado.

Apesar de se tratar, inicialmente, de uma questão administrativa; a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, assegura o direito de o Poder Judiciário realizar o controle de legalidade dos atos praticados pela administração pública.

Essa garantia, somada ao direito de impetrar mandado de segurança, conforme previsto na Constituição Federal, têm se tornado realidade; tendo em vista que é crescente os casos de ajuizamento de mandados de segurança, com pedido liminar, a fim de garantir a participação de candidatos reprovados na avaliação da veracidade da autodeclaração. Esse remédio constitucional encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXIX, assim demonstrado:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de

> poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público[37];

A reprovação do candidato pela comissão verificadora por destoar da declaração firmada pelo candidato assegura a este o direito de impetrar mandado de segurança para proteger, a princípio, o seu direito a concorrer à reserva de cotas raciais.

Além disso, vale ressaltar que o exercício desse direito está regulamentado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. De acordo com esse dispositivo legal, existe a possibilidade de concessão de pedido liminar no caso de violação de direito líquido e certo do candidato que se inscreveu pela reversa de cotas raciais em concursos públicos, conforme preceituado em seu art. 7º, inciso III, abaixo mencionado:

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
>
> III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigindo impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica[38].

Por se tratar de uma garantia que os candidatos possuem, verifica-se que muitos deles vêm buscando o exercício desse direito judicialmente, conforme será demonstrado a seguir. Nessa etapa, será abordado alguns julgados com fim de retratar a aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014 como instrumento de inclusão de pretos e pardos no serviço público federal.

---

[37] BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

[38] BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

4.1 Recurso em Mandado de Segurança n° 54.907 - DF (2017/0190530-7)

O caso versa sobre a reserva de cotas raciais para o cargo de Oficial de Justiça no concurso público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Na ação, o candidato pleiteia o direito de concorrer à reserva de cotas raciais conforme previsto em edital.

Para tanto, o candidato, no ato da inscrição, declarou-se pertencente ao grupo racial preto e pardo, de modo a cumprir o único requisito exigido pelo edital. Embora este instrumento previsse a possiblidade de comprovação da autodeclaração nenhuma referência foi feita quanto à sua forma e ao momento em que esta comissão verificaria a veracidade da declaração do candidato.

Dessa forma, passada a realização das provas objetiva e discursiva, bem como a publicação do resultado do concurso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não poderia ter submetido os candidatos cotistas a procedimento não regulamentado inicialmente.

A posterior implementação de fase com tal finalidade, ou seja, com o certame já em andamento, violou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório; e ensejou o ajuizamento do presente mandado de segurança.

Esse foi o cenário fático-jurídico que motivou o manejo da mencionada ação processual pelo candidato, uma vez que este não obteve o enquadramento necessário no rol dos beneficiários dessa política afirmativa pela comissão avaliadora do certame, sendo excluído da lista de aprovados concorrentes ao sistema de cotas.

Diante desses fatos, o caso mostra-se pertinente para a análise da aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014 como instrumento de inclusão de pretos e

pardos no serviço público federal porque põe novamente em discussão a definição de quem são os verdadeiros legitimados dessa reserva racial.

Examinando o fenômeno acima descrito, conclui-se que a aplicação da Lei de Cotas Raciais em Concurso Público deve considerar vários elementos que não seja tão somente a autodeclaração do candidato e a sua confirmação pela comissão de verificação.

Desse modo, o Judiciário também deverá observar se a forma de enquadramento do candidato seguiu os critérios previstos em edital, bem como se aquele foi feito no momento certo, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS PARA CANDIDATOS NEGROS. AUTODECLARAÇÃO. ÚNICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA PARA AFERIÇÃO DO FENÓTIPO SEM PREVISÃO NO EDITAL DE ABERTURA. FALTA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios da vinculação ao edital, da legítima confiança do administrado e da segurança jurídica. 2. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe o respeito às regras previamente estipuladas, as quais não podem ser modificadas com o certame já em andamento. 3. O Edital nº 01/2015 - TJDF, que tornou pública a abertura do concurso público destinado ao provimento de cargos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, estabeleceu, como critério único para a disputa de vagas reservadas para negros, a autodeclaração do candidato, à qual foi atribuída presunção de veracidade (item 6.2.3), em

conformidade, aliás, com o disposto no art. 5º, § 2º, da Resolução CNJ nº 203/2015. 4. Embora o item 6.2.4 do edital originário previsse a possibilidade de se comprovar a falsidade da autodeclaração, nenhuma referência o acompanhou quanto à forma e ao momento em que a Comissão de Concurso poderia chegar a essa constatação. Daí que a posterior implementação de uma fase específica para tal finalidade, não prevista no edital inaugural e com o certame já em andamento, não se revestiu da necessária higidez jurídica, não se podendo, na seara dos concursos públicos, atribuir validade a cláusula editalícia supostamente implícita, quando seu conteúdo possa operar em desfavor do candidato. 5. Nesse contexto, não era lícito à Administração Pública, após a aprovação dos candidatos nas provas objetiva e discursiva, introduzir inovação nas regras originais do certame (no caso concreto, por intermédio do Edital nº 15/2016) para sujeitar os concorrentes a "entrevista" por comissão específica, com o propósito de aferir a pertinência da condição de negros, por eles assim declarada ao momento Documento: 1657424 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 18/04/2018 Página 1 de 8 Superior Tribunal de Justiça da inscrição no concurso. À conta dessa conduta, restou afrontado pela Administração, dentre outros, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Precedente desta Corte em caso assemelhado: AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 31/05/2017. 6. Recurso ordinário provido para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando-se a reinserção do nome do recorrente na lista dos candidatos que concorreram às vagas destinadas ao provimento por cota racial, respeitada sua classificação em função das notas que obteve no certame[39].

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). Recurso em Mandado de Segurança. *RMS nº. 54.907-DF*. 1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios jurídica [...]. Recorrente: Ricardo Rodrigues da Silva. Recorrido: União. Relator: Ministro Sérgio Kunkina. Brasília, 5 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1657424&num_registro=201701905307&data=20180418&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2019.

No caso em análise, o Superior Tribunal de Justiça determinou a reinserção do nome do candidato reprovado no procedimento da hetoroidentificação na lista de aprovados pelo sistema de cotas, por entender que a administração não poderia ter modificado as regras do edital com o concurso em andamento.

Por fim, destaca-se que União ingressou com recurso extraordinário, o qual foi admitido pelo Ministro Humberto Martins, e remetido ao Supremo Tribunal Federal[40].

Em 29 de agosto de 2018, a Suprema Corte negou seguimento ao extraordinário entendendo que não houve ofensa a preceito da Constituição da República[41].

A partir disso, constata-se que o critério da autodeclaração não é suficiente por si só para pôr em prática a materialização dessa política de inclusão social de pretos e pardos no serviço público federal; sendo, portanto, necessário analisar outros critérios para dar aplicabilidade à Lei n º 12.990/2014.

4.2 Recurso em Mandado de Segurança nº 59.191 - SP (2018/0267859-0)

A presente ação versa acerca da questão da reserva de cotas raciais para o cargo de Assistente Social no concurso público do Tribunal de Justiça do Estado de

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no Recurso em Mandado de Segurança. *RE no RMS nº. 54.907-DF.* Decisão Monocrática. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 1º de agosto de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85553541&num_registro=201701905307&data=20180806&formato=PDF. Acesso em: 23 de mar. 2019.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº. 1.154.027-DF*. Decisão Monocrática. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 29 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315171588&ext=.pdf. Acesso em 23 de mar. 2019.

São Paulo. Nesse evento, a candidata discute a legalidade de sua exclusão do certame, por não atender aos requisitos exigidos no edital para participar do sistema de cotas raciais.

Na ocasião, sustenta que os critérios considerados pela comissão de avaliação da veracidade da autodeclaração foram inadequados, vez que aquela baseou-se tão somente no critério fenótipo da declarante para não classificá-la no rol de beneficiários da Lei n º 12.990/2014.

Destaca-se que o edital do concurso previa a instituição de comissão verificadora, e como ocorreria a forma de enquadramento racial dos candidatos. Após ser aprovada na prova objetiva para o cargo de assistente social, a candidata foi submetida a entrevista pessoal para comprovação de sua autodeclaracão.

Nessa oportunidade, a aspirante informou que compareceu na data designada portando documentos comprovatórios de seus ascendentes de origem afrodescendentes, mas que não lhe foi permitido apresentá-los.

Em relato, a candidata declara que, após identificar-se, uma das integrantes da comissão indagou porque ela se declarava preta ou parda, oportunidade em que respondeu que se autodeclarava pessoa parda.

Ponderou que essa foi a única pergunta feita, que nada foi indagado acerca de seu parentesco e ascendência. Em seguida, comunicaram-lhe que não havia sido enquadrada na condição de preto e pardo, orientando-a ingressar com recurso.

Passados esses fatos, a candidata manejou mandado de segurança contra ato praticado pelo Presidente da Comissão de Concurso, sustentando que os requisitos

de cor ou raça utilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE não foram observados.

Por fim, somado a esses argumentos, a candidata afirmou que a comissão falhou na preparação do edital, bem como na aplicação de suas regras, que buscou outras formas para justificar a decisão que recusou o seu enquadramento na categoria de pretos e pardos.

A partir desses fatos, nota-se que a situação retratada acima é imprescindível para a análise da aplicabilidade da Lei de Cotas como instrumento de inserção de pretos e pardos no serviço público federal, vez que discute definições tratadas pela Lei nº 12.990/2014.

Nesse sentido, destaca-se os seguintes pontos: o não enquadramento da candidata na condição de preta ou parda pela comissão do concurso, bem como se houve ou não o cumprimento das regras estabelecidas no edital.

No caso em estudo, o Poder Judiciário entendeu que os critérios de verificação de cor e raça foram devidamente definidos em edital, não havendo quaisquer definições subjetivas ou desconhecidas por parte da comissão.

Para alcançar essa compreensão, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o edital constitui-se como lei interna que obriga candidatos e ente federativo contratante, em razão dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade.

No que se refere à utilização de critérios de classificação racial, o entendimento consolidado é no sentido de que é legítima a combinação dos critérios da autodeclaração e da heteroidentificacão no âmbito de aplicação da Lei nº 12.990/2014, conforme se verifica na decisão monocrática da Ministra Assusete

Magalhães, relatora da presente ação no Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> [...]
>
> O STF, portanto, entendeu ser legítimo o sistema misto de identificação, no qual o enquadramento do candidato como negro (preto ou pardo), não é feito exclusivamente com base na autodeclaração, devendo essa ser posteriormente analisada por um comitê ou por uma comissão, previamente designada para tal fim[42].

Na decisão, a Ministra destaca ainda que os questionamentos em relação aos critérios estabelecidos no campo genótipo ou fenótipo não podem ser discutidos em via mandamental por exigirem dilação probatória, sendo necessário que a impetrante utilize a via ordinária para discuti-los, conforme se verifica nos termos abaixo:

> [...]
>
> Ademais, quaisquer questionamentos quanto aos critérios estabelecidos no campo genótipo ou fenótipo não podem ser feitas na via mandamental, por exigirem dilação probatória.[43]

Em consulta processual no site do Superior Tribunal de Justiça, consta a protocolização de petição de agravo ainda pendente de julgamento.

Diante disse, conclui-se que a interpretação da Lei de Cotas está além da análise da autodeclarção; devendo-se, portanto, observar outros pontos para a sua aplicabilidade. No caso em estudo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a via

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS nº. 59.191-SP*. Decisão Monocrática. Relatora: Assusete Magalhães. Brasília, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90770153&num_registro=201802859714&data=20181213&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2019.

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS nº. 59.191-SP*. Decisão Monocrática. Relatora: Assusete Magalhães. Brasília, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90770153&num_registro=201802859714&data=20181213&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2019.

mandamental não é a adequada para discutir os critérios estabelecidos no campo genótipo ou fenótipo, negando o recurso da candidata.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por finalidade analisar a aplicabilidade da Lei nº 12.990/2014 como instrumento de inclusão de pretos e pardos no serviço público federal. A partir desse estudo, verificou-se que essa modalidade de política afirmativa possui vários fatores que colocam em xeque a sua efetividade.

Tal conclusão se deve à adoção da autodeclaração como critério de participação do sistema de cotas raciais em concurso público. Além disso, constatou-se que esse método de classificação racial apresenta várias implicações, vez que a autodeclaração falsa pode acarretar efeitos jurídicos nas esferas administrativa, penal e civil.

Nesse sentido, a responsabilização do indivíduo nas esferas administrativa, penal e civil, apresentam-se como questões reflexas à questão da problemática da autodeclaração, que também merecem ser observadas e debatidas diante de sua repercussão em direitos e liberdade individuais dos administrados.

A partir dessas implicações, reforça-se a necessidade e a importância da adoção de critérios complementares à autodeclaração, como por exemplo, a obrigatoriedade de instituição de comissão de verificação da veracidade da autodeclaração.

Notou-se, ainda, que a adoção desse critério também tem ensejado inúmeras ações judiciais no Brasil. Com base nisso, verifica- se que a questão é tão complexa,

ao ponto de abalar a segurança jurídica das relações entre administrados e administração.

Essa inferência se deve à necessidade de se debater outros pontos essenciais à aplicabilidade da Lei de Cotas Raciais em Concurso Públicos, tais como: a previsão em edital de comissão de verificação da autodeclaração, das regras de classificação racial, bem como o momento em que os candidatos serão submetidos à heteroidentifição pelo Judiciário.

Destaca-se ainda o esforço da administração pública no sentido de reduzir as desigualdades racial e social no Brasil, uma vez que se empenhou em editar normas complementares norteadoras para a aplicação da Lei nº 12.990/2014.

Como contribuição acadêmica, este estudo pode servir de base para a implementação de uma política similar de inclusão de pretos e pardos nas contratações privada, desde que respeitadas suas particularidades.

Por fim, sugere-se a prorrogação da Lei de Cotas Raciais em Concurso Públicos por mais 10 (dez), tendo em vista que essa política foi afetada pelo ajuste fiscal ocorrido nos últimos anos, e com isso houve a diminuição das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

BACKER, Anelise. Cotas raciais: problematicidade prática da definição de seus beneficiários. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 15-48, jan./jun. 2017. p. 17. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/cotas-raciais-problematicidade-pratica-da-definicao-de-seus-beneficiarios. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 7 maio 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm. Acesso em: 6 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.* Dispõe sobre a reserva de cotas raciais em concursos públicos no âmbito da administração pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Humano. *Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018.* Regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/biblioteca/igualdade-racial/portaria-normativa-no-4-2018-regulamenta-o-procedimento-de-heteroidentificacao-complementar-a-autodeclaracao-dos-candidatos-negros-em-concursos-publicos/view. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Orientação Normativa SEGRT/MP nº 3, de 1º de agosto de 2016*. Dispõe sobre regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros para fins do disposto na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27175840_ORIENTACAO_NORMATIVA_N_3_DE_1_DE_AGOSTO_DE_2016.aspx. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). Recurso em Mandado de Segurança. *RMS nº. 54.907-DF*. 1. Em se cuidando de disputa de cargos públicos reservados pelo critério da cota racial, ainda que válida a utilização de parâmetros outros que não a tão só autodeclaração do candidato, há de se garantir, no correspondente processo seletivo, a observância dos princípios jurídica [...]. Recorrente: Ricardo Rodrigues da Silva. Recorrido: União. Relator: Ministro Sérgio Kunkina. Brasília, 5 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1657424&num_registro=201701905307&data=20180418&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. *RMS nº 59.191-SP*. Decisão Monocrática. Relatora: Assusete Magalhães. Brasília, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90770153&num_registro=201802859714&data=20181213&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no Recurso em Mandado de Segurança. *RE no RMS nº. 54.907-DF*. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 1º de agosto de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85553541&num_registro=201701905307&data=20180806&formato=PDF. Acesso em: 23 de mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade. *ADC nº. 41-DF.* Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 8 de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF nº. 186-DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 1.154.027-DF*. Decisão Monocrática. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 29 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315171588&ext=.pdf. Acesso em 23 de mar. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 51.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado:* parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676.

SADDY, André; SANTANA, Stephan Bertollo. A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 633-665, out. 2016/jan.2017, p. 641. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1460/1193. Acesso em: 16 nov. 2018.

A CULTURA DO MEDO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ana Rita da Costa Pinto

RESUMO

O presente artigo busca investigar a influência da cultura do medo, no contexto social do Rio de Janeiro, como um instrumento de legitimação da intervenção federal na segurança pública do estado, instituída pelo Decreto nº 9.288/2018, e que vigorou entre fevereiro e dezembro de 2018. Para tanto, apresenta algumas peculiaridades da intervenção ocorrida no Rio de Janeiro, em contraponto com as hipóteses arroladas na Constituição Federal de 1988, além de discorrer sobre o modo como a cultura do medo permeia o imaginário da sociedade brasileira, explicitando e analisando os discursos de páginas e manchetes dos principais conteúdos midiáticos do país à época do feito. Adiante, abre-se espaço para a abordagem do conteúdo do "Plano Estratégico da Intervenção Federal na Área da Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro", documento oficial publicado pelo Governo Federal, para, na sequência, apresentar os principais resultados da intervenção, que reforçam a ineficiência da atuação repressiva do aparato policial e militar estatal. A ampliação das possibilidades da cidadania, com o fortalecimento da sociedade civil, é apresentada como uma medida mais do que necessária para uma efetiva reação às complexas causas de violência social.

Palavras-chave: Cultura do medo. Violência. Intervenção Federal. Segurança Pública. Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Em 16 de fevereiro de 2018, foi publicado, em edição extra do Diário Oficial da União, o Decreto nº 9.288, estabelecendo uma intervenção federal na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2018a).

A edição do Decreto deu-se com amparo no inciso III do art. 34 da Constituição Federal de 1988[1] (BRASIL, 1988), obedecendo-se rigorosamente o rito previsto.

A violência consistiu na justificativa preponderante para a adoção da medida. Vale lembrar que o Decreto foi publicado em fevereiro, na sexta-feira subsequente ao término das festividades do carnaval no Rio[2]. Na referida semana, as televisões dos brasileiros foram bombardeadas de notícias destacando cenas de roubo em massa na orla, saques a supermercados, declarações de falhas de planejamento por parte do próprio Governador do Estado e a ausência e o silêncio do Prefeito da cidade, em viagem ao exterior (G1 Rio, 2018). A percepção do público foi diferente, e a sensação de insegurança, já há muito presente entre os habitantes daquela Unidade Federativa, contribuiu para um contexto favorável para justificar a intervenção.

O objetivo deste artigo consiste justamente em investigar a influência do fenômeno da cultura do medo no contexto social do Rio de Janeiro como um instrumento de legitimação da intervenção federal na segurança pública do Estado.

Justifica-se a busca pela investigação desse fenômeno, no presente artigo, em virtude da seguinte constatação: os índices de violência no Rio em nada se

[1] Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
[...]
III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; [...]

[2] Em 2018, o carnaval ocorreu no dia 13 de fevereiro, uma terça-feira (lembrando que as festividades iniciaram-se no final de semana anterior, estendendo-se, pelo menos, até a manhã da quarta-feira de cinzas, dia 14).

diferenciam das demais Unidades da Federação: em verdade, são, inclusive, menores do que muitas outras. Foi o que se demonstrou no primeiro relatório emitido pelo Observatório da Intervenção (2018, p. 10), do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Candido Mendes, que trouxe à baila dados inéditos sobre os desdobramentos, impactos e violações de direitos advindos da intervenção em seus dois primeiros meses de vigência. Quatro meses à frente, publicou-se novo relatório, com elementos ainda mais realistas em relação ao desempenho da intervenção em seus então seis meses de existência.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018 (FBSP, 2018, p. 15), no Rio de Janeiro, o número de homicídios dolosos – importante mecanismo de mensuração da violência, dada a sua inequívoca gravidade e seus altos índices de notificação –, situou-se aquém do registrado em diversos outros estados em 2017, tais como Ceará, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Alagoas, Pará, Espírito Santo e Goiás. O Rio posicionou-se em 8º lugar no *ranking* dos 13 estados com melhor qualidade dos registros estatísticos oficiais, com uma taxa de 32,0 homicídios por 100 mil habitantes, frente às respectivas taxas de 55,9, 54,2 e 50,4 dos três primeiros estados citados anteriormente.

Nesse sentido, a análise perpassará por discussões sobre a cultura do medo e o seu grande paradoxo – desvia-se a atenção do cidadão para os seus reais problemas e dissemina-se a sensação geral de insegurança –, e a influência da mídia na criação de um imaginário social marcado por uma hegemonia cultural, que auxilia no convencimento de que a intervenção em nome da ordem (sob a forma de poderoso aparato policial/militar repressivo do Estado) é o preço a se pagar pela própria segurança.

No primeiro tópico deste artigo, aborda-se cada um dos sete incisos do art. 34 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê as hipóteses taxativamente arroladas para a adoção da intervenção enquanto medida extrema. Ademais, são apresentadas algumas peculiaridades da intervenção federal no Rio de Janeiro, buscando despertar uma reflexão sobre a sua imprescindibilidade.

No segundo tópico, para que seja possível clarear a ideia de como a cultura do medo permeia o imaginário da sociedade brasileira, particularmente no Rio de Janeiro, as páginas e manchetes com os principais conteúdos midiáticos do país à época do feito têm seus discursos analisados.

Ao deparar-se com os títulos e os respectivos conteúdos das chamadas de revistas e jornais, permitir-se-á ao leitor uma efetiva contextualização do cenário social, político e econômico no Rio de Janeiro. Ademais, umas das teses mais importantes da pesquisa será efetivamente analisada: a influência midiática na propagação da cultura do medo na sociedade, recorrendo-se a referências importantes da sociologia[3].

No terceiro tópico, são abordadas as justificativas oficiais para a edição do Decreto nº 9.288/2018, consubstanciadas no documento intitulado "Plano Estratégico da Intervenção Federal na Segurança Pública no Estado do Rio de Janeiro". Paralelamente, inicia-se a discussão dos dados estatísticos sobre a violência no Rio de Janeiro, permitida por meio dos levantamentos realizados pelo Observatório da Intervenção, do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Candido Mendes. Ainda nessa sessão, verifica-se como inevitável a pormenorização do recorte de raça e de classe social evidenciados a

[3] Pierre Bourdieu, Patrick Champagne, Débora Regina Pastana, Vera Malaguti Batista, além do experiente pesquisador francês das ciências da linguagem, Patrick Charaudeau.

partir da intervenção, cujas operações militares concentraram-se essencialmente em bairros periféricos do Rio de Janeiro, em sua maioria comunidades pobres onde predomina a população negra.

Os pontos acima ensejam a exploração analítica de problemas jurídicos presumivelmente esperados quando condutas repressoras e tendencialmente autoritárias ganham corpo em uma sociedade alijada culturalmente e anestesiada pelos conteúdos midiáticos utilizados como instrumentos de uma opressão simbólica: o enfraquecimento dos ideais democráticos, ou mesmo sua suspensão, a estigmatização de determinados grupos sociais e a severidade de leis e práticas punitivas (PASTANA, 2003, p. 17). Essa crítica permeará o conteúdo do último tópico deste trabalho.

Uma formação acadêmica em Direito deve perpassar pela análise crítica do meio em que se está inserido, com a contribuição para a elucidação de problemas sociais ou, ao menos, sua mitigação. Nesse sentido, não é pretensão deste estudo trazer a solução para a violência no Rio de Janeiro ou no resto do país. Mas assume-se o intuito de colaborar positivamente junto às já existentes reflexões sobre o tema, mormente na atual conjuntura de retrocessos e conservadorismos que legitimam decisões com forte cobertura midiática, mas de rasos efeitos positivos e concretos.

1 ALGUNS BREVES ESCLARECIMENTOS SOBRE A INTERVENÇÃO FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

O federalismo, para Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 806), consiste em uma forma de Estado

> [...] em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais,

> consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.

Sabidamente, essa forma de Estado Federal repousa sobre um delicado equilíbrio de forças, para cuja manutenção a técnica constitucional desenvolveu mecanismos diversos, que variam desde a solução das divergências internas de forma harmônica, até a medida mais extrema, consistente na intervenção do poder central nos entes federados, com o intuito de preservar esta forma de organização e de distribuição do poder estatal (LEWANDOWSKI, 1994, p. 34).

Em esclarecimento, Fávila Ribeiro (1960, apud LEWANDOWSKI, 1994, p. 35, sem grifos no original) tece considerações com as quais muito se assemelham as justificativas emitidas pelo Governo Federal para a expedição do Decreto nº 9.288/2018:

> [...] podem os Estados particulares, por ação ou por omissão, ou mesmo por causas exógenas que isoladamente são importantes para debelar, comprometer a soberania do Estado Federal, cabendo a este, pelos seus órgãos constitucionalmente designados, utilizar a vis compulsiva para que não se fragmente a unidade nacional com as manifestações desagregadoras e destorcidas, para evitar que a União repouse sobre pés de barro.

Evidenciado o caráter excepcional do instituto da intervenção, convém, agora, trazer as hipóteses taxativamente arroladas no texto da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) para a adoção da intervenção enquanto medida extrema:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> I - manter a integridade nacional;
>
> II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

> III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
>
> IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
>
> V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
>
> a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
>
> b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
>
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
>
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
>
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
>
> b) direitos da pessoa humana;
>
> c) autonomia municipal;
>
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
>
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Para Branco (2014, p. 807), o primeiro inciso atende ao propósito de conferir eficácia à proclamação prevista no art. 1º da Constituição Cidadã de que a união dos Estados é indissolúvel[4].

Já no tocante ao segundo inciso, Enrique Ricardo Lewandowski (1994, p. 90-91) justifica a intervenção para repelir invasão estrangeira com a seguinte análise:

[4] Art. 1º da CF: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]" (BRASIL, 1988)

> [...] porque a defesa do território nacional interessa à União, ou seja, ao conjunto de todos os entes federados, e porque, cada qual, isoladamente, não teria condições de repelir a agressão com os seus próprios meios, fazendo-se mister, como regra, o acionamento das forças armadas nacionais.

A segunda parte do referido inciso também é explanada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal como tendo a finalidade de impedir que "alguma unidade da Federação obtenha ganhos territoriais em detrimento da outra, ou imponha a sua vontade" (LEWANDOWSKI, 1994, p. 92).

Quanto ao inciso III, amparo jurídico da intervenção federal no Rio de Janeiro, Branco (2014, p. 808) defende ser suficiente, para a intervenção,

> [...] que um quadro de transtorno da vida social, violento e de proporções dilatadas, se instale duradouramente, e que o Estado-membro não queira ou não consiga enfrentá-lo de forma eficaz, para que se tenha o pressuposto da intervenção.

Lewandowski (1994, p. 93) complementa a explicação sobre o referido inciso afirmando tratar-se a ordem pública "[...] da paz e da tranquilidade no meio social, usufruídas ao abrigo da ordem jurídica assegurada pelo Estado".

Na sequência, Branco (2014, p. 808), ao pontuar o inciso IV, esclarece que o caso supõe a "[...] existência de uma coação imprópria sobre algum dos poderes locais".

Já no inciso V, cuida-se, para Branco, "[...] da intervenção federal por desorganização administrativa, que leva o Estado ou o Distrito Federal, sem motivo de força maior, a não pagar a sua dívida fundada por mais de dois anos consecutivos", bem como "[...] da não entrega oportuna das receitas tributárias dos Municípios" (2014, p. 808).

O mesmo jurista esclarece, quanto ao inciso VI, não ser qualquer desrespeito a lei federal pelo Estado que ensejaria a intervenção. Para ele, uma eventual intervenção seria possível tão somente se o prejudicado pela execução de uma lei federal, após recorrer ao Judiciário, visse o comportamento impróprio do Estado confirmado pela magistratura, com a manutenção da situação de desrespeito ao comando da lei, concretizada por uma sentença. Ou seja, a condicionante é que não caiba solução judiciária para o problema.

Por fim, a intervenção federal pelo inciso VII do art. 34 busca, na visão de Lewandowski (1994, p. 106), resguardar a observância de certos princípios comuns na organização interna da Federação. Para Branco, esses princípios constitucionais são considerados sensíveis, posto que objetivam "[...] assegurar uma unidade de princípios organizativos tida como indispensável para a identidade jurídica da Federação, não obstante a autonomia dos Estados-membros para se auto-organizarem" (2014, p. 809).

O que chama a atenção, no entanto, é que, embora obedecendo rigorosamente o rito constitucional, o caminho para o deslinde alcançado concretizou-se de maneira bastante peculiar.

Verifica-se, já em uma primeira análise, que, não obstante a decisão final ter sido do então Presidente da República, Michel Temer, seus termos foram definidos em diálogo conjunto com o próprio Governador do Rio de Janeiro[5] à época,

[5] Luiz Fernando de Souza, conhecido como Luiz Fernando *Pezão*, é político filiado ao partido Movimento Democrático Brasileiro – MDB, e era governador do Estado do Rio de Janeiro desde 04 de abril de 2014, quando tomou posse em virtude da renúncia do então governador Sérgio Cabral. Em 26 de outubro de 2014, foi reeleito governador do Estado do Rio de Janeiro, para o mandato 2015-2018 (TSE, 2014).

conforme discurso do Chefe do Executivo Federal durante assinatura do decreto de intervenção na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2018b):

> [...] A intervenção, registro a todos, foi construída em diálogo com o governador, Luiz Fernando Pezão. E eu comunico que nomeei interventor o Comandante Militar do Leste, General Walter Sousa Braga Netto, que terá poderes para restaurar a tranquilidade do povo. As polícias e as Forças Armadas estarão nas ruas, nas avenidas, nas comunidades e unidas combaterão, enfrentarão e vencerão, naturalmente, aqueles que sequestram do povo as nossas cidades.

O alinhamento entre ambas as esferas de governo, federal e estadual, já desperta, em uma análise crítica e atenta, reflexões sobre a real necessidade de uma medida extrema (em tese, um ato de força) quando ambos os envolvidos estão em perfeita harmonia. Esta consonância viabilizaria, por exemplo, uma colaboração federal na segurança pública do Estado, como as missões de garantia da lei e da ordem (GLO)[6,7].

Segundo o próprio Ministério da Defesa, nessas ações de GLO, as Forças Armadas "[...] agem de forma episódica, em área restrita e por tempo limitado, com o objetivo de preservar a ordem pública, a integridade da população e garantir o funcionamento regular das instituições" (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2018). Nada muito diferente do que propõe a intervenção no Rio, o que, por isso mesmo, a torna uma medida, de certa forma, *sui generis*.

[6] Reguladas pela Constituição Federal, em seu artigo 142, pela Lei Complementar nº 97, de 1999, e pelo Decreto nº 3897, de 2001, as operações de GLO concedem provisoriamente aos militares a faculdade de atuar com poder de polícia até o restabelecimento da normalidade (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2018).

[7] Em que pese a observação anterior, cumpre esclarecer que, na GLO, o comando das forças de segurança pública seguiria a cargo do então Governador do Rio de Janeiro, contrariamente à intervenção federal, que deslocou a responsabilidade pelas ações de segurança do estado para as mãos de um interventor.

Ainda na esteira das singularidades relatadas neste tópico, assinala-se a correlação da intervenção com a Reforma da Previdência. Explica-se: a discussão da Proposta de Emenda à Constituição - PEC que altera as regras de acesso à aposentadoria estava com o início previsto para o dia 20/02/2018, na Câmara dos Deputados, quatro dias após a publicação do Decreto da intervenção.

Assumidamente sem apoio de 3/5 dos votos dos deputados federais – exigência da Carta Magna (CF, art. 60, §2º [8]) –, a justificativa oficial do governo para a retirada da PEC da pauta de votação apontou como principal razão o calendário eleitoral com prazo exíguo para viabilização dos votos, o texto inicial encaminhado pelo Executivo ("muito duro"[9]), e as denúncias do Ministério Público contra o Presidente Michel Temer (XAVIER, 2018), resultantes de delação premiada feita por executivos da JBS, no âmbito da Operação Lava-Jato[10].

A intervenção também foi apontada como um dos fatores para suspensão da votação, por motivos expressamente constitucionais (CF, art. 60, §1º [11]). Poderia

8 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
[...] (BRASIL, 1988)

9 Na avaliação do, à época, Relator da Reforma da Previdência, Deputado Federal Arthur Oliveira Maia (PPS-BA) (XAVIER, 2018).

10 A Operação Lava-Jato, conduzida pelo Ministério Público Federal, é considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já existente no Brasil. Seu nome decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018). A delação premiada por parte de executivos da JBS, maior processadora de proteína animal do mundo, consiste em etapa de um dos desdobramentos da Lava-Jato, que resultou nas denúncias contra o Presidente da República: a primeira, por corrupção passiva; a segunda, pelos crimes de organização criminosa e obstrução de justiça (VALOR ECONÔMICO, 2017).

11 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]

muito bem ser o único, diante da clareza indiscutível da vedação contida na Constituição Federal. Ainda assim, o próprio Presidente da República reconheceu a possibilidade de 'fazer cessar' a intervenção para votar a mencionada Reforma, tão logo evidenciadas condições para a efetiva aprovação do texto na Câmara e no Senado (AQUINO e RODRIGUES, 2018), o que leva ao questionamento da imprescindibilidade de uma medida drástica, a qual, conforme o rumo político vigente, pode ser revogada para o atendimento de outros interesses, conforme melhor convier.

Há quem refute a análise anterior por entender que, embora questionável, uma eventual cessação da intervenção estaria plenamente amparada sob a égide da Constituição Federal, e encontraria justificativa frente à urgência e à relevância do tema concernente à reforma da previdência. Mas impõe-se atentar que se está diante de duas situações com diferentes naturezas jurídicas, e cada uma, a seu modo, inserida em um contexto fático também divergente. A reforma da previdência ganhou corpo a partir do impedimento do governo de Dilma Rousseff em agosto de 2016, com a assunção em definitivo de Michel Temer, então vice-presidente da República, como presidente interino. A interinidade e a provisoriedade do governo são características que levaram diversos grupos a questionarem a legitimidade de iniciativas extemporâneas (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2018, p. vii), tais como as reformas ministeriais e as reformas trabalhista e previdenciária, que deveriam ser colocadas em prática – após maior profundidade de debates e efetiva participação dos diferentes atores sociais

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (BRASIL, 1988)

envolvidos – tão somente quando da eleição de um novo chefe do Poder Executivo Federal, cujo mandato teve início a partir de janeiro de 2019.

Já a ideia da intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro surgiu no carnaval de 2018, com sequentes relatos midiáticos de violência. Nota-se a presença de um contexto fático que envolve palavras e expressões como "insegurança", "violência", "sensação de medo", "desordem pública", "urgência", "necessidade de condutas imediatas", "falta de recursos públicos/investimentos". Como justificar, por conseguinte, o 'fazer cessar' uma intervenção julgada imprescindível para votar uma reforma que poderia esperar o seu devido momento?

2 A CULTURA DO MEDO NAS PÁGINAS DE JORNAIS E REVISTAS BRASILEIROS

Na sequência dos breves comentários acima, convém conceituar o que é a cultura do medo, nas palavras da socióloga Débora Regina Pastana (2005, p. 183), importante pesquisadora na área de violência urbana no Brasil:

> Cultura do medo [...] representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduz a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetua uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos.

É evidente que a imposição e a perpetuação da cultura do medo em nossa sociedade possuem como estrutura de suporte as desigualdades educacionais e culturais que assolam a maioria esmagadora da população (PASTANA, 2005; GUIMARÃES, 2005). Alijada em um fosso cultural, essa maioria, nas palavras de Samuel Pinheiro Guimarães (2005), "[...] está hoje anestesiada pela mídia comercial e opiática, com reduzida capacidade de se beneficiar do precário sistema educacional público e mesmo de nele permanecer [...]".

Pastana, em valiosa dissertação sobre o tema (2003, p. 19), também desenvolve a abordagem da cultura do medo como uma forma de dominação política. Para a pesquisadora, "a insegurança cultivada no âmbito da sociedade afasta o olhar da multidão para seus reais problemas". Por óbvio, a violência e a insegurança também são problemas, mas, segundo a socióloga, "[...] algumas propostas políticas apresentadas estão longe da solução, apenas alimentam ainda mais o pânico". Ou seja, o problema é sempre afirmado, mas nunca resolvido, num mecanismo cíclico que desvia a atenção do cidadão indefinidamente.

O resultado da dominação política, para Débora Regina Pastana, é a negação da cidadania plena e a hegemonia de um conceito fragilizado de democracia, baseado tão somente no sufrágio universal. O cidadão traduz-se em mero eleitor, e o Estado passa a ser visto como forte e protetor, frente a uma sociedade fraca e insegura. No conflito entre cidadania e autoritarismo, o império deste último leva à reflexão sobre o quão paradoxo é esse tema quando visualizado em um contexto de democracia.

Concomitantemente, verifica-se inequívoca a forte influência midiática dada ao tema da violência, o que, aliado a uma baixíssima capacidade crítica da grande massa popular, encontra terreno fértil para trazer solidez ao medo generalizado e levar à conclusão de que uma intervenção imediata do Estado, preferencialmente militar e repressiva, é a única solução para a redução dos índices de criminalidade enfrentados no Rio de Janeiro.

Nesse sentido, importante apontamento de Glassner (2003, p. 33), para quem "[...] toda análise da cultura do medo que ignora a ação da imprensa ficaria evidentemente incompleta. Entre as diversas instituições com mais culpa por criar e sustentar o pânico, a imprensa ocupa indiscutivelmente um dos primeiros lugares".

Jacques A. Wainberg, em consonância com o afirmado acima, salienta, em seu livro Mídia e terror: Comunicação e Violência Política (2005, p. 11), os efeitos da violência sobre a cognição humana e o consequente interesse do entretenimento e – por que não? – também do jornalismo:

> A violência tem-se revelado capaz de despertar o aparato cognitivo humano de sua apatia costumeira. É por isso um dos principais ingredientes que integra não só as a atrações da indústria do entretenimento, mas também, e em especial, do jornalismo.

Pois bem. Para a análise aqui proposta, foram pesquisadas notícias publicadas entre 02/02/2018 e 13/12/2018, nos seguintes veículos de comunicação, todos com conteúdo digital disponível na *internet*, com os respectivos títulos e datas de publicação:

Quadro 1

PORTAIS DE NOTÍCIAS/REVISTAS ELETRÔNICAS	Títulos - Datas
Portal G1 (Vídeos)	1) Violência muda a vida dos moradores do Rio de Janeiro – 02/02/2018 2) Medo e a violência dominam o Rio de Janeiro nesta terça-feira (6) – 06/02/2018 3) Turistas são vítimas de arrastão em frente a um dos hotéis mais luxuosos do Rio – 12/02/2018 4) Porta-voz da PM sugere a foliões evitar *selfies* nas ruas do Rio para não serem assaltados – 12/02/2018
Portal R7	Violência assusta turistas que passam carnaval no

(Vídeo)	RJ – 13/02/2018
Revista Veja	Carnaval tem terça-feira violenta no Rio – 13/02/2018

As análises dar-se-ão de maneira cronológica, iniciando-se a partir do dia 02 de fevereiro de 2018.

> Assim que abrimos um jornal, ligamos o rádio ou a televisão, todos, qualquer que seja nossa posição social (pedreiros ou intelectuais), aceitamos ocupar o lugar de um espectador-voyer das desgraças do mundo. (Patrick Charaudeau)

O telejornal é o gênero midiático que integra o maior número de formas televisuais (anúncios, reportagens, entrevistas, minidebates, análises de especialistas etc) (CHARAUDEAU, 2018, p. 227).

Para esse experiente pesquisador francês das ciências da linguagem, um dos traços desse gênero é o discurso personalizado, no qual o apresentador desempenha papel fundamental, desde as saudações ao telespectador, em posição frontal, passando pelo anúncio do sumário, participando sua própria emoção aos acontecimentos dramáticos do mundo, cedendo a palavra aos correspondentes, retomando cada fala para um comentário ou uma conclusão, entrevistando personalidades como um representante do telespectador cidadão... enfim... atribuindo a si "[...] o papel de polo organizador do processo evenemencial", ou seja, da reconstrução do acontecimento. "Tudo isso com o auxílio de movimentos do rosto (mesmo os mais discretos), de certos tons de voz, da escolha de determinadas palavras" (CHARAUDEAU, 2018, p. 229-230). O discurso personalizado é uma das evidências da primeira análise que aqui se perfaz. Veja-se:

Dois de fevereiro, sexta-feira. A uma semana do início das festividades do carnaval no Rio de Janeiro, a manchete do vídeo já prenuncia o espaço expressivo que a violência no Estado ganhará nos grandes veículos de comunicação: "Violência

muda a vida dos moradores do Rio de Janeiro: São tiroteios a qualquer hora do dia. E uma aventura perigosa ao sair de casa."[12]

O vídeo, de 02min09s, foi transmitido no 'Jornal da Globo', telejornal noturno de uma das emissoras de televisão de canal aberto com maior audiência no Brasil (RODRIGUES, 2009, p. 3). A apresentadora, com ar sério e consternado, anuncia a reportagem para dar espaço ao corte das sequências de planos e segmentação das frases narradas por outra jornalista.

As primeiras imagens mostram comunidades da Zona Oeste do Rio com sons de tiroteios, cedidas por telespectadores[13]. Em seguida, visualizam-se tomadas aéreas da Cidade de Deus, "onde moradores também vivem acuados", segundo a narradora. Para corroborar as afirmações, reproduz-se a voz modificada consistente no testemunho anônimo de uma moradora – sem interrupção das exibições de cenas de incursões policiais em favelas e marcas de tiros:

> Ai... eu tô cansada dessa rotina de violência, sabe? Sair pra trabalhar passou a ser um filme de terror. Você não sabe se consegue sair e muito menos retornar. É muito tiro, muito inocente sendo coagido...

Segue-se para a imagem da repórter, para a apresentação dos números de mortes "de forma violenta" na Cidade de Deus desde 2015: "pelo menos uma pessoa a cada quatro dias". Também são exibidas a foto de uma vítima de 19 anos,

[12] Globoplay. *Violência muda a vida dos moradores do Rio de Janeiro:* São tiroteios a qualquer hora do dia. E uma aventura perigosa ao sair de casa. Jornal da Globo, 02 fev. 2018. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/6472330>. Acesso em: 28 ago. 2018.

[13] A colaboração de telespectadores no fornecimento de imagens ou áudios, como visualizados no vídeo, constitui uma tendência dos gêneros televisuais que permite a intervenção do público, criando a "[...] ilusão de uma televisão de *contato*, do convívio, em oposição à televisão do passado, que marcava uma certa distância entre a instância midiática e o público" (CHARAUDEAU, 2018, p. 231). Bourdieu (1997, p. 68) também faz uma análise igualmente interessante, ao afirmar que exibições cruas de experiências vividas são exploradas pela televisão para atingir a mais ampla audiência, e são "[...] frequentemente extremas e capazes de satisfazer uma forma de voyeurismo e de exibicionismo".

"surpreendida na rua por mais um confronto entre PM's e criminosos" e atingida por tiro de raspão na barriga, e imagens de flagrantes registrados pelo Globocop[14] de barricadas instaladas por "bandidos" para impedir a circulação da polícia pela comunidade, além de imagens de veículos incendiados por traficantes.

Do tempo total de imagens – todas de comunidades – recheadas com depoimentos anônimos e sons de tiros, o único dado objetivo essencialmente 'relevante' – a 'estatística' – ocupou tão somente 7 segundos de todo o conteúdo (tempo 50 a 57'). Não foram feitas ponderações mais aprofundadas que possibilitassem uma correlação numérica com o tamanho da população da Cidade de Deus, de modo a se avaliar a proporcionalidade dos dados, nem maiores esclarecimentos sobre o conceito de mortes violentas, que podem incluir, além dos homicídios, suicídios e mortes por acidentes (SANTOS, 1997).

Charaudeau (2018, p. 168), ao discorrer sobre os problemas enfrentados pela imprensa a respeito do discurso relatado, pontua que, ao longo do século XX,

> [...] uma certa visão da democracia se impôs como um espaço em que se entrecruzam e se confundem diferentes falas, que podem até mesmo ser opostas, conferindo à imprensa um novo papel, o de reflexo, espelho, eco das diversas falas que circulam no espaço público.

[14] Nome dado a helicóptero utilizado pela emissora para a captura de imagens aéreas. Não se sabe se o nome advém da associação a uma das sílabas da palavra "helicóptero", ou ao filme Robocop – o policial do futuro (1987), gênero de ação e ficção científica em que um policial morto durante atividade profissional é transformado em um *ciborgue* dotado de sofisticados artifícios tecnológicos, usado na "luta contra o crime" em uma cidade norteamericana futurística. Vale lembrar que, nas telenotícias relacionadas ao Rio de Janeiro, com frequência usa-se a expressão "flagrante registrado pelo Globocop" para ressaltar seu papel *crucial* nos registros de imagens associadas à violência. Não raras as vezes as imagens são remetidas "à análise da polícia", reforçando a ideia de que o Globocop também é um instrumento de "luta contra o crime", por colaborar, ainda que indiretamente, com a segurança dos cidadãos.

Diante do elevado número de atores desse espaço público, proferindo declarações ou sendo suscetíveis de tomar a palavra, o autor esclarece que se faz necessária uma seleção prévia, realizada em função da identidade do declarante e do valor de seu dito. Surge, então, o seguinte dilema: dar a palavra aos notáveis, mostrando-se como um organismo da informação institucional; ou dar a palavra aos anônimos, mostrando-se como um organismo da informação populista? A questão é respondida, na análise do vídeo, com base nos depoimentos de testemunhas anônimas, que buscam revestir a reportagem com um caráter de veracidade, não importando a identidade das locutoras[15], e, concomitantemente, aproximando a notícia daquele a quem efetivamente se pretende alcançar: o cidadão comum.

A visão de Pierre Bourdieu (1997, p. 24) a respeito do tema ('Sobre a Televisão') é esclarecedora:

> [...] a televisão convida à dramatização, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico. Em relação aos subúrbios, o que interessará são as rebeliões. [...] É preciso palavras extraordinárias [...]. E as palavras podem causar estragos. [...] Porque essas palavras fazem coisas, criam fantasias, medos, fobias ou simplesmente, representações falsas.

O fechamento da narrativa do vídeo dá-se da seguinte forma: "Pra dar mais segurança aos PM's, a polícia militar pretende blindar cerca de cem carros que circulam pelas áreas mais violentas do Rio de Janeiro" – um desfecho visivelmente incoerente quando se verifica ao longo de toda a reportagem que, na verdade, quem precisa de segurança é a própria população.

[15] Percebo que, aqui, até mesmo a escolha de personagens e vozes femininas foi simbólica.

Evidencia-se, aqui, o típico "jornal televisivo", expressão de Pierre Bourdieu (1997, p. 64) conceituada como aquele "[...] que convém a todo mundo, que confirma coisas já conhecidas, e sobretudo que deixa intactas as estruturas mentais".

> [...] o medo, quando socialmente exteriorizado, diminui ou extingue o senso crítico daqueles que o compartilham, tornando propícia uma dominação baseada na manipulação dessa emoção. (Débora Regina Pastana)

O pesquisador Patrick Charaudeau (2018, p. 129), dissertando sobre as estratégias de encenação da informação, explica:

> [...] sob a batuta da dupla finalidade de credibilidade e de captação, as restrições relativas à posição das instâncias de comunicação e à captura do acontecimento dão instruções e impõem um modo de organização do discurso e um ordenamento temático.

Nesse sentido, continua, "[...] procederá a uma determinada *construção da notícia* e tratará a informação de acordo com certos *modos discursivos* em função dos dispositivos pelos quais ele passa". Como exemplo de modo discursivo, o pesquisador das ciências da linguagem cita a descrição dramatizante, que produz um "[...] efeito emocional suscetível de despertar, naquele que se informa, instintos de voyeurismo ou de medo".

A estratégia de encenação da informação acima descrita verifica-se evidente no próximo vídeo, descrito adiante.

Seis de fevereiro, terça-feira. No vídeo analisado[16], de mais de 6 minutos, confirmam-se dois mortos – uma criança e um adolescente – e quatro baleados no

[16] Globoplay. *Medo e a violência dominam o Rio de Janeiro nesta terça-feira (6)*. Jornal da Globo, 06 fev. 2018. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/6481697/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

contexto de violência no Rio de Janeiro. A apresentadora – a mesma do vídeo anterior – também frisa o fechamento das principais vias expressas da cidade "por causa de tiroteios". Corta-se para a entrada, ao vivo, da repórter que descreverá os últimos acontecimentos com maiores detalhes, com sua imagem substituída em poucos segundos por cenas, em sua maioria, visivelmente originadas de aparelhos celulares[17], em tomadas rápidas, tremidas e sem muita nitidez, de comunidades como o Complexo da Maré, na Zona Norte do Rio.

Charaudeau (2018, p. 143) afirma que a instância midiática procede a uma repartição do espaço público em categorias, que correspondem ao modo de repartição do mundo social em espaços de ação e de representação: os "domínios de atividade". Para o pesquisador, esses domínios "[...] refletem a maneira pela qual cada grupo social representa o conjunto das atividades realizadas por seus membros". Desta forma, opera-se, segundo o autor, um certo recorte do mundo social que, para cada comunidade, "[...] reúne os conhecimentos e as crenças sobre esse mundo e que as mídias se encarregam de tornar visível através de uma apresentação estruturante". Os domínios de atividade distinguem-se essencialmente em três, os quais serão aqui conceituados e prosseguidos de exemplos obtidos a partir do vídeo analisado neste tópico:

O domínio da atividade política, no qual, segundo Charaudeau (sem grifos no original),

> [...] se situam aqueles que participam da cena do poder político, os eleitos e outros representantes acreditados, considerados responsáveis, e que as mídias põem em cena em diversos relatos que descrevem a vida do corpo social do

[17] Mais uma vez, a colaboração de telespectadores no fornecimento de imagens é utilizada enquanto recurso que permite a intervenção do público e sua atuação direta na produção da notícia.

> estado, os atos e propósitos dos responsáveis políticos: reproduzindo-os da maneira mais fiel possível ou questionando-os através de sondagens, entrevistas, debates, ou analisando-os.

A uma certa altura do vídeo, após a descrição de todos os acontecimentos violentos do dia, a narrativa da repórter, bem como a imagem e as palavras do Governador Pezão, cercado de jornalistas, sinalizam com exatidão o conceito anterior:

> Hoje, o Governador do Rio, Luiz Fernando Pezão, foi questionado sobre o Plano de Segurança, que ainda não saiu do papel. O Ministro da Defesa, Raul Jungmann, tinha prometido que ele seria lançado ontem. Luiz Fernando Pezão disse que o Plano está pronto, mas que ainda não chegou a analisá-lo: "*O General Etchegoyen me passou o documento ontem, mas eu tive uma reunião ontem em Brasília com o... outros governadores e o presidente Rodrigo Maia pra tratar de diversos assuntos que... é... beneficiam os Estados, então eu não pude ontem... é... analisar esses documentos. Deixei com minha área de segurança e vou ver agora...*".
>
> Mas ao contrário do que diz o Governador, o Secretário de Segurança do Estado (do Rio de Janeiro, Roberto Sá) afirmou que o plano que não foi apresentado já está em prática: *"Na verdade o que vai ser anunciado pelo Governador e pelos Ministro é a formalização do que já vem sendo feito, obviamente com ajustes que cada operação, é... seguindo-se da outra, pode ser aperfeiçoada."*

Inegável, nos termos das declarações dos dois representantes políticos acima – respectivamente, Governador e Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro – que as contradições em ambos os discursos também contribuem para o aumento da sensação de insegurança da população local. A desarmonia institucional, escancarada pela mídia, serviria como mais um argumento, no decorrer dos dias subsequentes, para a defesa da intervenção federal.

O domínio da atividade cidadã, descrito por Charaudeau (2018, p. 144) como o reportar, pelas mídias, de "[...] atos de reivindicação mais ou menos organizados dos cidadãos (manifestações, greves etc.), assim como as palavras de protesto ou de interpelação que dirigem aos poderes públicos", também pode ser identificado no trecho do vídeo no qual um grupo de pessoas é filmado ao som da seguinte narrativa:

> [...] Agora à noite moradores da Rocinha e do Vidigal fizeram um protesto contra a violência e caminharam até a casa onde o Governador Luiz Fernando Pezão morava no Leblon.

Por fim, tem-se o domínio da atividade civil cotidiana, recurso que, segundo o pesquisador, é raramente adotado pela mídia, mas que, ironicamente, destacou-se, ao longo deste estudo, como um dos mais utilizados no tocante às reportagens sobre violência no Rio de Janeiro. Para Charaudeau (2018, p. 144, sem grifos no original), refere-se à atividade

> [...] na qual se encontram aqueles que participam da vida social como atores-testemunhas de seu próprio cotidiano, ordinário ou extraordinário, e tendo passado pela experiência de heróis ou vítimas. As mídias raramente os colocam em cena, a não ser para inseri-los em catástrofes ou em acontecimentos insólitos, para atender a sua finalidade de captação. Desse ponto de vista, criam a obrigação de recolher e pôr em cena uma palavra sofredora, através dos depoimentos das vítimas da injustiça social ou de histórias pessoais. Assim, também as mídias podem dizer: "Nada do que é humano me é estranho."

No vídeo, o domínio da atividade civil cotidiana inicia-se com a exibição da fotografia do adolescente Jeremias, de 13 anos, morto por uma bala perdida, seguido das cenas dos familiares que amparavam sua mãe, Vânia Moraes. Assim Vânia descreve seu filho:

> [...] Um menino de ouro. Não tou falando porque é meu filho, não, porque você pode perguntar na igreja, na comunidade, quem era Jeremias. Menino abençoado, de casa pra escola... Tava aprendendo aula de violão... E agora foi alvejado. Não sei nem como.... como, aonde, por quê... Só sei que o Senhor levou.
>
> [...] *Em 1993, um arrastão, uma coreografia*[18] *realizada por jovens pretos e pobres no caminho para os desfrutes da Zona Sul é levada ao ar, para todo o Brasil, como indicador da implantação do caos, do governo da desordem no coração do país. Não foi por mera coincidência que naquela eleição municipal a candidata do grupo popular perdeu para as forças da "lei e da ordem". [...] No ano seguinte o medo do caos (sempre associado às forças populares) produziu uma vitória eleitoral que o Rio de Janeiro, capital da rebeldia nacional, nunca vira. O campo conservador tomou a prefeitura, o governo do Estado e recebeu uma enxurrada de votos para o Governo Federal. Naquela conjuntura, os cariocas votaram com medo.* (Vera Malaguti Batista)

Doze de fevereiro, segunda-feira de carnaval. A partir dessa data, as notícias sobre a violência no Rio tornam-se diárias. O trecho acima, extraído do livro de Vera Malaguti Batista – O medo na cidade do Rio de Janeiro – é quase que atemporal, tamanha a regularidade com que se visualizam cenas do tipo na televisão, ano após ano. Em 2018, não foi diferente[19].

[18] Vera Malaguti Batista esclarece, em nota de rodapé de sua obra, que essa foi a expressão utilizada pelo Cel. Carlos Magno Nazareth Cerqueira, então Secretário de Estado da PM, para designar o que acontecia realmente naquele verão (BATISTA, 2003).

[19] Ouso dizer que não foi diferente nem mesmo no tocante às consequências político-eleitorais. Em outubro de 2018, foi eleito, no 2º turno das eleições para Governador do Rio de Janeiro, o ex-juiz federal Wilson Witzel (Partido Social Cristão - PSC), com 59,87% dos votos válidos, na disputa contra Eduardo Paes (Democratas - DEM), com 40,13%. Witzel centrou sua campanha em dois pilares: o combate à corrupção e à criminalidade. Seu *slogan* era a frase "Mudando o Rio com juízo". Inicialmente, estava em sexto lugar nas pesquisas de intenções de voto, mas ganhou popularidade por seu apoio ao então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro (ex-PSC e agora filiado ao Partido Social Liberal - PSL), também eleito no 2º turno das eleições, concorrendo contra Fernando Haddad, do Partido dos Trabalhadores - PT (ESTADÃO CONTEÚDO, 2018a). No Rio, Bolsonaro alcançou 67,95% dos votos válidos, contra 32,05% de Haddad (TSE, 2018). O agora Presidente,

No vídeo exibido no dia[20], a apresentadora "lamenta" ter de abrir a edição do jornal "[...] falando da falta de segurança" no Rio, acrescentando, na sequência, que foram flagrados, pelas equipes da emissora, "[...] vários casos de arrastões na Zona Sul da cidade e na região metropolitana".

Os episódios de arrastão exibidos chamam a atenção pelo perfil das vítimas e também dos agressores. O primeiro, com duas turistas brancas e um grupo de amigos não identificados, "[...] cercados por marginais na Avenida Vieira Souto, um dos endereços mais nobres[21] da Zona Sul do Rio", "[...] bem na hora que a nossa equipe (TV Globo) passava[22] pelo local". Visualiza-se nas imagens que o grupo responsável pela sequência de roubos é formado em sua maioria por negros e pardos.

O segundo, no qual se entrevista um turista espanhol branco, "agredido por bandidos" em Ipanema, exibindo as escoriações em seu corpo e descrevendo a situação em um sotaque típico estrangeiro.

considerado como de extrema direita, defende o armamento da população e, dentre as inúmeras frases polêmicas que proferiu ao longo de sua campanha, chegou a pedir ajuda para eleger a "bancada da metralhadora" (BENITES, 2018).

[20] Portal G1. *Turistas são vítimas de arrastão em frente a um dos hotéis mais luxuosos do Rio*. Bom dia Brasil, 12 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/carnaval/2018/noticia/turistas-sao-vitimas-de-arrastao-em-frente-a-um-dos-hoteis-mais-luxuosos-do-rio.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2018.

[21] De acordo com levantamento realizado pela empresa de informações imobiliárias 123i, nove entre os dez imóveis mais valiosos em território nacional estão em endereços cariocas. Sete deles ficam na Avenida Vieira Souto, com cada metro quadrado dos edifícios desse trecho da orla valendo, aproximadamente, R$ 45.000,00 (BARROS, 2017).

[22] Na visão de Bourdieu (1997, p. 107), as notícias correspondem a "um bem altamente perecível", de modo que "[...] a concorrência pela clientela tende a tomar a forma de uma concorrência pela prioridade, isto é, pelas notícias mais novas (o furo). Na reportagem referenciada acima, pode-se dizer que o cinegrafista estava 'no lugar certo e na hora certa', registrando, às 5 da manhã, a uma distância segura, e com equipamento profissional, a cena de um arrastão em um bairro nobre do Rio de Janeiro - Ipanema.

O terceiro, filmado por moradora de um prédio em frente à orla de uma praia da Zona Sul, em que vários jovens – também negros – correm atrás de um turista branco, cercando-o e o agredindo na areia da praia.

O quarto, em Niterói, região metropolitana do Rio, em que moradores e motoristas não identificados também são cercados por "bandidos" e têm seus pertences roubados. Os assaltantes também são negros.

Nas diversas maneiras de abordar a descrição da relação entre a palavra e a imagem, o testemunho, segundo Charaudeau (2018, p. 224, sem grifos no original) consiste em uma espécie de enunciação que confere encenação à palavra:

> [...] o testemunho pode ser enunciado por um sujeito anônimo ou por um sujeito que tenha certa notoriedade. Se é anônimo (para o telespectador), para que seu dizer participe do acontecimento midiático, o testemunho que der a respeito de si mesmo ou da vida será tido como válido para todos aqueles que pertencem à mesma categoria [...]. Ele se achará instituído em arquétipo social de um modelo de vida profissional [...], de um indivíduo sofredor (vítima de doenças, de acidentes, de extorsões[23]), ou de comportamento extremo (herói por um dia), o que os *reality* e os *talk shows* exploram abundantemente.

Nesse sentido, trazer à reportagem os testemunhos de turistas estereotipadamente vistos como indefesos (como mulheres e estrangeiros, em sua maioria, brancos) confere os "traços da pureza e da autenticidade" necessários para instaurar, nas palavras do pesquisador francês, o imaginário da "verdade verdadeira". De outro lado, mostrar o perfil dos agressores como homens jovens e negros/pardos ajuda a consolidar, no imaginário social, a traiçoeira visualização mental daqueles que colocam a vida dos outros em risco.

[23] E – por que não? – vítimas de assaltos/arrastões...

Sob a mesma ótica, a que se alude a respeito da entrevista, tem-se o sujeito com certa notoriedade, cujo valor de seu testemunho "[...] será relativo aos traços de identidade psicológica (sinceridade, blefe, mentira) que o telespectador tem a possibilidade de lhe atribuir" (CHARAUDEAU, 2018, p. 225). Dessa forma, quando o telespectador assiste e escuta o pronunciamento do Governador Pezão no vídeo abordado, certamente é capaz de tirar suas próprias conclusões, diante das imagens de violência que lhe foram transmitidas poucos segundos antes:

> [...] Na quinta-feira[24], o Governador do Rio, Luiz Fernando Pezão, do PMDB, tinha prometido um carnaval com policiamento reforçado: "Nós vamos ter um patrulhamento só da polícia militar e da polícia civil...de 8 mil diários que nós temos, nós vamos ter mais 17 mil durante o carnaval nas ruas, é..., nos 4 dias... Tá... tudo engrenado, vamo ter um grande carnaval..."

Na mesma data, no horário da tarde, novo vídeo é exibido[25], em canal por assinatura pertencente ao mesmo grupo de comunicação que transmitiu o vídeo anterior, com as declarações do porta-voz da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, Major Ivan Blaz, entrevistado ao vivo por repórter que o interroga sobre as promessas de reforço da segurança feitas pelo Governador do Rio ("17 mil homens a mais").

Chama a atenção a divisão da imagem em dois quadros, nos quais visualiza-se o policial entrevistado ao mesmo tempo em que se reproduzem as imagens dos arrastões amplamente divulgados ainda pela manhã. O porta-voz da PM/RJ

[24] A quinta anterior ao carnaval, 08/02/2018.

[25] Portal G1. *Porta-voz da PM sugere a foliões evitar selfies nas ruas do Rio para não serem assaltados*, 12 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/carnaval/2018/noticia/porta-voz-da-pm-sugere-a-folioes-evitarem-selfies-nas-ruas-para-nao-serem-vitimas-de-assaltos.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2018.

responsabiliza os órgãos municipais de assistência social pela ausência de controle sobre "menores que estão [...] promovendo assaltos, principalmente na praia"[26].

Débora Regina Pastana (2005, p. 190), importante pesquisadora na área de violência urbana, ao analisar a insegurança percebida na sociedade brasileira contemporânea sob a ótica da cultura do medo, que interfere nas relações sociais e, inevitavelmente, nas políticas de segurança pública, tece importante observação sobre a frequência de determinados crimes e a proporção aumentada conferida a esses pela cobertura jornalística, de acordo com o tipo de criminoso e as circunstâncias[27] em que o crime ocorre:

> Estas distorções, no sentido de superestimar os crimes violentos e organizados, certo tipo de criminosos ou circunstâncias do crime, são compartilhadas também por políticos e membros das forças policiais e, não raramente, acabam refletindo em políticas públicas igualmente distorcidas: orientações para tratar com maior rigor os migrantes e pobres, criação de grupos especiais antissequestro, leis mais repressivas contra usuários de drogas ou contra crianças e adolescentes etc.

Nesse sentido, a declaração do porta-voz do PM/RJ, insinuando a participação de crianças ou adolescentes nos então recentes acontecimentos de crimes contra o patrimônio (os assaltos), e cobrando uma ação mais incisiva dos órgãos municipais de assistência social, como uma espécie de ferramenta de controle[28], contribui para a distorção aduzida por Pastana, e reforça o imaginário

[26] Frisa-se que não foram divulgadas estatísticas oficiais sobre a idade dos suspeitos que, porventura, tenham sido presos ou apreendidos em virtude dos assaltos ocorridos na semana do carnaval.

[27] Não poderia haver melhor circunstância para noticiar crimes violentos senão o carnaval no Rio de Janeiro, a mais tradicional festa popular do Brasil, reconhecida internacionalmente.

[28] Acrescenta-se que o comentário do policial sobre menores não foi contestado pelo repórter. O porta-voz da PM/RJ, no entanto, foi confrontado, tanto pela âncora quanto pelo entrevistador, quando sugeriu à população adotar protocolos internacionais de segurança, tais como fazer *selfies* e/ou outros registros com aparelhos eletrônicos em espaços públicos durante o Carnaval. A âncora considerou

social que defende, dentre outras medidas, a redução da maioridade penal como forma de mitigação da criminalidade.

Sobre esse processo de estigmatização, Débora Pastana (2005, p. 189, sem grifos no original) destaca a responsabilidade da imprensa:

> Ressalta-se que a imprensa tem parcela significativa de responsabilidade nesta estigmatização. No caso específico da violência criminal o processo de produção da informação, por um lado, não reflete a realidade e a intensidade dos eventos que deveria recobrir; por outro, adequa-se à concepção dominante de violência e de sujeitos violentos que a sociedade hegemonicamente retém em seu imaginário.

Bruno Paes Manso, jornalista e pesquisador no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (2002, p. 54), converge para semelhante exploração do tema ao criticar o "amontoado de generalidades" estatísticas que, quando repetido diuturnamente, acaba atrapalhando o entendimento do perfil da violência na cidade, além de, obviamente, perpetuar estereótipos. Sua análise perpassa sobre as estatísticas de homicídio na cidade de São Paulo, mas pode ser naturalmente expandida para quaisquer outros tipos penais cometidos com o uso da violência, e em qualquer outra grande metrópole do país, como o Rio de Janeiro:

> [...] Os dados estatísticos, além de servir (sic) para a polícia combater "os bandidos", ajudam a embasar os preconceitos existentes na sociedade e justificar a violência contra certos grupos da população. Essas instituições acabam, portanto, agindo de forma violenta com o aval de uma sociedade que tem medo e imagina saber onde se localiza a causa desse medo.

"comparar Torre Eifel (citada pelo PM como um local turístico onde também há recomendações aos turistas para cautela com a carteira e com o celular) com Rio de Janeiro" como algo descabido, vez que na Torre Eifel "não tem arrastão, pessoas passando e pegando celulares da forma como a gente mostrou aqui agora há pouco".

Retornando ao vídeo, impõe-se também transcrever os comentários do repórter que confirmam o foco de sua preocupação pelo fato de os episódios terem ocorrido na Zona Sul do Estado. Aqui, o comentário jornalístico acaba por desenvolver um ato de persuasão ao final do roteiro, revelando o seu próprio ponto de vista e permitindo ao telespectador também tomar partido[29]:

> [...] Qual que é a resposta que a polícia pode dar para a população depois de todos esses casos que a gente viu, duas noites de arrastão, em plena praia de Ipanema, que é uma das áreas mais nobres do Rio de Janeiro, e ainda, a gente vendo assalto à luz do dia... qual a resposta que a polícia militar pode dar pras pessoas, pra população que tá sofrendo hoje com medo?

Ao final do vídeo, repete-se o mesmo argumento:

> [...] É lamentável, né [...] que a gente tenha que mostrar cenas como essa, como eu disse, em plena praia de Ipanema, uma das áreas mais nobres, mais movimentadas do Rio de Janeiro, que nessa época do ano fica cheia de turistas, e vários deles a gente viu aí nas imagens, foram perseguidos, assaltados, e ainda agredidos por esses criminosos durante duas noites seguidas.

Charaudeau (2018, p. 151, sem grifos no original) nos auxilia a entender o processo de construção da informação midiática, tal qual se percebe no vídeo, em que a escolha do entrevistado, as imagens transmitidas concomitantemente às suas declarações, as interpelações e comentários jornalísticos, e até mesmo o local

[29] Noticiar que a violência atingiu a elite do Rio de Janeiro possui uma simbologia social e econômica que também contribuirá para a principal tomada de decisão relacionada à segurança pública no Estado: a intervenção federal. Toda vez que a violência atinge a Zona Sul, é sinal de que perdeu-se o controle sobre as favelas/morros. E isso se evidenciará quando, mais à frente, confirmar-se os locais de foco da intervenção. É a cultura do medo estigmatizando e reforçando argumentos – inclusive institucionais – de que a violência tem origem nas localidades mais pobres, ainda que, em nenhum momento, tenha-se confirmado a origem dos envolvidos nos atos violentos. É como se já fosse uma verdade absoluta e, portanto, incontestável...

escolhido para a interlocução – o mirante do Leblon – possuem uma simbologia específica:

> O universo da informação midiática é efetivamente um universo construído. Não é, como se diz às vezes, o reflexo do que acontece no espaço público, mas sim o resultado de uma construção. O acontecimento não é jamais transmitido em seu estado bruto, pois, antes de ser transmitido, ele se torna objeto de racionalizações: pelos critérios de seleção dos fatos e dos atores, pela maneira de encerrá-los em categorias de entendimento, pelos modos de visibilidade escolhidos. Assim, a instância midiática impõe ao cidadão uma visão de mundo previamente articulada, sendo que tal visão é apresentada como se fosse a visão natural do mundo. Nela, a instância de recepção encontrará pontos de referência, e desse encontro emergirá o espaço público.
>
> [...] *não são os fatos em si que afetam a imaginação popular, mas o modo como se apresentam. Por condensação, se assim posso me exprimir, esses fatos devem produzir uma imagem impactante que preencha e atormente o espírito. Conhecer a arte de impressionar a imaginação das multidões é conhecer a arte de governá-las.* (Gustave Le Bon)

Treze de fevereiro, terça-feira de Carnaval. Dessa vez, o noticiário é transmitido por outro grupo de comunicação[30]. Mais do mesmo, à exceção do caráter mais dramático e sensacionalista do âncora, que assim introduz a pauta:

> Olha, turistas que vieram curtir o carnaval no Rio estão assustados com a violência. E eu vou dizer uma coisa: é.. você que tá passando férias aqui, o Rio de Janeiro é uma cidade maravilhosa. Nós somos muito maiores do que esses problemas que estamos vivendo[31]. Se vocês estão assustados

[30] Portal R7. *Violência assusta turistas que passam carnaval no RJ*. BALANÇO GERAL RJ, 13 fev. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/balanco-geral-rj/videos/violencia-assusta-turistas-que-passam-carnaval-no-rj-13022018>. Acesso em: 28 ago. 2018.

[31] Confesso que, nesse momento, achei que o apresentador fosse enaltecer a cidade e, finalmente, falar algo bom sobre a vida no Rio. Mas, na sequência, foi como escutar a frase "não há nada tão ruim que não possa piorar". Peguei-me imaginando o que um turista com passagem comprada para o Rio pensaria ao escutar essa introdução tão 'alentadora'...

> agora, no carnaval, imagina no nosso dia-a-dia, que *cê* tem linha amarela fechada, *cê* tem criança morta com bala perdida quase todos os dias, você tem assalto em tudo que é canto com fuzil... tá suave no carnaval, é que tem gente que tá dizendo "Ow, mas tá um absurdo de violência no carnaval"... É claro que não é a paz, as coisas não iriam mudar do dia pra noite, né? Mas o nosso dia-a-dia é mais pesado [...]

Marieli Rangel Teixeira (2011, p. 112, sem grifos no original), em sua dissertação de mestrado em Comunicação, na qual aborda as propriedades do jornalismo sensacionalista, pontua características do gênero que são determinantes para a influência da opinião dos telespectadores:

> Ao investigarmos as propriedades do sensacionalismo, desvendamos muito mais que isso: os efeitos psicológicos que a intensidade, a repetição, o exagero e o apelo emotivo causam nas pessoas. O direcionamento que a mídia dá ao fato se torna determinante para a formação da opinião pública [...]

Como a notícia foi transmitida por emissora de TV concorrente, convém, também, trazer à baila a abordagem de Pierre Bourdieu (1997, p. 107, sem grifos no original) sobre o tema, destacando uma paradoxalidade que também se pode observar no caso concreto objeto deste estudo:

> Outro efeito de campo, absolutamente paradoxal, e pouco favorável à afirmação da autonomia, coletiva ou individual: a concorrência incita a exercer uma vigilância permanente (que pode chegar à espionagem mútua) sobre as atividades dos concorrentes, [...] tentando tomar emprestados os supostos instrumentos de seus êxitos, [...] **assuntos que se deve "cobrir"** porque outros os descobriram [...]. É assim que, nesse domínio como em outros, a concorrência, longe de ser automaticamente geradora de originalidade e de diversidade, tende muitas vezes a favorecer a uniformidade da oferta, da qual podemos facilmente nos convencer comparando os conteúdos dos grandes semanários ou das emissoras de rádio ou de televisão com vasta audiência.

Ainda no bojo da "uniformidade da oferta", trazida à tona por Bourdieu, há que se pontuar o problema relativo à concentração midiática brasileira, que impossibilita a criação de um meio propício à diversidade e à riqueza de opiniões, fragilizando o sistema democrático em virtude da baixíssima pluralidade de informações (RODRIGUES, 2009). .....

Na mesma data, treze de fevereiro, edição da Revista Veja traz reportagem[32] *online* que se destaca mais pela fotografia que introduz a notícia do que pelo conteúdo – este, invariavelmente repleto de relatos de violência, em sua maioria crimes contra o patrimônio, no centro, na Zona Norte e na Zona Sul do Rio, além de casos envolvendo artistas famosos.

A imagem consiste em foto aérea de um grupo de aproximadamente 150 pessoas, em sua maioria, homens, fantasiados de *bate-bolas* (o conceito está na transcrição abaixo), deitados no chão, de cor predominantemente negra. Desse grupo, dez integrantes foram detidos, segundo a reportagem, que apresenta um destaque inusitado, cuja semântica, aliada à imagem, carrega consigo uma construção ideológica evidentemente preconceituosa e racista:

> Dez integrantes de um grupo fantasiado de bate-bolas (fantasia carnavalesca típica do subúrbio carioca, sobretudo da zona oeste) foram presos na madrugada desta terça-feira, 13, no Centro do Rio. Com eles foram encontradas uma pistola calibre 9 mm e um artefato explosivo de fabricação caseira, além de objetos como celulares, relógios e carteiras. (sem grifos no original)

Figura 1

[32] Veja. *Carnaval tem terça-feira violenta no Rio*. 13 fev. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/carnaval-tem-terca-feira-violenta-no-rio/>. Acesso em: 28 ago. 2018.



Fonte: Reprodução/Facebook, *in* Veja, 2018

Sobre abordagens midiáticas do tipo, por meio das quais difunde-se uma visão de mundo limitada e carregada de estereótipos segregantes, Débora Regina Pastana (2005, p. 190-191, sem grifos no original) discorre:

> Em uma sociedade desigual e classista, a dominação se dá não somente através dos instrumentos de coerção, mas também pela difusão de uma visão de mundo, isto é, uma filosofia, uma moral ou um senso comum que favoreçam seu reconhecimento e consequentemente sua legitimidade. Enfim, o exercício do poder também se dá de forma hegemônica [...].
>
> A classe proletária tem mais desvantagens porque ao mesmo tempo em que é o setor privilegiado para recrutamento da criminalidade tradicional e a principal vítima, é ainda o setor mais vitimado pelo aparato repressivo-punitivo e o menos protegido pelo setor judiciário, além de ser estigmatizado segundo a famosa associação pobreza/criminalidade.

A Doutora Gislene Aparecida dos Santos (2000, p. 10-11, sem grifos no original) parece nos direcionar a uma esclarecedora conclusão sobre a realidade observável nos números e nas imagens da intervenção federal no Rio de Janeiro,

consequência natural do conteúdo amplamente divulgado por ao menos quinze dias seguidos antes do desfecho advindo com o Decreto nº 9.288/2018:

> Contudo, para se assegurar da 'legitimidade' da violência praticada contra os negros, é preciso que seja construída e reiterada uma imagem que justifique essa ação. É preciso que se reafirme, constantemente, a imagem do negro como algo negativo. Como foi demonstrado, essa imagem, em muitos casos, é apenas a reprodução, em solo nacional, dos mesmos argumentos utilizados para justiçar a escravidão e a inferioridade dos negros em outras nações. Mas, em outros casos, ela ganha um aspecto que a torna peculiar ao Brasil. É o embate entre essas teorias que faz com que seja aceitável, ainda hoje, a suposta inferioridade dos negros, um 'exotismo' e um tratamento diferenciado que é acobertado pela chamada democracia racial brasileira.

3 O DECRETO Nº 9.288/2018 E O "PLANO ESTRATÉGICO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO"

> O agravamento da urbanização desordenada e a falta de políticas públicas adequadas e eficazes, em especial no setor de transportes e habitação, ajudaram a criar áreas liberadas onde o poder público deixou de exercer seu papel de poder de polícia, não regulando a ocupação dos espaços e logradouros públicos. Os aspectos fisiográficos da cidade do Rio de Janeiro e adjacências em conjunto com a configuração do "terreno humano"[33] na ocupação destes espaços tornaram ainda mais complexa a tarefa de coibir o crime organizado e de conter o aumento da violência que se observou desde década de 1990 até os dias atuais. (Plano Estratégico da Intervenção Federal na Área da Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro)

[33] A expressão "terreno humano", até então inédita aos olhos e ouvidos, despertou a atenção desta graduanda. Em sua dissertação de mestrado em Ciências Militares, o Major de Cavalaria Sandro Silva Ruiz a conceitua "[...] como sendo o elemento do ambiente operacional que abrange os fatores culturais, sociológicos, políticos e econômicos da população local inserida nesse ambiente. Seu estudo, por meio de coleta e análise de dados relacionados a tais fatores auxilia os comandantes e assessores militares no processo de tomada de decisão durante o planejamento e execução de operações militares." (RUIZ, 2014, p. 6)

O trecho acima, extraído do Plano Estratégico da Intervenção Federal na Área da Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, está contido no tópico "Peculiaridades da Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro", do referido documento. Nele, a equipe técnica de planejamento estratégico e gestão, formada por militares do Exército Brasileiro, apresenta breve contexto histórico sobre a segurança pública no estado: das raízes do crime organizado a partir da década de 70; passando pela escalada do tráfico de drogas e do fortalecimento do crime com a abertura política na década de 80; o surgimento das milícias, na primeira década dos anos 2000, com o início do projeto da instalação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) – "o maior projeto na área de segurança pública que o Estado já promoveu" –; até a "a crise política, moral e econômica" que atingiria "de forma crucial o Estado do Rio de Janeiro", no ano de 2017 (GIF/RJ, 2018a, pp. 14-19).

Quanto a 2018, é impossível não reparar no destaque dado pelo próprio Gabinete de Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro - GIF/RJ[34], em sua justificativa oficial, quanto ao papel dos meios de comunicação na divulgação das cenas e/ou notícias de violência ao longo do carnaval daquele ano:

> Já em 2018, após o carnaval, mais importante festa popular do Estado, ocasião em que a população brasileira observou inúmeros casos de violência pelos diversos meios de comunicação e, com o aumento da sensação de insegurança pela população fluminense, é decretada a Intervenção Federal pelo presidente da República, restrita à Área de Segurança Pública.

[34] "O GIF/RJ é o órgão de planejamento, coordenação e controle a serviço do Interventor Federal [...]", com a missão de "[...] contribuir com o estabelecido no Decreto de Intervenção Federal na área de Segurança Pública do Estado do RJ, com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do RJ, planejar, coordenar e executar ações que busquem efetivamente a recuperação da capacidade operativa dos Órgãos de Segurança Pública {OSP) e da SEAP, com a diminuição gradual dos índices de criminalidade, aumentando a percepção de segurança na sociedade fluminense e garantindo um ambiente seguro e estável." (GIF/RJ, 2018b, pp. 9 e 17)

Pois bem. Não obstante o nome – Plano Estratégico –, que pressupõe algo prévio, anterior ao que estaria por vir, a 1ª Edição do documento oficial foi divulgada publicamente tão somente cinco meses depois do início da intervenção federal, mais precisamente no dia 20 de julho de 2018. Na primeira página do Plano, reproduz-se a Portaria Normativa nº 05/Gabinete de Intervenção Federal (GIF), de 29/05/2018, que aprovou a 1ª Edição do documento. Não há justificativas explícitas quanto ao lapso temporal decorrido entre o início da intervenção em fevereiro, a aprovação da 1ª Edição do Plano em maio, e a sua publicação, em julho de 2018. Uma 2ª Edição do Plano Estratégico foi aprovada em 11 de outubro de 2018 – aproximadamente 11 semanas antes do fim da vigência da Intervenção –, por meio da Portaria Normativa nº 22/Gabinete de Intervenção Federal (GIF).

A despeito das publicações notoriamente tardias de ambas as edições, observa-se, no tocante à estrutura dos documentos, que suas etapas de construção resumiram-se a características comuns à elaboração de um planejamento: 1) diagnóstico da realidade atual; 2) visão da realidade transformada no futuro; 3) elaboração de objetivos que promovam essa transformação; e 4) levantamento das estratégias que consubstanciem os objetivos (BRASIL, 2018c).

Do Plano, e para a finalidade a que se destina este trabalho, alguns realces podem ser aqui apresentados. O primeiro é o concernente ao Diagnóstico Estratégico, subdividido em 'Ambiente Externo' e 'Ambiente Interno'. Naquele, identificam-se as *Oportunidades* e as *Ameaças* às ações estruturantes e emergenciais que visam ao cumprimento dos objetivos da intervenção. Nesse, os *Pontos Fortes* e os *Pontos Fracos*.

Nesse sentido, observa-se que o GIF/RJ pontuou, dentre as *Oportunidades*[35] listadas no documento, a "grande cobertura da mídia, falada e escrita, nacional e internacional", e a "sensação de insegurança manifestada pela sociedade". Quanto a esse ponto, inevitável não refletir à luz das palavras de Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 61, sem grifos no original), as quais, embora aparentemente limitadas ao sistema penal, encaixam-se como uma luva para justificar o quanto o aparato repressivo do Estado também se utiliza da mídia e da cultura do medo para legitimar suas intervenções:

> O poder da mídia na legitimação do sistema penal alcança, sob a globalização neoliberal, contornos tão específicos e importância tão decisiva, que o tema requer análise em separado. Seja como for, registre-se aqui que a mídia passa a colonizar, com imensas vantagens, a função legitimadora historicamente desempenhada pela Criminologia positivista [...], operando com o mesmo senso comum, criminologicamente modelado, **na dimensão do "espetáculo"** de amplíssimo alcance. Sobretudo a mídia televisiva, barbarizando a sua programação com a criminalidade convertida em *show* [...] prodigaliza, a um só tempo, a **cultura do "medo" do crime e do sentimento de insegurança** e a indignação contra os criminosos, contribuindo para fortalecer a ideologia penal e radicalizar a separação entre o **bem e o mal, "nós" e os outros** – *outsiders* – contra os quais, **"naturalmente" toda reação social, do aplauso ao** extermínio, passa a ser válida."

Dando continuidade, volto minha atenção para a "realização de manifestações e protestos por parte de grupos sociais politizados", curiosamente

[35] Há divergências entre o número de 'Oportunidades', 'Ameaças', 'Pontos Fortes' e 'Pontos Fracos' diagnosticados na 1ª e na 2ª Edição do Plano Estratégico. Na Edição mais recente, à exceção das 'Oportunidades', que eram 8 e foram reduzidas a 7, houve um aumento numérico em cada uma das demais listas: 'Ameaças', de 13 para 16; 'Pontos Fortes', de 10 para 13; e 'Pontos Fracos', de 05 para 08. Também é possível notar ajustes na redação. As mudanças, entretanto, não excluíram e/ou alteraram os destaques que foram apresentados neste artigo.

listada no rol de possíveis *Ameaças*. Antes, e para a apreciação que mais à frente se pretende consumar, convém abrir espaço para uma abordagem crítica quanto ao conceito liberal de cidadania, reproduzido, segundo Andrade (2003, p. 66), pela cultura jurídica dominante no Brasil, e com o marco mais simbólico – por conta de sua repercussão – na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791. Para a autora, a cidadania, nessa visão, é concebida "[...] como o direito à representação política", e o cidadão "[...] definido como indivíduo nacional titular de direitos eleitorais (votar e ser votado) e do direito de exercer cargos públicos".

Ocorre que, conforme Vera Andrade bem discorre, é preciso desconstruir alguns pressupostos daquele conceito para, então, reconstruir uma nova definição de cidadania "para além do liberalismo". Isso porque não cabe aprisionar-se na engessada dicotomia que separa os direitos do homem dos direitos do cidadão. Afinal, quem seria o homem? E quem seria o cidadão?

A autora avança em sua análise pontuando que essa mesma separação leva a uma outra dicotomia estrutural do liberalismo, que consiste na separação entre Estado (espaço público, lugar do poder e da política) e sociedade civil (espaço privado da vida, da economia ou das relações econômicas e domésticas). A partir dessa divisão, o liberalismo sustenta uma postura de atuação mínima do Estado, e subestima a existência do poder e da política na sociedade civil. É por isso, explica Andrade, que a opção democrática liberal repele a democracia participativa, que abrange a democratização e a politização da sociedade civil (ANDRADE, 2003, pp. 68-70).

Entretanto – e aqui chegamos à apreciação almejada alguns parágrafos acima –, é justamente na esteira do processo de ampliação do conceito de cidadania que se

situam os "grupos sociais politizados". São movimentos sociais ou comunitários de base, organizações profissionais, comitês de bairro, associações de moradores e de defesa dos direitos humanos, comunidades eclesiais de base, organizações de auxílio mútuo, organizações não-governamentais, dentre outros, os quais, segundo Andrade (2003, p. 73), "[...] têm encontrado, na micropolítica, uma nova forma de politizar o tratamento das questões sociais".

Forçoso, portanto, diagnosticar que, na visão do GIF/RJ, "grupos sociais politizados" são ameaças porque o conceito de cidadania considerado pelos participantes do planejamento e da execução do Plano – assentado pela cultura jurídica dominante – ainda não chegou ao nível conceitual da cidadania participativa, restringindo-se à compreensão de cidadania como representação política, do sujeito estático, apático, atomizado, que serve somente para votar, ser votado, e ocupar cargos públicos, não para envolver-se em "manifestações ou protestos", ainda mais contra a intervenção federal. A exploração pormenorizada dessa abordagem crítica é essencial para a consolidação da ideia de que, em verdade, as intervenções repressivas do Estado são muitas das vezes incompatíveis com um fortalecimento dos ideais democráticos.

O segundo realce pretendido a partir do Plano, e que propiciará o avanço para o tópico subsequente, consiste na descrição do primeiro e principal Objetivo Estratégico estabelecido pelo GIF/RJ (2018b, p. 26), acompanhado de duas de suas respectivas Estratégias e Metas mais interessantes para a abordagem que aqui se busca:

Diminuição gradual dos índices de criminalidade – consistente na "(...) redução dos índices relacionados às modalidades criminosas de letalidade violenta

(homicídio doloso, latrocínio, morte decorrente de intervenção policial e lesão corporal seguido de morte), roubo de veículos, roubo de rua e roubo de carga".

Quadro 2

Estratégia 1: Empregar com efetividade (eficiência e eficácia) as Forças de Segurança (OSP) no cumprimento de suas missões
Descrição da Meta: Adicionalmente às metas estipuladas para o ERJ estabelecidas pelo Sistema Integrado de Metas (SIM), que inclui as modalidades criminosas de Letalidade Violenta (Homicídio Doloso, Latrocínio, Morte Decorrente de Intervenção Policial e Lesão Corporal Seguida de Morte), Roubo de Veículo e Roubo de Rua as quais possuem um gradiente de redução previsto para o ano de 2018 em relação ao mesmo período do ano anterior, na ordem de - 5%, - 8% e - 9% respectivamente, reduzir, durante o período de Intervenção Federal, desconsiderando a segunda quinzena de fevereiro, o Roubo de Cargas em - 10% e, especificamente (sic) e o Latrocínio, em - 5% e -10%, respectivamente.
Indicadores de Desempenho: - Índices de redução de Roubo de Rua, Roubo de Veículos e Letalidade Violenta (conforme o SIM); e - Índices de redução de Roubo de Cargas e Latrocínio (percentagem de redução em relação ao mesmo período do ano anterior).
Prazo: até 31 de dezembro de 2018.
Responsáveis: Secretário de Intervenção Federal, Secretário de Estado de Segurança do Rio de Janeiro, Comandante Conjunto e Diretor de Planejamento e Operações da SIF

Necessidade de capacitação: não.

Fonte: GIF/RJ, 2018b, p. 52

Chama a atenção, no caso acima, a suposta desnecessidade de capacitação para uma estratégia que mostra-se inequivocamente dependente da área de Inteligência. Frisa-se que, na 1ª Edição do Plano Estratégico, a necessidade de capacitação na referida área foi devidamente identificada, sendo dispensada na 2ª Edição. Dentro da mesma Estratégia, outra meta:

Quadro 3

Estratégia 1: Empregar com efetividade (eficiência e eficácia) as Forças de Segurança (OSP) no cumprimento de suas missões.
Descrição da Meta: - Dotar a PMERJ de instrumento mais célere de registro de infrações penais.
Indicador de Desempenho: - Publicação do ato de adoção do instrumento
Prazo: até 31 de dezembro de 2018.
Responsáveis: Polícia Militar do Estado do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), em coordenação com a SESEG e a PCERJ
Necessidade de capacitação: sim; capacitação de pessoal, a cargo da PMERJ.

Fonte: GIF/RJ, 2018b, p. 53

Aqui, o referido 'instrumento mais célere' consiste em implantar "[...] um sistema de registro de ocorrência policial utilizando o sistema "*mobile*" instalado nas viaturas da PMERJ", de modo a "[...] permitir o registro de ocorrências de infrações de menor potencial ofensivo por parte de guarnições da PMERJ" (GIF/RJ, 2018b, p.

54). Na 1ª Edição do Plano Estratégico, fazia-se menção à expressão "Termo Circunstanciado", abolida na Edição seguinte[36].

Dando sequência à análise de outra Estratégia, visualiza-se, abaixo, situação semelhante à Estratégia 1:

Quadro 4

Estratégia 2: Buscar a efetividade (eficiência e eficácia) das Forças de Segurança (OSP)
Descrição da Meta: – Executar 80% as ações planejadas das Forças de Segurança (CCj e OSP) com base na análise das manchas criminais (PMERJ e PCERJ) e termais de eventos adversos (SEDEC/CBMERJ).
Indicador de Desempenho: - Número de ações planejadas e realizadas com base na avaliação da dinâmica geográfica do crime (manchas criminais) e eventos adversos (manchas termais).
Prazo: até 31 de dezembro de 2018.
Responsáveis: Secretários de Estado de Segurança e de Defesa Civil.
Necessidade de capacitação: não.

Fonte: GIF/RJ, 2018b, p. 54

[36] O Termo Circunstanciado de Ocorrência possui previsão legal no art. 69 da Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Da leitura do dispositivo, parte da doutrina e da jurisprudência infere que a expressão "autoridade policial", citada no artigo como responsável pela lavratura do TCO, configura-se como o Delegado de Polícia Civil, de modo que impor à polícia militar função de polícia investigativa não coadunaria com sua competência constitucional. Não obstante, jurisprudência mais recente, oriunda do próprio STF, vem apresentando entendimento contrário, favorável à lavratura de TCO por PM's, conforme se verifica no RE 1050631/SE (Relator: Ministro Gilmar Mendes – 22/09/2017).

Igualmente ao observado na Estratégia 1, causa estranheza a efetivação de ações planejadas, concernentes na avaliação da dinâmica geográfica do crime e de eventos adversos (GIF/RJ, 2018b, p. 54), sem necessidade de capacitação, em especial na área de Inteligência.

A justificativa para o destaque do Objetivo supra, em conjunto com duas de suas estratégias e respectivas metas, vem exatamente da não concretização das metas previstas em suas estratégias, assunto sobre o qual versarei mais pormenorizadamente a seguir.

3.1 Os resultados da intervenção

> Uma solenidade no Palácio Duque de Caxias, sede do Comando Militar do Leste, marcará, hoje, o encerramento da intervenção federal na segurança pública do estado. Depois de nove meses, ela chega ao fim com uma redução nos índices de oito dos 12 tipos de roubos monitorados pelo Instituto de Segurança Pública fluminense. Diminuir um deles era um de seus principais objetivos: para os militares que estiveram à frente do processo de reestruturação das ações de policiamento, os assaltos a caminhões vinham impulsionando uma escalada da violência no Rio. Numa comparação entre os períodos de março a novembro de 2017 e 2018, os roubos de cargas tiveram uma queda de 19,58% (O GLOBO, 27/12/2018).

Os resultados da intervenção merecem ser analisados de forma comparativa, para que se chegue a uma análise crítica sobre a sua real eficácia durante o período em que fora vigente. Não custa também demonstrar que injetou-se 1,2 bilhão de reais de recursos federais para o feito.

Pois bem. Conforme destacado no Quadro 2, supra, um dos indicadores de desempenho relativos ao objetivo estratégico de diminuição gradual dos índices de criminalidade consistia nos índices de redução de letalidade violenta, caracterizada

pelos homicídios dolosos, latrocínios, mortes por intervenção de agentes do Estado e lesão corporal seguida de morte.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018 (FBSP, 2018, p. 82) explica a relevância da contagem do número de homicídios como um termômetro fundamental dos fenômenos gerais de crime e violência. Isso porque, dentre outros aspectos, como a sua incontestável gravidade, há uma menor subnotificação em relação às demais naturezas de crimes violentos, como roubos e crimes sexuais:

> No campo da segurança pública, a contagem do número de homicídios sempre foi um importante mecanismo de mensuração da violência. Em primeiro lugar, a gravidade deste crime é um importante fator que explica sua consolidação como o indicador mais comumente utilizado. Além disso, o homicídio é, frequentemente, um dos crimes mais bem notificados. Em casos de furtos e roubos, por exemplo, há uma grande quantidade de ocorrências cujas vítimas não têm incentivo para fazer a queixa à polícia, seja pelo baixo valor do bem subtraído ou pela descrença no sucesso de uma investigação que poderia recuperá-lo. Já no caso dos crimes sexuais, uma grande parte da subnotificação se explica pelos custos em que a vítima incorre ao denunciar, tais como exposição e julgamento social ou revitimização por parte das autoridades que deveriam protegê-la.

De acordo com o último relatório emitido pelo Observatório da Intervenção (CESeC, 2019, p. 4), durante os 320 dias de vigência da intervenção, 6.041 pessoas foram mortas de forma violenta em todo o estado do Rio de Janeiro, representando uma redução de 1,7% em relação ao mesmo período de 2017. Não custa destacar que a Capital e a Baixada Fluminense tiveram quedas mais significativas – 9,4% e 6,5%, respectivamente. Não obstante, observa-se clara migração da criminalidade para o interior do estado, no qual registrou-se 1.648 óbitos, índice 15,8% maior do que o mesmo período no ano anterior.

Entre fevereiro e dezembro de 2018, foram registrados 4.468 homicídios dolosos. Dentro do grupo da letalidade violenta, essa foi a categoria que apresentou maior redução: 8,2% em relação ao mesmo intervalo de 2017. Na mesma esteira do observado no parágrafo anterior, o interior fluminense ganhou destaque, com aumento de 11,6% de homicídios dolosos em relação ao ano anterior (CESeC, 2019, p. 5).

Outra observação relevante diz respeito às mortes violentas cometidas por policiais e militares durante a intervenção, 1.375 casos, que representaram 22,7% do total de mortes por letalidade violenta (CESeC, 2019, p. 5). O percentual elevado torna-se ainda mais preocupante quando comparado à proporção de mortes decorrentes de intervenções policiais em relação às mortes violentas intencionais nos anos de 2016 e 2017: respectivamente, 6,9% e 8,1% (FBSP, 2019, p. 27). Mais uma vez, o interior do estado foi a região onde ocorreram as maiores altas, segundo o último relatório do Observatório da Intervenção, com 82,6% de aumento. A Baixada Fluminense também registrou aumento significativo, com 60,8%, comparativamente a 2017 (CESeC, 2019, p. 6).

Concernentemente aos crimes contra o patrimônio, os números evidenciam a prioridade dada pelas ações de intervenção a essas modalidades criminosas, que "afetam intensamente o cotidiano e a percepção de segurança da população" (CESeC, 2019, p. 7). Nessa senda, referentemente aos roubos de rua (que incluem roubo a transeunte e roubo em coletivo), houve uma elevação de 1% em relação ao mesmo período de 2017, o que demonstra uma estabilidade. Segundo as informações obtidas do Observatório da Intervenção, a Capital do estado e a Baixada Fluminense apresentaram reduções de, aproximadamente, 2%, enquanto a Grande Niterói e o interior do estado registraram um aumento de 13%.

O destaque, no entanto, volta-se para os roubos de carga, que tiveram redução de 17,2% em todo o estado, com índices ainda maiores na Capital (-29,5%) e na Baixada Fluminense (-23,6%), ainda de acordo com as análises do Observatório. O Relatório da Intervenção não ignorou, entretanto, os aumentos registrados na Grande Niterói e no interior do Rio, correspondentes a 19,1% e 46,5%, respectivamente. Ademais, ressaltou que as reduções mantiveram-se tão somente até setembro de 2018, a partir de quando iniciaram-se movimentos de alta consecutiva: segundo o Relatório, uma demonstração de que "(...) as estratégias adotadas pela intervenção para o combate dos roubos de carga (...) não foram eficazes na manutenção da queda obtida entre abril e setembro de 2018" (CESeC, 2019, pp. 7 e 8).

A queda no roubo de cargas foi fortemente propagandeada pela mídia ao longo de 2018 e também no início de 2019, com o fim da intervenção[37]. Mas convém alertar que a análise do indicador como motivo de comemoração não pode ser feita de forma isolada, ignorando-se, por exemplo, os valores dispendidos com as operações[38] e a elevação do número de tiroteios (8.613 registros, representando um aumento de 56,6% em relação a 2017). Outrossim, consoante já pontuado nos quadros 2 e 4, não houve investimento em capacitação, o que põe em dúvida se as reduções observadas resultaram de uma efetiva desarticulação de organizações criminosas (o que somente é possível com um trabalho de inteligência policial/militar) ou tão somente de uma sufocamento de regiões com alto índice de crimes patrimoniais (CESeC, 2019, p. 11).

[37] Gabinete de Intervenção Federal, 2018; GAIER, 2019; ESTADÃO CONTEÚDO, 2018b.
[38] Foram monitoradas 711 operações.

4 O ENFRAQUECIMENTO DOS IDEAIS DEMOCRÁTICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

> O Rio precisa de políticas que coloquem a vida em primeiro lugar. A intervenção foi uma chance perdida de estabelecer essa prioridade e mudar o contexto da segurança pública no estado. (Observatório da Intervenção, 2019)

O fenômeno da violência é complexo, na medida em que norteado por uma "série de fatores complementares ou suplementares, bem como elementos díspares" (CARMONA, 2014, p. 103), encerrando, por conseguinte, dificuldade considerável de tratamento. Segundo Paulo Afonso Cavichioli Carmona (2014, p. 103), a diversidade de elementos que integram o fenômeno trouxe a necessidade de classificar as inúmeras causas da violência em causas sociais, culturais, econômicas e biopsicológicas, sem prejuízo, em suas palavras, de outros fatores adjacentes.

A intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro representou um modelo de segurança pública baseado em confrontos (CESeC, 2018, p. 4), o que foi possível visualizar a partir dos resultados apresentados no tópico anterior. O que chama a atenção, contudo, é que em momento algum foram apresentadas, seja pelo Governo Federal, seja pelo interventor nomeado, General Walter Sousa Braga Netto, quaisquer outras medidas que visassem ao efetivo tratamento das causas da violência no Rio.

Não se falou em investimentos em educação – com especial foco à formação para a cidadania –, nem em combate às consequências da segregação urbana, como a falta de infraestrutura urbana e a precariedade dos serviços públicos, quase sempre ausentes nas regiões mais periféricas. Também não se discutiu alternativas para aumento da oferta de emprego ou melhoria das condições precárias de trabalho, especialmente entre os jovens mais vulneráveis. Tampouco falou-se em facilitação do

acesso à cultura ou ao esporte, ou em redução da desigualdade social, ou em disseminação de uma cultura de paz nas escolas e demais tipos de organizações sociais. Não houve, ainda, priorização da área de inteligência policial/militar, visando a uma eficiente desarticulação de organizações criminosas, muito menos tratou-se de políticas relacionadas à redução da violência policial e ao combate à vitimização de mulheres e negros. A discussão sobre a política de combate às drogas, sabidamente ultrapassada e ineficaz, também não ganhou corpo, contribuindo para a retroalimentação do encarceramento em massa de uma imensa população, predominantemente negra e/ou mestiça, formada de pequenos intermediários do varejo do narcotráfico.

A violência foi tão somente reprimida com mais violência, a partir de uma estratégia desprovida de um plano estruturado de ação – publicado tão somente cinco meses após o seu início –, e com marcantes episódios de violação de direitos civis: os mandados coletivos de busca, apreensão e prisão, propostos pelo então Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, e que não avançaram frente à reação negativa da comunidade jurídica; a revista de mochilas de crianças uniformizadas a caminho da escola por militares, na favela Kelson's; a abordagem aleatória de moradores na Vila Kennedy, ocasião em que eram fotografados por militares, junto aos seus respectivos documentos de identificação (CESeC, 2018, p. 8).

Recentemente, um dos reflexos da intervenção foi o assassinato do músico Evaldo dos Santos Rosa, de 51 anos, em uma ação de uma equipe do Exército na zona norte do Rio de Janeiro. O carro que dirigia, no qual também estavam sua esposa, seu sogro, seu filho de 7 anos e uma afilhada do casal, de 13 anos, foi atingido por 80 tiros no dia 07 de abril de 2019 (FÁBIO, 2019).

O caso é ainda mais emblemático quando se relembra que a intervenção militar deveria durar até dezembro de 2018. O motivo da atuação das Forças Armadas ainda em abril de 2019, quatro meses após o término de seu poder de polícia, é uma resposta que se deve a toda a sociedade.

Outra abordagem necessária para as considerações finais deste trabalho diz respeito a como a população irá reagir frente a possíveis políticas oficiais de suspensão de direitos, em caso de agravamento das condições de insegurança. É o caso da proposta de abate de "criminosos armados com fuzil", apresentada pelo governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (REVISTA FÓRUM, 2019):

> As polícias vão agir. Não vamos deixar pedra sobre pedra. Quem desafiar a lei, desafiar o nosso estado, vamos agir com rigor, vamos fazer os trabalhos junto às comunidades. Por que não é possível viver como nós estamos vivendo hoje com bandidos de fuzil nas comunidades. Se um bandido é visto com um fuzil num shopping do Leblon, certamente ele será abatido. Se for em uma comunidade carente, também será. Não podemos tolerar essa violência toda que está aí.

A utilização político-ideológica da insegurança, que ganha força e solidez a partir de um ambiente desorganizado socialmente, permeado de isolamento e alienação – com correlação direta com a cultura do medo –, consiste em uma poderosa ameaça aos ideais que se pretende alcançar em um estado democrático de direito. Impõe-se, na visão desta autora, ampliar o horizonte de possibilidades da cidadania, com um efetivo fortalecimento da sociedade civil, e faz-se necessário mudar o foco, superando-se as estratégias repressivas e claramente ineficazes de atuação estatal e abrindo espaço para o desenvolvimento de políticas sociais e culturais com efeito real sobre as complexas causas da violência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AQUINO, Yara; RODRIGUES, Alex. Temer vai suspender intervenção no Rio para votação da reforma da Previdência. *Agência Brasil*, Brasília, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-02/temer-vai-suspender-intervencao-no-rj-para-votacao-da-reforma-da>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BARROS, Mariana. Dos dez apartamentos mais caros do Brasil, nove ficam numa mesma cidade, a maioria em um trecho de apenas quatro quilômetros: Conheça os valores e as metragens dessas preciosidades. *Veja*, fev. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/cidades-sem-fronteiras/dos-dez-apartamentos-mais-caros-do-brasil-nove-ficam-numa-mesma-cidade-a-maioria-em-um-trecho-de-apenas-quatro-quilometros-conheca-os-valores-e-as-metragens-dessas-preciosidades/>. Acesso em: 04 nov. 2018

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. Rio de Janeiro: lugar e controle social. In: BÈZE, P. M. G.

(org.). *Direito Penal.* Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/606658aa6b94589ac7ec7bfeec 1aaa90.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BENITES, Afonso. Bolsonaro inicia campanha pedindo votos para "bancada da metralhadora". *El País*, mar. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/08/politica/1520481606_121225.html>. Acesso em: 04 nov. 2018

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Organização do Estado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018*. Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Planejamento Estratégico 2016-2019:* Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Subsecretaria de Planejamento e Orçamento. Brasília: MP, 2018. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/o-ministerio/pe-2016-2019-atualizado-20-07-2018-1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019

BRASIL. Presidência da República. Planalto. *Discurso do Presidente da República, Michel Temer, durante Assinatura do Decreto de Intervenção na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro - Brasília/DF*, 16 fev. 2018. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-assinatura-do-decreto-de-intervencao-na-seguranca-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro-brasilia-df>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. 2. ed., 4ª impressão. São Paulo: Contexto, 2018.

DOS SANTOS, Gislene Aparecida. *Medos e Preconceitos no Paraíso.* In: INTERNATIONAL CONGRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION - LASA, XXII, 2000, Miami. Anais Eletrônicos... Miami: LASA, 2000. Disponível em: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2000/GSantos.PDF>. Acesso em: 26 nov. 2018.

ESTADÃO CONTEÚDO. Quem é Wilson Witzel, o candidato que disparou para liderança no RJ. *Revista Exame*, out. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/quem-e-wilson-witzel-o-candidato-que-disparou-para-lideranca-no-rj/>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ESTADÃO CONTEÚDO. Sob intervenção, Rio tem queda em roubo de carga, mas sofre com tiroteios. *Revista Istoé*, dez. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/sob-intervencao-rio-tem-queda-em-roubo-de-carga-mas-sofre-com-tiroteios/>. Acesso em: 14 abr. 2019

FÁBIO, André Cabette. Os 80 tiros de militares contra um carro com uma família dentro. *Nexo Jornal*, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/04/08/Os-80-tiros-de-militares-contra-um-carro-com-uma-fam%C3%ADlia-dentro>. Acesso em 15 abr. 2019.

FERREIRA, Carla Froener; WENDT, Valquiria Palmira Cirolini. Segregação urbana, cultura do medo e sociedade de consumo urbana. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo,* Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-15, jan/jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/673/667>. Acesso em: 10 jun. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*, São Paulo, ano 12, 2018. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Gabinete de Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro - GIF/RJ. *Plano Estratégico da Intervenção Federal na Área da Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Meira Matos - Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, 2018. Disponível em: <http://olerj.camara.leg.br/entenda/plano-estrategico-do-gabinete-da-intervencao-federal-na-seguranca-publica-do-estado-do-rio-de-janeiro>. Acesso em: 05 mar. 2019.

Gabinete de Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro - GIF/RJ. *Plano Estratégico da Intervenção Federal na Área de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: IFERJ, 2018. Disponível em: <http://olerj.camara.leg.br/entenda/planorevisado.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Gabinete de Intervenção Federal. *Roubo de carga segue tendência de queda*. Out. 2018. Disponível em: <http://www.intervencaofederalrj.gov.br/imprensa/releases/roubo-de-cargas-cai-15-em-setembro-no-estado-do-rio-de-janeiro>. Acesso em 14 abr. 2019.

GAIER, Rodrigo Viga. *Roubo de cargas cai com intervenção no RJ, mas aumentam mortes em ações de agentes de segurança*. Jan. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/roubo-de-cargas-cai-com-intervencao-no-rj-mas-aumentam-mortes-em-acoes-de-agentes-de-seguranca-23384185.html>. Acesso em 14 abr. 2019.

G1 Rio. *Crivella viaja à Europa durante carnaval do Rio e confirma ausência de desfiles.* Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/carnaval/2018/noticia/crivella-viaja-a-europa-durante-carnaval-do-rio-e-confirma-ausencia-de-desfiles.ghtml>. Acesso em: 29 nov. 2018.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 21.

INSTITUTO DE POLÍTICA ECONÔMICA APLICADA – Ipea. *Políticas Sociais – acompanhamento e análise nº 25:* Cultura. 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=31656&Itemid=9>. Acesso em 29 out. 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MANSO, Bruno Paes. Ação e discurso – sugestão para o debate da violência. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). *Insegurança Pública*: Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

MINISTÉRIO DA DEFESA. *Garantia da Lei e da Ordem*. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes/garantia-da-lei-e-da-ordem>. Acesso em: 25 ago. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Lava-jato*: Entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 20 ago. 2018.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. *Revista Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 10, n. 2, p. 183-198,

jul./dez. 2005. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/2172>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA (CESEC) DA UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. *Intervenção no Rio: À deriva, sem programa, sem resultado, sem rumo. Relatório dos dois primeiros meses de intervenção (16 de fevereiro a 16 de abril de 2018).* Rio de Janeiro: Observatório da Intervenção/CESeC, abril de 2018. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/textodownload/deriva-sem-programa-sem-resultado-sem-rumo/>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA (CESEC) DA UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. *Intervenção Federal: um modelo para não copiar (16 de fevereiro de 2018 a 16 de fevereiro de 2019).* Rio de Janeiro: Observatório da Intervenção/CESeC, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1UPulZi6XpsK8DQo6c5oVmwUFUhypkOpA/view>. Acesso em: 03 mar. 2019.

REVISTA FÓRUM. *Witzel diz que bandido com fuzil será "abatido" no shopping do Leblon ou em comunidade carente*. 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/witzel-diz-que-bandido-com-fuzil-sera-abatido-no-shopping-do-leblon-ou-em-comunidade-carente/>. Acesso em: 15 abr. 2019.

RODRIGUES, Fabiana. *A concentração midiática brasileira e a desejada liberdade de expressão*. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES DA HISTÓRIA DA MÍDIA - ALCAR, 7., 2009, Fortaleza. Anais Eletrônicos... Fortaleza: UNIFOR, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/7o-encontro-2009-1/A%20concentracao%20midiatica%20brasileira%20e%20a%20desejada%20liberdade%20de%20expressao.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

RUIZ, Sandro Silva. *O Terreno Humano e as Operações de Paz*. 2014. 105 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Militares) - Escola de Comando e Estado Maior, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WIlyQpZStisJ:www.eceme

.eb.mil.br/images/IMM/producao_cientifica/dissertacoes/sandro-silva-ruiz.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 mar. 2019.

SANTOS, M. C. C. L. dos. (1997). Conceito médico-forense de morte. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, *92*, 341-380. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v92i0p341-380>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SOUZA, Kelly Ribeiro Felix de. O Sistema Penal como Instrumento de Controle Social: o papel da pena privativa de liberdade. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 164-180, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/38>. Acesso em: 25 abr. 2018.

TEIXEIRA, Marieli Rangel. *As propriedades do jornalismo sensacionalista*: uma análise da cobertura do caso Isabella Nardoni. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2064/1/000432475-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE. *Estatísticas Eleitorais - 2014*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 02 nov. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE. *Divulgação de Resultados de Eleições - 2018*. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso em: 02 nov. 2018.

VALOR ECONÔMICO. *Leia a íntegra da segunda denúncia da PGR contra Temer e pemedebistas*. 14 set. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5119948/leia-integra-da-segunda-denuncia-da-pgr-contra-temer-e-pemedebistas>. Acesso em 20 mar. 2018.

WAINBERG, Jacques A. *Mídia e terror*: comunicação e violência política. São Paulo: Paulus, 2005.

XAVIER, Gustavo Luiz. *Reforma da Previdência é retirada da pauta de votações da Câmara dos Deputados*. RADIOAGÊNCIA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/553548-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-E-RETIRADA-DA-PAUTA-DE-VOTACOES-DA-CAMARA-DOS-DEPUTADOS.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

O LIMITE DA RACIONALIDADE WEBERIANA NA POSITIVAÇÃO DO ABORTO: O CORPOR FEMININO E O DIREITO DE DECIDIR

Bárbara de Sá Naves

Resumo

A discussão a respeito da existência da prática de abortamento ilegal já está superada, pois este é realizado a despeito da lei. Por isso, esta monografia preocupa-se em debater a urgência de se pensar alternativas que viabilizem o abortamento voluntário seguro e o fim da criminalização deste fenômeno que gera somente riscos à saúde e à vida das mulheres. Busca-se analisar o aborto a partir dos conceitos da sociologia weberiana do direito e demonstra a fragilidade dos argumentos utilizados para defender a criminalização e a manutenção da lei e, fundamentada nessa discrepância entre a norma e a realidade, investiga sob quais argumentos e com quais finalidades a criminalização do aborto se mantém, tendo em vista que a norma e a clandestinidade do aborto são prejudiciais para a sociedade como um todo, mas principalmente para as mulheres, que são as principais atingidas pelas consequências do abortamento.

Palavras-chave: Sociologia jurídica. Direito. Norma. Aborto. Racionalidade. Racionalização. Fetichismo da subjetividade

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto objeto de estudo, pode ser pensado a partir de diferentes perspectivas. Como resultado disso, a análise dos fenômenos jurídicos apenas com base na Dogmática Jurídica tem se mostrado insuficiente A interface com outros ramos do conhecimento paulatinamente vem sendo utilizada. E, como corolário disso, métodos de observação, de interpretação e conceitos de outras ciências vêm

gradualmente servindo como subsídios para que se entenda o sentido e o impacto que o Direito tem na vida dos indivíduos e na sociedade como um todo.

Fundamentado nessa constatação, este trabalho teve como finalidade, a partir da problematização da criminalização do aborto no contexto brasileiro, estabelecer um diálogo entre o Direito e a Sociologia do Direito. Busca-se, com isso, entender o fenômeno jurídico do abortamento não apenas a partir da normatividade, mas também enquanto fenômeno produzido e, ao mesmo tempo, produtor de fenômenos sociais.

Conquanto as pessoas saibam sobre a existência da prática do aborto, falar sobre esse fenômeno ainda é tabu dentro da sociedade brasileira. Isso se explica, muitas vezes, pelo caráter ilegal e imoral que a prática carrega. Consequentemente, a investigação sobre essa questão enfrenta lacunas e desafios e, por conseguinte, é por essa razão que se faz necessário o debate.

Dentre todo o espectro que a Sociologia do Direito oferece, por uma questão de recorte investigativo e metodológico, escolheu-se analisar o aborto no Brasil a partir da perspectiva da Sociologia do Direito de Max Weber. Ao dar início à pesquisa bibliográfica sobre o tema, em uma primeira análise dos dados a respeito do aborto no Brasil, constatou-se a existência de dois discursos diferentes.

Notou-se que havia o discurso normativo formal, baseado em leis e normas – e que proíbe o aborto. E constatou-se, também, haver o discurso normativo espontâneo ou informal, construído dentro e a partir de um microuniverso e que permitia e justificava a prática do aborto.[1]

[1] Para melhor entendimento sobre o desenvolvimento dos conceitos de discurso normativo formal e discurso normativo espontâneo, recomenda-se a leitura da monografia "NAVES, Bárbara de Sá.

Considerando todas as interpretações que esse fenômeno suscita, optou-se por não estender a problematização ao aspecto moral. Isso significa que o trabalho não se preocupou em tecer julgamentos sobre o acerto ou o erro da decisão de abortar. Igualmente não se despendeu grandes considerações sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto - – ainda que, brevemente, tenham sido apontadas problematizações sob o prisma de princípios constitucionais e sob o enfoque da eficácia da lei. Isso não quer dizer, porém, que o discurso normativo formal não tenha sido analisado. Entretanto, isso se deu sob a ótica da sociologia e não com base nos aspectos dogmáticos da norma.

O objetivo do presente trabalho então, a partir da lógica weberiana, foi primeiramente entender o fenômeno em si para, posteriormente, compreender de que maneira o comportamento dos indivíduos – mais especificamente das mulheres – influencia, é influenciado ou deixa de ser influenciado pela normatividade vigente e quais as consequências disso.

Sob a descoberta da coexistência de dois discursos diametralmente opostos – pois um condena o aborto e o outro, legitima-o – dentro de um mesmo universo – e, dado que existe uma probabilidade da norma não ser obedecida e partindo-se do reconhecimento de que no caso em análise ela de fato não o é, pretendeu-se, além de investigar o fenômeno do aborto, propor uma problematização sobre o descumprimento da norma vigente.

Mulheres, ampolas e músculos : uma análise da sociologia jurídica sobre o uso de esteróides anabolizantes em academias de ginástica e a Lei" Mulheres, ampolas e músculos: uma análise da sociologia jurídica sobre o uso de esteróides anabolizantes em academias de ginástica e a Lei. 2017. 67 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Sociais)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/18544

O trabalho se dedicou a entender e a explorar de que maneira a construção do discurso normativo espontâneo é feito. Ou seja, procurou-se entender e investigar como esse discurso surge, a quais valores está ligado e de que maneira o confronto entre este e o discurso normativo formal impacta na vida das mulheres.

A presente monografia está dividida em 3 capítulos. O primeiro capítulo tem como objetivo apresentar dados que forneçam subsídios para uma discussão mais ampla sobre o assunto. Num primeiro momento, busca-se trazer uma breve conceituação do que é o aborto à luz da legislação vigente. Em seguida, foram trazidas as estatísticas em torno do fenômeno.. E, por fim, foi feita uma análise de três importantes julgados no STF sobre o tema.

No segundo capítulo, objetivou-se entender o aborto à luz de conceitos weberianos como ação social, a teoria do valor, a racionalização, a autoridade e os tipos de dominação estabelecendo uma relação entre estes e o direito.

No terceiro e último capítulo, depois de fornecidos aspectos teóricos e dados estatísticos sobre o assunto, buscou-se fazer um confronto de realidades baseado no confronto entre os dois discursos coexistentes. Preocupou-se em estabelecer uma problematização a respeito dos reais objetivos da criminalização do aborto, a ineficácia da norma vigente e como esta proibição impacta negativamente a vida das mulheres.

1 MAPA DO ABORTO: DEFINIÇÃO E DIMENSÃO ESTATÍSTICA

1.1 O conceito e a legislação

Antes de iniciar qualquer estudo sobre o aborto, é preciso primeiro que se entenda o que é esse fenômeno, como ele ocorre e como ele é interpretado dentro da

sociedade brasileira. Existem diversas formas de se pensar o aborto e diversos pressupostos que são escolhidos para analisá-lo.

Do ponto de vista semântico gramatical, abortar significa "interromper o sucesso ou a continuação de algo; expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade".[2] Mas, ainda que esse conceito pareça claro o suficiente, segundo Débora Diniz[3], há diversos pressupostos que influenciam na escolha e seleção de cada conceito que será utilizado como ponto de partida para a investigação.

Ela, por exemplo, opta por utilizar uma nomenclatura mais próxima do discurso médico. Segundo esse discurso, há quatro tipos de aborto. São eles:

1.... Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos etc. Comumente, sugere-se o praticado pela medicina nazista como exemplo de IEG quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, a IEG processa-se contra a vontade de gestante, sendo esta obrigada a abortar;

2.... Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço científico e tecnológico ocorrido na medicina, os casos de ITG são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exigem tal procedimento;

3.... Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais,

[2] Disponível em: https://dicionariodoaurelio.com/aborto

[3] ALMEIDA, Marcos de; DINIZ, Débora. Bioética e aborto. In: Iniciação à bioética. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm Acesso em: 16/11/2018

isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que justificam a solicitação de ISG são patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo o exemplo clássico o da anencefalia;

4.... Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é situações em que se interrompe a gestação porque a mulher ou o casal não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Muitas vezes, as legislações que permitem a IVG impõem limites gestacionais à prática.

Para os fins deste trabalho, e partindo da nomenclatura mais próxima do discurso médico oficial, interessaria explorar melhor e apresentar maiores perspectivas e discussões a respeito da interrupção voluntária. Entretanto, para que se entenda a análise em torno dessa questão, é preciso que de igual maneira se problematize a interrupção seletiva.

Partindo desse pressuposto, faz-se necessário destacar que, no Brasil, a partir da legislação vigente, o aborto é classificado de três formas, quais sejam, o aborto seletivo, o aborto terapêutico e o aborto voluntário. Segundo o Código Penal brasileiro, o aborto voluntário é crime punível com detenção ou reclusão, como determinam os artigos 124 a 127[4].

[4] Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.
Aborto provocado por terceiro
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência
Forma qualificada

O Código Penal, por outro lado, prevê no art. 128, I e II[5], duas situações específicas em que o ato de abortar, desde que praticado por médico, não é punível, sendo essas duas exceções exemplos claro do que seria o denominado aborto terapêutico.

E, por fim, há outra situação em que o aborto não é punível, sendo esta possibilidade exemplo de interrupção seletiva da gravidez. Trata-se do caso dos fetos anencéfalos. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 54[6]. A partir dessa ação, a interrupção da gravidez nessa situação passou a ser interpretada como uma interrupção terapêutica da gestação, e não como aborto.

1.2 OS NÚMEROS DO ABORTO NO BRASIL

Embora o aborto voluntário seja tipificado como crime no Brasil e, por isso, seja proibido, tal fenômeno é praticado reiteradamente pelas mulheres brasileiras. O efeito dessa situação na prática é que esse interdito proibitório não cumpre a sua função primordial, que seria o impedimento do ato de abortar, mas apenas o torna inseguro para aquelas que pretendem se submeter a ele.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

[5] Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamento n. 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de junho de 2004. Diário da Justiça, Brasília-DF, 10 de maio de 2013.. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54 Acesso em 16/11/2018.

Dados sobre a prática do aborto no Brasil ainda são difíceis de serem obtidos. Por isso, esse trabalho se concentrará nos resultados da Pesquisa Nacional de Aborto de 2016 (PNA 2016)[7] que, além de conseguir atualizar os dados obtidos na PNAD 2014, também forneceu subsídios para a discussão na ADPF 442[8]. Segundo a pesquisa[9],

> o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: em 2016, quase 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos já realizou, pelo menos, um aborto. Em 2015, foram, aproximadamente, 416 mil mulheres. Há, no entanto, heterogeneidade dentro dos grupos sociais, com maior frequência do aborto entre mulheres de menor escolaridade, pretas, pardas e indígenas, vivendo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Como já mostrado pela PNA 2010, metade das mulheres utilizou medicamentos para abortar, e quase a metade das mulheres precisou ficar internada para finalizar o aborto.

Essa pesquisa teve como método um inquérito domiciliar em área urbana e contou com o depoimento de mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos, no ano de 2016. A técnica utilizada foi uma combinação entre o questionário de urna e entrevistas face-a-face. Como resultado, observou-se que até os 40 anos, 1 em cada 5 mulheres já tinham se submetido à prática do aborto.

Segundo a pesquisa[10],

---

[7] DINIZ et al. Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25(4): 939-942, abr, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf Acesso em: 16/11/2018

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamento n. 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Min. Rosa Weber.. Brasília, DF, 08 de março 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 1º de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865 Acesso em 16/11/2018.

[9] Ibidem, p. 653

[10] Ibidem, p. 654.

> O aborto é comum entre as mulheres brasileiras. Das 2.002 mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas pela PNA 2016, 13% (251) já fez ao menos um aborto.
>
> há uma frequência maior do último aborto entre as mulheres jovens, com 29% (73) dos abortos ocorrendo em idades que vão de 12 a 19 anos, 28% (70) dos 20 aos 24 anos, caindo para abaixo de 13% (32) a partir dos 25 anos.
>
> Em 2016 o total estimado de mulheres de 18 a 39 anos no Brasil, incluindo as vivendo em áreas rurais, era de 37.287.746. Extrapolando-se a partir das taxas de aborto de alfabetizadas urbanas (13%), o número de mulheres que, em 2016, já fez aborto ao menos uma vez, portanto, seria em torno de 4,7 milhões. (grifos meus)

Quanto aos meios levantados para o abortamento, a pesquisa levantou que[11]

> [m]etade das mulheres brasileiras abortou usando medicamentos. Como o medicamento mais comum para isso é o misoprostol (cujo nome comercial mais conhecido é Citotec®), justamente o recomendado pela Organização Mundial de Saúde para a realização de abortos seguros, é provável que a mortalidade por complicações seja, hoje, menor do que em décadas passadas. Permanecem, no entanto, outros riscos importantes à saúde, o que se nota pelo fato de que metade das mulheres que abortou precisou ser internada para o finalizar, além de efeitos não explorados na PNA, como os sobre a saúde mental.

Sobre essa constatação, necessário destacar com números mais precisos que 48% das mulheres entrevistadas, o que representa 115 mulheres, foram internadas para finalizar o aborto. Constata-se, portanto, que o abortamento gera repercussões para além da interrupção da gravidez em si. Segundo dados do

[11] Ibidem, p. 660

Ministério da Saúde[12], o Sistema Único de Saúde – SUS – gastou de 2008 a 2017 R$ 486 milhões de reais com internações por complicações por aborto.

Do total das internações, o Ministério esclareceu que 75% delas foi ocasionada por abortos provocados. Ainda segundo os dados do Ministério da Saúde, em dez anos o Brasil teve entre 9,5 a 12 milhões de abortos provocados. Ainda segundo os dados, aproximadamente 262 mulheres morrem anualmente em decorrência de abortamentos mal sucedidos. Mas como estudiosos destacam, esse número pode não condizer com a realidade, tendo em vista o caráter clandestino de tal prática.

Como conclusão, compulsando os dados coletados, tem-se que o aborto é recorrente e ocorre entre mulheres comuns. É mais frequentemente observado entre mulheres jovens, mas não exclusivamente praticado por elas. Mulheres novas e mais velhas, casadas, de todas as regiões do Brasil, de todos os níveis educacionais e aquisitivos, de todas as classes sociais e grupos raciais abortam.

A pesquisa ainda destaca que, embora o abortamento seja comum entre todos os tipos de mulheres, a proporção em que ocorrem varia conforme a escolaridade, a renda, o grupo racial e a região em que moram. Para melhorar a visualização dos dados apreendidos, o artigo construiu uma tabela, que também será exposta aqui para melhor consolidar o entendimento sobre o assunto.

[12] Nota técnica do Ministério da Saúde, emitida na ADPS 442, sobre a Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf?x48657 Acesso em: 20/11/2018.

Tabela 1. Taxas de aborto segundo características das mulheres, Brasil, 2010 e 2016.

Ano	2010			2016		
Fez aborto	**% Sim**	**Sim**	**Total**	**% Sim**	**Sim**	**Total**
Idade ao último aborto	..	296	..	..	251	..
12 a 15 anos	..	13	..	..	19	..
16 e 17 anos	..	37	..	..	26	..
18 e 19 anos	..	46	..	..	28	..
20 a 24 anos	..	77	..	..	70	..
25 a 29 anos	..	55	..	..	32	..
30 a 34 anos	..	21	..	..	24	..
35 a 39 anos	..	4	..	..	8	..
Não sabe/ não respondeu	..	43	..	..	44	..
Raça	...	...	...	13%	251	2002
Branca	...	...	...	9%	58	676
Preta	...	...	...	15%	49	322
Parda	...	...	...	14%	129	912
Amarela	...	...	...	13%	8	63
Indígena	...	...	...	24%	7	29
Não respondeu	...	...	...	-	-	-
Idade atual	15%	296	2002	13%	251	2002
18 a 19 anos	6%	11	191	9%	17	188
20 a 24 anos	7%	36	483	9%	38	445
25 a 29 anos	17%	84	488	11%	50	442
30 a 34 anos	17%	79	452	14%	64	461
35 a 39 anos	22%	86	388	18%	82	466
Teve filhos	15%	296	2002	13%	251	2002
Sim, teve	19%	240	1289	15%	196	1278
Não teve	8%	56	713	8%	55	722
Não respondeu	-	-	-	-	-	2
Situação conjugal atual	15%	296	2002	13%	251	2002
Casada/ união estável	16%	188	1140	14%	163	1169
Solteira	12%	91	770	9%	63	725
Separada/ viúva	19%	17	91	23%	25	108
Não respondeu	-	-	1	-	-	-
Religião	15%	296	2002	13%	251	2002
Católica	15%	175	1168	13%	141	1060
Evang./protest./ crist. n. catol.	13%	72	552	10%	63	607
Outras	16%	13	80	16%	18	113
Não possui religião/ateia	18%	35	198	13%	27	209
Não respondeu	25%	1	4	15%	2	13
Escolaridade	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 4ª série	23%	44	191	22%	25	112
5-8ª série	19%	80	429	16%	54	334
Ens. Médio (mesmo incompleto)	12%	115	974	11%	114	1007
Superior (mesmo incompleto)	14%	57	408	11%	58	549
Atividade econômica	15%	296	2002	13%	251	2002
Ocupadas	14%	179	1260	12%	150	1275
Não ocupadas	16%	117	742	14%	101	727

continua

Tabela 1. continuação

Ano	2010			2016		
Fez aborto	% Sim	Sim	Total	% Sim	Sim	Total
Renda Familiar (Sal. Min. corrente)	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 1 SM	17%	69	402	16%	70	442
Mais de 1 a 2 SM	16%	92	566	13%	90	696
Mais de 2 a 5	13%	103	793	10%	61	581
Mais de 5 SM	14%	26	184	8%	16	199
Sem declaração	11%	6	57	17%	14	84
Região	15%	296	2002	13%	251	2002
Norte/Centro Oeste	19%	59	308	15%	49	336
Nordeste	20%	102	504	18%	88	490
Sudeste	12%	110	910	11%	96	896
Sul	9%	25	280	6%	18	280
Tipo de Município	15%	296	2002	13%	251	2002
Capital	21%	138	644	16%	100	637
Periferia (Reg. Metropolitana)	10%	30	294	12%	35	287
Não metropolitano	12%	128	1064	11%	116	1078
Tamanho de município	15%	296	2002	13%	251	2002
Até 20 mil hab.	11%	25	238	11%	24	210
Mais de 20 a 100 mil	12%	58	469	11%	44	413
Mais de 100 mil habit.	16%	213	1295	13%	183	1379

Fonte: PNA 2010 e PNA 2016. Nota: não houve coleta da informação sobre raça em 2010.

1.3 O aborto na Suprema Corte brasileira: o desafio jurídico e ético

A fim de estabelecer um recorte fundamental para delimitar a análise, esta exposição explorará três situações em que a questão do aborto foi discutida no Supremo Tribunal Federal. Em 2012, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 permitiu que em caso de fetos anencéfalos fosse possível a interrupção terapêutica da gravidez sem que fosse necessário autorização do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão estatal.

Em 2016, ao julgar o Habeas Corpus 124.306[13], a primeira Turma do Supremo, seguindo o voto no Ministro Luís Roberto Barroso, julgou inconstitucional a criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação. Por fim, há ainda a

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf Acesso em 16/11/2018.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 442, ainda em discussão no STF, em que se debate a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

A seguir, far-se-á uma análise um pouco mais detalhada sobre essas três ações, objetivando-se, além de uma breve exposição sobre a discussão de cada uma, apresentar de que maneira a prática do aborto, nas situações específicas traçadas em cada situação abordada pelas ações, está sendo visto pela Suprema Corte brasileira.

1.3.1 O aborto em caso de fetos anencéfalos – ADPF 54

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação que faz parte do controle concentrado de constitucionalidade, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal[14] e regulamentada pela Lei 9.882/99[15]. Segundo esta lei, a ADPF tem como objetivo "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público." A ADPF é, por conseguinte, uma ação cujo objetivo se presta a tutelar situações em que haja um desrespeito a normas previstas na Constituição Federal

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 foi proposta, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde com a assessoria do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. O objeto de discussão

[14] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

[15] BRASIL. Lei 9.882/99**, de 03 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm Acesso em: 15/11/2018.

da referida ADPF foi se seria possível se reconhecer o direito da gestante de abortar, em caso de gestação de fetos anencéfalos, sem precisar de autorização judicial ou sem necessidade de passar por qualquer crivo estatal.

A discussão na ADPF não levou à inconstitucionalidade dos artigos do Código Penal que tratam sobre a criminalização do aborto, mas tão somente buscou fornecer uma interpretação sobre o fenômeno à luz dos preceitos constitucionais. E para que se chegasse a uma conclusão de como essa interpretação constitucional deveria ser feita, destacou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto que,

> (...) a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa.

O julgamento dessa ação foi um marco na sociedade brasileira, não só por permitir que as mulheres interrompam terapeuticamente uma gestação de feto anecéfalo – sem necessitar de qualquer autorização estatal -, mas por elevar o debate a questões eminentemente constitucionais, deixando de lado aspectos morais e religiosos. Logo, o fundamento para permitir ou não que essa gravidez fosse interrompida, pautou-se única e exclusivamente em argumentos relevantes para o ordenamento jurídico.

> No julgado, o Supremo deu um passo a mais na consolidação do entendimento de que a laicidade do Estado brasileiro deve ser consagrada e que, em questões como essa, em que há explícita divergência e díspares conclusões sobre o assunto – muitas vezes ancoradas em questões morais e religiosas -, deve-se ter como guia para tais decisões a Constituição

Federal.[16] Como destacou o Ministro Marco Aurélio em seu voto,

> [a] crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

E, nesse sentido, pode-se afirmar que ao decidir assim, a Suprema Corte brasileira fez uso da razão pública, para utilizar o termo alcunhado por Débora Diniz. Segundo esta autora, quanto mais secularizada é uma sociedade, mais frequentemente a razão pública será utilizada como instrumento de legitimidade para embasar os argumentos "daqueles que representam a estrutura básica de uma sociedade", como o é o Poder Judiciário.

O argumento jurídico da ação também girou em torno da impossibilidade da vida extrauterina do feto. Como falta potencialidade de vida ao feto, este seria um natimorto. Seguindo essa lógica, portanto, quaisquer dispositivos constitucionais ou de convenções nas quais o Brasil seja signatário, relativos ao direito e preservação da vida ou à proteção da criança, não seriam aplicáveis ao caso da anencefalia. Não seria uma questão, portanto, de se negar um direito à vida.

Também se assentou o entendimento de que o direito à vida não é absoluto, tendo em vista que em certas situações é plenamente possível, em termos jurídicos,

[16] Vide também a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – que debateu a possibilidade de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Nesse julgado, o STF também primou pela laicidade do Estado para decidir a questão.

que a vida seja ceifada, como é o caso da pena de morte em épocas de guerra – previsão constitucional – e, como destacado anteriormente, nos casos de aborto terapêutico – previstos no Código Penal.

Dando prosseguimento ao debate, os Ministros também enfatizaram o direito da mulher e afirmaram que a preservação da gravidez de um feto anencéfalo atentaria contra o direito da mulher à saúde, à liberdade, à autonomia à privacidade e à dignidade. Dando ênfase a esse entendimento, sustentou o Ministro Marco Aurélio que,

> (...) caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for (...).

Após extensa discussão, com base nos pontos apontados acima, o STF decidiu, por 8 votos a favor e 2 contra, que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não deve ser considerada como um aborto. Consagrou-se o direito da mulher de interromper a gestação, não mais sendo obrigada a completar uma gestação de um natimorto, o que muita vezes lhe causava muito sofrimento físico e psíquico.

Tal julgado, considerado um divisor de águas no debate sobre o aborto no Brasil, forneceu às mulheres maior autonomia e poder de escolha ao possibilitar que estas não dependam mais de uma autorização do estado quando passarem pela situação julgada na ação.

1.3.2 A descriminalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação – Habeas Corpus 124.306

Nesse Habeas Corpus, julgou-se o pedido de revogação da decretação da prisão preventiva dos pacientes que, supostamente, mantinham uma clínica de aborto e, por isso, foram presos em flagrante acusados de terem cometido os crimes previstos nos arts. 126 e 288, ambos do Código Penal.

Aproveitando o ensejo provocado pela questão, o Ministro Luís Roberto Barroso aprofundou a discussão e foi além da análise sobre os pressupostos processuais para o cabimento da prisão preventiva. Mais do que isso, discutiu-se com maior agudeza a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gestação.

Os pontos abordados pelo Ministro para amparar tal afirmação podem ser divididos em quatro, quais sejam, a violação dos direitos fundamentais das mulheres – destrinchada em outros direitos fundamentais: violação à autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero, discriminação social sobre mulheres pobres – e violação ao princípio da proporcionalidade – também destrinchado em subprincípio da adequação, da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Argumentou o Ministro que a criminalização do aborto retira da mulher o poder de controlar seu corpo e de tomar decisões. Com essa proibição, afasta-se da mulher o poder de escolher, como destaca o Ministro, os rumos de sua própria vida. Negar esse direito às mulheres também significa, nos termos do voto em análise, violar não só a integridade física, como também a integridade psíquica da mulher.

A gestação é um processo que envolve não apenas uma modificação física, riscos e privações, como também psíquica. Obrigar a mulher a dar continuidade a uma gravidez indesejada influencia consideravelmente seu psicológico, pois obriga-lhe a dar continuidade a algo que carregará para o resto da vida: um filho. Sustenta o Ministro que não se pode tomar como regra que a gravidez é uma benção. As mulheres têm o direito de terem percepções diferentes sobre essa condição e, por isso mesmo, têm o direito de escolherem entre dar continuidade ou um fim à gestação.

E partindo dessa constatação, o Ministro Barroso afirma que essa violação à integridade da mulher está em pleno confronto com o que determina o art. 5º, caput e III, da CF, pois esse dispositivo confere proteção aos indivíduos de lesões indevidas à sua mente e ao seu corpo.

Quantos aos direitos sexuais e reprodutivos, defende o Ministro que toda mulher deve ter direito de decidir se e quando terá filhos, sem que isso seja uma grande questão e mais do que isso, sem que essa seja uma questão que tenha que ser compartilhada com outras pessoas ou com toda uma sociedade.

O poder que a mulher tem sobre a sua sexualidade e sobre a sua reprodução deve dizer respeito somente a ela já que, como destacado no voto, será ela a mais afetada com qualquer decisão tomada, seja a de manter a gestação ou de interrompê-la. E dando continuidade à exposição e em direta ligação com os direitos acima expostos, tem-se que a privação de tal direito de escolha também vai de encontro com o direito à igualdade de gênero. Segundo apontou o Ministro Barroso,

> Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a

> ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, "se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta".

Por fim, no que tange à violação dos direitos das mulheres, o voto também expôs a disparidade que ocorre entre mulheres de classes sociais diferentes que decidem abortar. Nitidamente, há uma discriminação social, na medida em que as mulheres pobres, como menos recursos para o abortamento, submetem-se a situações de maior risco, correndo maiores riscos de lesões, sequelas e de virem a óbito.

Quanto à violação ao princípio da proporcionalidade, buscou-se demonstrar que a proibição do aborto não é adequada, tendo em vista que seu objetivo maior - proteger a vida do feto – não está se efetivando, já que conquanto haja a proibição, a prática do aborto é feita reiteradamente. Assim, a criminalização do aborto não faz com que as taxas da prática diminuam.

Na prática, a criminalização do aborto não protege a vida do feto, apenas torna a interrupção voluntária da gravidez uma atividade de risco para a mulher, que precisa se sujeitar a métodos clandestinos para fazer valer a sua vontade.

A análise do subprincípio da necessidade perpassa pela análise sobre a possibilidade de utilização de meios alternativos à criminalização do aborto. Ou seja, averígua-se se não seria possível a proteção da vida do nascituro sem que isso causasse à mulher uma restrição aos seus direitos. Pela perquirição feita pelo voto do Ministro Barroso, de fato haveria outros meios que poderiam promover a proteção da vida do nascituro. Destacou o Ministro que,

> Uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias25 . Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal26 , na França27 e na Bélgica. (...) Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar (...)

Por fim, o voto discorreu sobre a proporcionalidade em sentido estrito. O interdito proibitório em análise e, por consequência, as restrições aos direitos fundamentais das mulheres já elencados aqui, não são compensados pela preservação da vida do feto. Logo, também há que se falar em uma violação à proporcionalidade em sentido mais estrito.

Esse julgado destaca-se e merece essa análise mais detida pelo seu caráter paradigmático. A questão neste HC 124.306 foi abordada de maneira diferente do que na ADPF nº 54, conquanto a discussão gire em torno da mesma questão: a interrupção voluntária da gravidez.

Ainda que a ADPF também tenha tratado sobre os direitos das mulheres, ela também despendeu muita energia procurando demonstrar a falta de potencialidade da vida extrauterina do feto anencefálico, como que buscando uma legitimidade maior para o argumento da interrupção.

No HC em análise, por outro lado, os direitos femininos foram exclusivamente os protagonistas. Não houve, assim, uma preocupação em discorrer a respeito da vida do nascituro. Preocupou-se em defender a descriminalização do

aborto demonstrando a inconstitucionalidade dessa proibição à luz dos direitos constitucionais das mulheres.

Então, a contribuição desse julgado para a discussão a respeito do aborto no Brasil vem desse protagonismo dado à escolha da mulher, a essa escolha que não precisa de maiores explicações ou justificativas para que seja respeitada e garantida.

1.3.3 A descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação – ADPF nº 442

Nesta ADPF, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade –PSOL, discute-se a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Argumentam os autores da ação que os artigos 124 e 126, do Código Penal não deveriam ter sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988 por alegada controvérsia constitucional.

Sustentam que os referidos artigos violariam diretamente os preceitos fundamentais "da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas".

A ação visa não só o reconhecimento do direito das mulheres de interromperem a gravidez, como também o direito dos profissionais da saúde de realizarem tais procedimentos.

Em agosto de 2018 foi convocada audiência pública para que a questão pudesse ser amplamente discutida por diversos setores da sociedade, como

associações, instituições, estudiosos sobre o assunto etc. E, desde então, não houve mais nenhuma decisão nos autos do processo.

A discussão nessa ADPF também é importante e merece destaque, porque ainda que o Supremo já tenha se manifestado a respeito de descriminalização do aborto, como no caso do HC acima analisado, essa decisão foi dada em uma Turma do Tribunal e com aplicação a um caso concreto. Já a ADPF nº 442 vem causando e poderá causar mais repercussão por se tratar de um julgamento que levará em consideração a possível inconstitucionalidade de artigos do Código Penal e, que se assim entendido, descriminalizará o aborto até a 12ª semana para todas as mulheres que assim quiserem, e não apenas para um caso específico.

2 O ABORTO E A SOCIOLOGIA DO DIREITO DE MAX WEBER: OS LIMITES DA RACIONALIDADE

2.1 A metodologia weberiana na sociologia do direito17

O sociólogo alemão Max Weber é considerado um dos pensadores mais importantes do século XX. Seus estudos influenciaram diversas áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Ciência Política, a Economia e inúmeras escolas sociológicas na Europa e nos EUA. Dentro do Direito, particularmente, a sociologia weberiana contribuiu com diversas discussões. Pensador erudito que era, Weber

[17] Max Weber contribuiu para o desenvolvimento da metodologia nas ciências humanas como um todo. À época do final do século XIX em que se discutia a respeito de metodologias generalizantes ou individualizante e até que ponto a metodologia das ciências naturais poderia e deveria ser aplicada às ciências humanas, Weber foi um dos pensadores que se opôs à essa dicotomia por entender não existir um método universal aplicável a toda e a qualquer situação.
Entretanto, como o objetivo da presente monografia é a análise de um fenômeno social a partir da lógica da sociologia do direito de Weber, esse recorte específico dentro dos vastos conceitos metodológicos elaborado por ele fez-se necessário.

utilizou de uma extensa pesquisa na história do direito romano, germânico, francês, anglo-saxão, judaico, chinês, dentre outros, para desenvolver suas ideias.

Para falar sobre a sociologia o direito de Weber – *Rechtssoziologie* em alemão –é preciso que se compreenda de antemão de que maneira Weber empreendeu sua investigação sociológica e quais métodos utilizou para que chegasse à conclusão do que seria de fato a preocupação dessa sociologia.

Primeiramente, como destacou Anthony Kronman[18], é preciso ter em mente dois aspectos basilares do pensamento weberiano no desenvolvimento de sua *Rechtssoziologie:* sua teoria do valor e o conceito de pessoalidade. Nesse sentido, a metodologia weberiana destaca que há modos diferentes de pensar o direito, porém, para os fins da presente exposição, faz-se importante a ênfase no entendimento sociológico sobre o direito.

Dessa maneira, portanto, destaca-se que a postura do sociólogo é diferente da de um jurista ou de um moralista. O que interessa para a sociologia jurídica é o comportamento jurídico do indivíduo, pouco importa para o sociólogo o caráter moral desse comportamento. Também pouco importa para ele interpretar a regra para dizer como ela deveria ser cumprida ou de que maneira ela deveria ser cumprida.

Como bem destaca Anthony Kronman[19],

> Em sua investigação, o sociólogo do direito interessa-se apenas por uma coisa – o fato (e, para ele, trata-se meramente de um fato) de que determinados seres humanos veem as normas jurídicas como padrões avaliativos, ou esperam que elas sejam vistas desse modo por outrem, e, como resultado, são levados a

[18] KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, página 9.
[19] KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, páginas 18 e 25.

> modificar a sua conduta de algum modo constatável. O sociólogo busca descrever de que modo o comportamento dos indivíduos é influenciado causalmente por seus próprios compromissos normativos com a lei e por suas crenças a respeito desses mesmos compromissos de outrem.
>
> O sociólogo estuda o comportamento orientado pela lei sem estar comprometido com as regras da ordem jurídica. Ele está descomprometido no duplo sentido de que não profere um julgamento moral sobre as regras em discussão, nem tampouco as emprega como critérios para determinar o que é juridicamente correto ou não do ponto de vista dogmático.

O sociólogo do direito se ocupa, assim, do que pode ser chamado de fenômeno da normatividade. Isso quer dizer que a sociologia, conquanto não se preocupe com a maneira pela qual a norma é aplicada, preocupa-se com "o fato de os seres humanos terem o seu comportamento influenciado por seu compromisso com parâmetros avaliativos, incluindo aqueles que pertencem à ordem jurídica".[20]

Para os fins a que se pretende essa exposição, faz-se necessário destacar que até mesmo um comportamento ilício dos agentes sociais é considerado um fenômeno jurídico e, portanto, passível de ser investigado pela sociologia do direito. É esse, aliás, o propósito do presente trabalho ao analisar o aborto no Brasil a partir da perspectiva da sociologia do direito de Weber.

Seguindo na elaboração de sua teoria do valor, Weber explica que é possível atribuir cientificidade às ciências humanas, ainda que seus intérpretes possuam uma estrita relação com os valores. Isso quer dizer que, embora os sociólogos possuam subjetividades, valores individuais, crenças individuais, vivências etc. é possível atribuir um caráter objetivo às ciências sociais.

[20] Ibidem, p. 18.

Isso porque, segundo Weber, essa relação de valores que permeia o estudo sociológico nada tem a ver com um juízo de valor – terminantemente proibido em qualquer ciência, inclusive nas ciências sociais. O que o autor destaca é que a subjetividade acontece – e tudo bem acontecer – quando da seleção do sociólogo sobre qual tema irá investigar/estudar.

Além disso, destaca também ser perfeitamente compreensível que o ambiente ou a época vivida durante a investigação interfiram de algum modo no ponto de vista do sociólogo. Ou seja, Weber reconhece que a realidade empírica dentro da qual o investigador se encontra pode criar essa alteração dos valores inerentes ao investigador, tendo em vista ser a realidade também um fato variável.

Como destaca Julien Freund[21],

> (...) toda ciência humana procede necessariamente por interpretação. Esta consiste no método destinado a nos fazer compreender o sentido de uma atividade ou de um fenômeno e a significação dos diversos elementos uns em relação aos outros, como sugerem os dois termos alemães *deuten* (interpretar) e *bedeuten* (significar). Sendo o devir em si mesmo estranho a (...) é a interpretação fundamentada na relação com os valores que lhe confere uma significação, por se colocarem em evidência ao mesmo tempo os motivos e o fim de uma atividade.

A metodologia da sociologia do direito de Weber parte, portanto, da interpretação do sentido de uma atividade ou de um fenômeno. Desse ponto de vista, estabelecido o processo ou a técnica por meio do qual a investigação se estabelece, é possível seguir em frente nessa exposição para abordar o que é um

[21] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, página 45.

fenômeno jurídico e as relações sociais a partir da perspectiva weberiana e como esse entendimento pode ser aplicado a um caso concreto.

A perspectiva de Weber entende que esses dois institutos – fenômeno jurídico e relações sociais – nada mais são do que um resultado dos comportamentos, das ações dos atores sociais dentro das sociedades. Isto é, esses institutos são construídos por esses atores sociais por meio do que Weber chamou de ação social (ou atividade social, a depender da tradução).

2.2 A autoridade, os tipos de dominação e o direito

Diante do capítulo anterior, contata-se que embora o ordenamento proíba, o aborto existe. Para entender por que isso acontece, à luz da sociologia weberiana, é preciso compreender alguns conceitos por ele criados. Desse modo, analisar o aborto, dentro do contexto brasileiro, exige que se entenda primeiro de que forma Weber entende que o direito é garantido, para depois entender o porquê deste não estar sendo cumprido.

Segundo o autor, o que garante o direito não é a objetividade ou uma coação física do Estado. O que faz o indivíduo obedecer a lei ou não é o seu interesse. Nesse sentido, pode-se afirmar que o indivíduo escolhe atender ou não aquela expectativa que foi colocada sobre ele. É por isso que se pode afirmar que, na sociologia weberiana, o direito é garantido subjetivamente pelo indivíduo ao obedecer as leis – desde de que essas coincidam com os seus interesses. Como conclusão, portanto, não é o medo da repressão que leva o cidadão a obedecer a lei, mas sim o interesse que ele deposita na lei.

Para entender melhor esse raciocínio, é necessário tecer maiores considerações sobre o conceito de autoridade elaborado por Weber. Segundo a lógica weberiana, a autoridade é uma espécie de poder. E, segundo ele, "poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade".[22]

Existe certa dificuldade em pontuar em que momento uma relação poderá ser entendida como uma relação de autoridade, porque Weber nunca apresentou de maneira clara a definição do que seria a autoridade. Entretanto, destaque-se que Weber assevera que[23]

> a essência do conceito de autoridade seria: A dominação [ou poder autoritário de comando] significa, portanto, a situação em que a vontade manifesta (comando) do dirigente ou dirigentes visa influenciar a conduta de uma ou mais pessoas (os dirigidos) e, de fato, influencia-a de tal maneira que sua conduta se dê, de um mondo significativo em termos sociais, como se o dirigido tivesse tornado o próprio conteúdo do comando a máxima da sua conduta. Vista do ângulo oposto, a situação seria chamada de obediência.

Para Weber, há três tipos puros de autoridade. É certo que esses tipos em sua forma pura dificilmente são visualizados na prática. Comumente, na vida real, há uma mistura entre dois ou até entre os três tipos de autoridade. Entretanto, ao dissertar sobre tipos puros de autoridade, Weber utilizou o método dos tipos ideais. O tipo ideal weberiano é um instrumento de análise sociológica que não existe na realidade, mas enquanto construção metodológica, fornece recurso para a compreensão dos fenômenos sociais.

---

[22] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, página 33.

[23] WEBER, MAX apud KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, página 59.

Os tipos puros de autoridade são: a autoridade tradicional, a racional-legal e a carismática. A autoridade tradicional tem origem em tradições e costumes. São esses dois institutos que dão legitimação à pessoa que exercerá o comando da sociedade. Destaca Weber[24] que a autoridade tradicional (ou dominação tradicional) acontece quando

> sua legitimidade repousa na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais tradicionais ("existentes desde sempre"). Determina-se o senhor (ou os vários senhores) em virtude de regras tradicionais. A ele se obedece em virtude da dignidade pessoal que lhe atribui a tradição. (...) Não se obedece a estatutos mas à pessoa indicada pela tradição ou pelo senhor tradicionalmente determinado.

A autoridade tradicional é marcada, portanto, pela pessoalidade e subjetividade. Os indivíduos obedecem a uma pessoa especificamente, e a uma regra ou norma. Portanto, a obediência está relacionada a uma autoridade pessoal. As relações que se estabelecem dentro de uma sociedade comandada por uma autoridade tradicional podem ser definidas como relações entre desiguais, porque o que determina se uma pessoa comandará essa sociedade é o seu status – por exemplo, quando se tratar de uma sociedade patriarcal, o pai, o marido, o homem mais velho da casa, o irmão mais velho, todos esses indivíduos, são tidos como autoridades tradicionais que despertam a obediência sobre os demais integrantes dessa sociedade doméstica.[25]

A segunda autoridade citada por Weber é a carismática. Diz ele que carisma é "uma qualidade pessoal considerada extracotidiana e em virtude da qual se atribuem a uma pessoa poderes ou qualidades sobrenaturais, sobre-humanas ou, pelo menos,

[24] Ibidem, página 169.

[25] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, página 68.

extracotidianos específicos ou então se toma como enviada por Deus, como exemplar e, portanto, "líder".[26]

Dessa maneira, tem-se que o líder carismático é assim definido por ter uma característica que o diferencia dos demais membros da sociedade. Essa característica, por seu turno, está relacionada a um dom sobrenatural. Mais uma vez, assim como na autoridade tradicional, a obediência das pessoas relaciona-se diretamente com a pessoa da autoridade. É, portanto, uma autoridade marcadamente pessoal e subjetiva.

A autoridade carismática diferencia-se da tradicional porque, embora ambas tenham como característica a pessoalidade da obediência, na carismática o líder tem uma qualidade que é única, só dele afinal, ele foi "enviado por Deus". Em outro sentido, na autoridade tradicional o líder tem certas características que o diferenciam dos demais, mas isso não faz com que ele seja único, sendo possível que outras pessoas que tenham essa mesma característica também possam exercer algum tipo de influência – como, por exemplo, o fato de ser pai, homem, irmão mais velho etc.

Por fim, Weber fala sobre a autoridade racional-legal. Ao ler sua exposição sobre o tema, é perceptível a primazia que o autor deu a essa autoridade em específico. Talvez isso se explique pela ânsia que Weber tinha de entender o porquê da sociedade ocidental ter se desenvolvido de maneira diferente de outras sociedades orientais.

Segundo Weber[27], a autoridade racional-legal baseia-se na vigência das seguintes ideias, entrelaçadas entre si:

[26] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, página 169.

> 1.... Que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser estatuído de modo racional – racional referente a fins ou racional referente a valores (ou ambas as coisas) – com a pretensão de ser respeitado pelo menos pelos membros da associação, mas também, em regra, por pessoas que, dentro do âmbito de poder desta, realizem ações sociais ou entrem em determinadas relações sociais, declaradas relevantes pela ordem da associação;
>
> 2.... Que todo direito é, segundo sua essência, um cosmos de regras abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções; que a judicatura é a aplicação dessas regras ao caso particular e que a administração é o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios indicáveis de forma geral, os quais encontram aprovação ou pelo menos não são desaprovados nas ordens da associação.
>
> 3.... Que quem obedece só o faz como membro da associação e obedece "ao direito";

Destaca Freund que quando se fala em princípios racional-legais, "o poder não pode ser justificado por um apelo à validade presumível do que "sempre existiu", mas apenas pelo processo formal de promulgação por meio do qual as normas invocadas pelo dirigente foram promulgadas ou postuladas."[28]

Sabe-se que, no caso do Brasil, a religião, as tradições e os costumes têm de maneira geral influência significativa na vida dos indivíduos. Não obstante, é a autoridade racional-legal que predomina no contexto brasileiro. Isto é, no final das contas, trata-se de uma obediência impessoal. Os brasileiros que obedecem a uma

[27] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, página 142.

[28] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, página 70.

autoridade racional-legal, na verdade, obedecem a regras, leis, ordenamentos. A obediência, nesse caso, não se relaciona a uma pessoa, mais a uma estrutura.

A legitimidade da autoridade racional-legal repousa, portanto, nessa estrutura. As pessoas entendem fazerem parte de uma filiação ou de uma organização e, portanto, passam a ser detentoras de direitos e de deveres.

2.3 A ação social

O conceito de autoridade - e de que forma ela é observada no contexto brasileiro – está diretamente relacionado com a ideia de ação social desenvolvida por Weber. Há um verdadeiro interesse do autor em observar as atividades e fenômenos sociais vivenciados pelos indivíduos. Mas, muito mais do que observar, o autor preocupa-se em compreendê-los. A compreensão dos fenômenos como eles realmente são é um traço de destaque na sociologia weberiana e, por isso, ela também recebe a alcunha de *"sociologia compreensiva"* ou *"método compreensivo"*.

O cerne dessa sociologia é a investigação sobre a ação social. Como destaca Julien Freund[29],

> A questão weberiana é pois a seguinte: em que medida a compreensão é um processo capaz de elaborar em sociologia verdades válidas para todos os que querem a verdade?
>
> Diferentemente da explicação puramente naturalista, o objeto peculiar à compreensão é sempre captar o sentido de uma atividade ou de uma relação (...). Basta-lhe constatar que a atividade humana se orienta segundo um sentido que se trata de compreender para torna-la inteligível. (...)

[29] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, páginas 72-73.

> Sendo uma disciplina empírica, a sociologia não conhece outra compreensão além da do sentido visado subjetivamente por agentes, no curso de uma atividade concreta.

Na ânsia de procurar compreender os fenômenos sociais, Weber desenvolve o conceito de ação social. Para ele, ela é entendida como o comportamento do indivíduo orientado pela expectativa que os outros integrantes da sociedade têm sobre ele. Ou pela própria definição de Weber[30],

> A ação social (incluindo omissão ou tolerância) orienta-se pelo comportamento de outros, seja esse passado, presente ou esperado como futuro (...). Os "outros" podem ser indivíduos e conhecido ou uma multiplicidade indeterminada de pessoas completamente desconhecidas (...)
>
> Nem todo tipo de ação – também de ação externa – é "ação social" no sentido aqui adotado. A ação externa, por exemplo, não o é, quando se orienta exclusivamente pela expectativa de determinado comportamento de objetos materiais. O comportamento interno só é ação social quando se orienta pelas ações de outros. Não o é, por exemplo, o comportamento religioso, quando nada mais é do que contemplação, oração solitária etc. A atividade econômica (de um indivíduo) unicamente o é na medida em que também leva em consideração o comportamento de terceiros.

Essa expectativa que orienta o comportamento dos indivíduos pode ser explicada pelo fato de viver-se em sociedade. Quando as pessoas convivem umas com as outras, sob as mesmas regras e costumes, acaba sendo estabelecida uma relação social. Segundo Weber, "por relação social entendemos o comportamento

[30] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, páginas 13-14.

reciprocamente referido quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência".[31]

Portanto, por existir uma relação social e por que os agentes vivem em uma sociedade, é possível que se saiba, em maior ou menor grau, o que se esperar do indivíduo. Trazendo esse conceito para o caso concreto em análise e, levando em consideração que a obediência no caso brasileiro se dá perante uma autoridade racional-legal, observa-se que o comportamento nesse caso pauta-se a partir do que está disposto no ordenamento.

Nesse sentido, a expectativa que é criada com relação à ação da pessoa é construída de acordo com o que a lei determina. A sociedade espera que o indivíduo paute o seu comportamento em consonância com o que a lei exara. Em termos abstratos, no caso do aborto, sabe-se ou espera-se que ele não seja feito, porquanto a lei o proíbe.

Se a análise do aborto fosse alicerçada no tipo ideal weberiano, poder-se-ia dizer que este não seria feito. Isso porque, dado que a conduta do indivíduo é baseada no comportamento adotado pelos demais integrantes da sociedade, levando em consideração que nesse caso em análise a obediência se dá perante o ordenamento e, por fim, tendo em vista que a lei proíbe tal ato, o aborto não seria cometido, porque o comportamento seria orientado no sentido de não fazê-lo.

Impende destacar, entretanto, que a expectativa que os demais membros da sociedade depositam sobre o comportamento de outrem, orientando este último, não age de maneira determinista. Isso porque Weber destaca que "a relação social

[31] WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver. técnica. de Gabriel Cohn, 4ª ed. 4ª reimpressão – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, página 16.

consiste, portanto, completa e exclusivamente na probabilidade de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido) (...)"[32]. É nesse ponto que entra o conceito weberiano de *oportunidade* que está diretamente relacionado com esse caráter probabilístico da ação social.

Assim, quanto mais uma sociedade for livre e democrática, mais espaço e liberdade o indivíduo terá para agir, independentemente do que esperam dele. Pois embora a expectativa oriente o comportamento, Weber destaca que este comportamento também nasce de uma consciência individual.

Essa constatação pode ser observada no fenômeno do aborto dentro do contexto brasileiro. Muito mais do que uma conduta orientada a partir de uma expectativa, tem-se uma preponderância da consciência individual na condução do modo de agir. Isso pode ser percebido por meio dos dados trazidos no primeiro capítulo desse trabalho.

Uma consciência individual mais aflorada faz com que os interesses individuais ganhem primazia sobre o ordenamento. Nesse sentido, como é constatado por meio dos dados sobre o assunto, ainda que haja a proibição do aborto, tal interdito não faz sentido para quem deseja abortar. Como destaca Julian Freund, "a avaliação dos meios em função do fim, a escolha desse fim, a previsão das consequências, a decisão e finalmente a determinação na execução, enfim tudo o que intervém no curso de uma relatividade significativa, pertence à vontade do indivíduo".[33]

[32] Ibidem, p. 16.

[33] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, página 85.

Nessa perspectiva, as mulheres que praticam o aborto e as pessoas que as auxiliam, por alguma razão, não se identificam com o que está determinado na lei[34]. Dessa forma, por que a lei não faz sentido para eles, ou seja, não se coaduna com o que querem e esperam para si, acabam infringindo-a e agindo de acordo com seus próprios interesses.

É por essa lógica que Weber afirma que o direito, em verdade, é garantido subjetivamente pelos indivíduos. O sujeito é tido como protagonista de suas escolhas, embora, como tem sido exposto, Weber defenda que na maioria das situações, o comportamento individual é pautado pela expectativa que a sociedade como um todo constrói.

O conceito weberiano de ação social ajuda a compreender a sociedade como um todo. No caso do direito, entende-se que a lei é a responsável por determinar o que deve ou o que não deve ser feito. E espera-se que o agente se comporte a partir do que está disposto na lei. Entretanto, dado que existe uma probabilidade e não uma certeza dessa expectativa se concretizar é possível, igualmente, que os indivíduos pautem seu modo de agir conforme os seus interesses, mesmo que estes estejam em dissonância com a lei.

Como conclusão, a compreensão da ação social dentro do âmbito jurídico perpassa também para a análise da lei em si. Isso porque, se o jurista faz uma lei que não se coaduna com os interesses e necessidades do agente social, este último dificilmente terá muitas motivações para obedecer a lei. O jurista ao fazer uma lei

[34] São vários os motivos que levam à mulher a abortar. O aborto pode ocorrer em decorrência de uma questão socioeconômica – como a falta de suporte ou a pobreza, interrupção dos estudos, desemprego, salários baixos -, risco de vida da mulher, resultado de estupro, falta ou dificuldade de acesso a um planejamento familiar, falta de suporte familiar – pais, namorado, marido etc. -, priorização da carreira etc.

deve, portanto, observar até que ponto ela atende ao interesse do cidadão, pois a probabilidade de obediência da lei está diretamente relacionada à satisfação que ela proporciona ao interesse individual de cada agente social.[35]

2.4 A racionalização e o direito

A exposição da racionalização descrita por Weber e a relação entre ela a *Rechtssoziologie* como último tópico deste capítulo foi escolhida de maneira proposital. Com o desenvolvimento dessa ideia, Weber conseguiu demonstrar como todos os conceitos dentro de sua sociologia do direito estão interligados e como o entendimento de todos em separado faz com que, posteriormente, seja possível o entendimento global de toda a sua teoria.

Há uma lógica que liga a teoria do valor, a pessoalidade, a autoridade racional-legal, a metodologia weberiana, e a racionalidade jurídica formal e racional que será demonstrada a seguir.

A presente exposição se coaduna com o entendimento de Max Freund de que a racionalidade weberiana pode ser entendida de quatro formas diferentes. Assim como no conceito de autoridade, o conceito de racionalidade de igual modo não é empregado de maneira precisa. Por isso, antes de prosseguir, é preciso que se exponha os quatro sentidos de racionalidade empregados por Weber ao longo de sua obra.

Primeiramente, Weber entende que a racionalidade está presente quando algo ou alguma atividade é regido por regras, normas ou princípios. Nesse caso, há racionalidade quando há um ordenamento que rege a vida das pessoas. Em segundo

[35] Essa análise será mais bem desenvolvida no capítulo 3 desta exposição.

lugar, o autor também entende a racionalidade relacionada a um caráter sistemático da ordem jurídica. Como expõe Freund[36],

> segundo Weber, uma ordem jurídica é um sistema jurídico e é, portanto, racional nesse segundo sentido, à medida que "representa uma integração de todas as proposições jurídicas derivadas de modo analítico de tal maneira que constituam um sistema de regras dotado de clareza lógica e coerência interna (...).

A racionalidade, igualmente, é usada por Weber como um método de análise jurídica. Segundo ele, esse tipo de racionalidade pode ser observado quando os indivíduos passam a ser capazes de interpretar o sentido das coisas. Por fim, a racionalidade também é citada como a capacidade que os indivíduos têm de controle pelo intelecto.

Isso quer dizer, em outras palavras, a capacidade que os indivíduos possuem de solucionar os litígios com técnicas que estejam sujeitas ao controle pelo intelecto e não com o emprego de soluções mágicas ou místicas, como outrora fizeram as sociedades. Essa quarta forma de racionalidade será mais bem explorada a frente, porque muito contribui com o desenvolvimento deste trabalho. Por ora, é importante que sejam citados, brevemente, os tipos básicos de pensamento jurídico que Weber entendeu estarem presentes nas sociedades ocidentais.

Essa tipologia weberiana é criada a partir de duas distinções feita por ele. A primeira é a distinção feita entre racional e irracional e a segunda é a distinção entre material e formal. Da combinação entre essas duas distinções, tem-se o surgimento de quatro tipologias diferentes. São elas a: irracional formal; a irracional material; a racional material e a racional e formal.

[36] FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA, 1975, página 113.

Brevemente, destaca-se que a tipologia irracional formal é descrita como um tipo de pensamento jurídico em que a legislação empregada para a resolução dos conflitos não pode ser controlada pelo intelecto e, por isso, é tida como irracional. Por outro lado, é descrita como formal porque a resolução desses conflitos demanda que regras detalhadas sejam seguidas.

Ato contínuo, tem-se a tipologia irracional material. Assim como a primeira, ela também é marcada pela irracionalidade, porque os conflitos por elas solucionados não são controlados pelo intelecto. E é tida como material porque, como destaca Weber, não há uma clara distinção entre os fundamentos jurídicos e extrajurídicos que alicerçaram a decisão. Além disso, não há uma generalidade das decisões. Busca-se decidir cada caso individualmente.

A terceira tipologia é a racional material. O autor destaca que essa tipologia pode ser observada em sistemas teocráticos ou clericais. Sustenta Weber que esse tipo é identificado por não ter uma divisão certa entre o direito e a ética ou entre o que é jurídico e extrajurídico. É racional no sentido de se ater a princípios fixos para a resolução das questões invocadas.

Por fim, a quarta e última tipologia weberiana é a racional formal. Destaca o autor que o melhor exemplo para se entender essa metodologia são os códigos civis modernos. Ao analisar o contexto jurídico brasileiro, observa-se que essa tipologia é a predominante e que não se restringe apenas a códigos civis, mas a toda sorte de agrupamentos de leis por meio de um caráter sistêmico, como é o caso dos códigos penais também. A racionalidade formal é marcada por uma conduta na resolução de conflitos baseada na interpretação lógica do problema e do ordenamento.

Essa breve exposição sobre as tipologias weberianas ajuda a entender a relação existente entre o direito e a racionalização. Primeiramente, é preciso que se diga que o conceito de racionalização weberiano é muitas vezes mal interpretado. A racionalização nada tem a ver com evolução de uma sociedade. Para Weber, esse movimento está relacionado com a passagem do caráter carismático do direito primitivo à interpretação lógica empreendida.

Nesse sentido, dada a proeminência da racionalidade formal e, levando em consideração que em um determinado momento no Brasil entendeu-se pela proibição do aborto por meio de leis, passou-se a dar uma interpretação lógica ao problema. E, a partir disso, todos os conflitos relacionados a essa questão passaram a ser resolvidos de acordo com o que o ordenamento determina.

Isto é, se há uma mulher querendo fazer um aborto, recorre-se ao que está na lei para saber se é possível que esse aborto seja feito ou não. Se, ao contrário, uma mulher já tiver praticado um aborto, também se recorre ao ordenamento para resolver se ela deverá ser punida ou não. Nesse contexto, não se procura mais resolver essas questões com soluções baseadas em algum caráter místico ou carismático, mas sim baseando-se no que foi acordado e determinado outrora pela sociedade e, posteriormente, traduzido em uma lei ou código.

Nessa perspectiva, o que Weber observou, em verdade, foi um processo de racionalização das relações sociais de maneira ampla. Como destaca Marcelo Mello[37]

> Racionalizar em Weber significa entender de maneira abstrata um fenômeno, reproduzir mentalmente, reconstituir

[37] MELLO, Marcelo de Pereira. A Sociologia do Direito de Max Weber: o método caleidoscópio. Revista de Ciências Sociais. 2010, p. 10. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=170. Acesso em 20/11/2018.

> intelectivamente um ato ou uma situação. Não há, portanto, qualquer teleologia na concepção weberiana de razão. Agir racionalmente não significa, para Weber, agir em conformidade com os fundamentos últimos da razão. A racionalidade é apenas um método, entre tantos, utilizados pelos indivíduos para orientar suas ações. Portanto, quando o autor fala em processo de racionalização das sociedades ocidentais ele está falando da crescente importância para os indivíduos destas sociedades de produzirem explicações para os fenômenos de acordo com lógicos e abstratos, i.e., racionais.

Em vista disso, esse processo de racionalização não leva, necessariamente, a um conhecimento maior do mundo ou a uma evolução e aproximação maior da razão. Como bem destaca Weber, "a crescente intelectualização e racionalização não indicam um conhecimento maior e geral das condições sob as quais vivemos"[38]. Assim, nada impede que uma sociedade passe por esse processo de racionalização do direito e, concomitantemente, responda certas questões e conflitos com base em entendimentos e explicações religiosos, por exemplo.

Daí o motivo do título dessa monografia. A sociedade brasileira passou por um processo de racionalização, no que concerne às questões relacionadas ao aborto, mas que ainda é limitado. Isso porque não houve essa aproximação maior com a razão ou intelectualização. Ainda há uma clara e sensível influência de outros instrumentos, que não necessariamente a racionalidade, que criam as expectativas sobre o comportamento das mulheres.

Dessa forma, ainda que as explicações religiosas, por exemplo, possam ser entendidas como uma extensão da racionalização, uma vez que são criadas e interpretadas pelos indivíduos, pode-se falar, no contexto brasileiro, em um processo de racionalização, mas com uma racionalidade limitada.

[38] WEBER, Max. Ciência como vocação. In: _____. Metodologia das ciências sociais. Parte II. São Paulo: Cortez; Campinas: Ed. UNICAMP, 1993, página 165.

O que leva à racionalização, portanto, é a identificação dos fatos por meio da interpretação que é dada pela sociedade e que, por conseguinte, dá sentido a ele. O grande cerne da questão, na verdade, relaciona-se com esse protagonismo do sujeito. Se antes do processo de racionalização as coisas simplesmente eram aceitas por meio de uma explicação mística denotando assim certa passividade, após esse processo, são os próprios indivíduos que produzem a explicação para o fenômeno.

Os conflitos em torno desse fenômeno são resolvidos e mediados levando em consideração uma racionalidade formal, assim como destacado acima. Em vista disso, a lei é utilizada como parâmetro. Só que é preciso que se analise, igualmente, em qual contexto foi feita essa lei. É possível que questões religiosas tenham influenciado diretamente o desenvolvimento da lei para que o aborto fosse proibido.[39] Não se estranharia se isso realmente acontecesse num país marcadamente religioso como o Brasil.

Ainda assim, poder-se-ia falar que o Brasil utiliza como método de interpretação a racionalização. Porque, ainda que se utilize de conceitos religiosos para dar embasamento à sua proibição pela lei, esses conceitos foram criados pela sociedade. Poder-se-ia falar, portanto, que o direito no contexto brasileiro é e passa constantemente por uma racionalização, mas que isso não leva, necessariamente, a uma crescente intelectualização – embora esse contexto seja predominantemente marcado pela racionalidade formal.

Em síntese, portanto, a racionalização identifica os fatos por meio da interpretação lógica do sentido que lhes é dado pela sociedade. Nesse diapasão, a racionalização pode ser entendida como um método de interpretação que associa os

[39] Essa questão será melhor discutida no terceiro capítulo desse trabalho.

fatos relevantes juridicamente com o comportamento dos indivíduos. Isso porque os fatos jurídicos só são assim entendidos e assim caracterizados porque reverberam os interesses e as intenções dos indivíduos.

Nesse ponto, o cerne da racionalização é a interpretação. Mas não qualquer interpretação, e sim a que é dada descartando qualquer entendimento que perpasse pela divinização ou por explicações mágicas. Então, como conclusão, tem-se quanto mais o processo de racionalização dentro do direito se aperfeiçoa, mais evidente se torna a afirmação de que o direito é garantido subjetivamente pelos indivíduos.

Dentro da teoria do valor weberiano, tem-se que o comportamento dos indivíduos está diretamente relacionado aos seus interesses e à intepretação que esses dão à lei. Como decorrência lógica disso, os indivíduos não são passivos com relação a esses valores, pelo contrário. Existe, em realidade, um protagonismo dos agentes sociais no sentido de que são eles que criam esses valores.

Em verdade, o fato de um valor representar algo para alguém é resultado de um ato de escolha. Como desta Kronman "a afirmação de Weber de que os valores são escolhidos ou criados, e não descobertos por contemplação intelectual passiva, atribui necessariamente uma posição de destaque à faculdade da escolha que ela jamais ocuparia na concepção socrática do valor."[40]

3 O PAPEL DA NORMA: O CORPO FEMININO COMO MERCADORIA

3.1 A criminalização

[40] KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, página 33.

O capítulo 1 dessa apresentação preocupou-se em trazer o conceito e algumas das classificações atribuídas ao aborto, além de dados estatísticos e julgados no STF sobre o assunto. Já o capítulo 2 ocupou-se de analisar o fenômeno a partir da perspectiva do sociólogo Max Weber.

A partir de agora e com fundamento no que já foi abordado até o momento, buscar-se-á empreender uma problematização em torno das explicações concretas a respeito da criminalização do aborto no Brasil.

O debate sobre a descriminalização do aborto pode ocorrer a partir de diversas perspectivas. É possível pensá-lo com base na moral, na ética, na legislação, na religião etc. Em termos de legislação, o debate no contexto brasileiro se concentra predominantemente no âmbito do Direito Penal.

Mas como destaca Roberto Chateaubriand Domingues[41]

> [a] partir da crescente constitucionalização das normas infraconstitucionais, sejam elas penais, sejam elas cíveis, essa discussão passa a demandar maior atenção, em especial com o deslocamento da análise da questão para além das normas penais incriminadoras, utilizando-se, para tanto, da interpretação sistemática dos princípios formadores da República Federativa do Brasil, presentes na Constituição de 1988.

Nesse sentido, há uma ampliação do debate sobre esse fenômeno, porque é possível estudá-lo, também, segundo princípios constitucionais. Da leitura do Código Penal e à luz do que já foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho, depreende-se que o aborto voluntário, com ou sem o consentimento da mulher, é crime. E este crime é tratado no capítulo relativo aos crimes contra a vida.

[41] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 150.

Na seara do Direito Constitucional, o argumento utilizado com proeminência para defender a criminalização do aborto também se relaciona com a vida, ou o direito à vida, disposto no art. 5º, da Constituição Federal brasileira[42]. Entretanto, a essa pressuposição podem ser apresentadas algumas problematizações.

Primeiramente, não há – nem cientificamente e nem no contexto das religiões – qualquer consenso com relação ao momento em que a vida se inicia. O que existe, na prática, é uma verdadeira variedade de perspectivas e estudos que tentam demarcar em que momento aquela de fato começa. Pode-se investigar este conceito a partir da biologia molecular, da Teoria da Autopoiese, da Teoria Biossemiótica, nos estudos sobre vida artificial[43] e por aí vai.

Como destacam Francisco Coutinho *et al.*, "(...) a única conclusão que se pode afirmar categoricamente é que a própria Biologia, a "ciência dedicada ao estudo dos seres vivos", não nos apresenta um único e definitivo conceito de vida".[44] Como seria possível, desse modo, respaldar e criminalizar o ato de abortar em um conceito que sequer é unânime? Ou seja, se a preocupação maior na criminalização do ato é defender a vida, de qual conceito de vida, portanto, estar-se-ia falando?

Os autores seguem destacando que[45],

> (...) em termos do sentido religioso, a ideia de vida está pacificada sobre a crença de que toda vida é dada por Deus, e

[42] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

[43] Para melhor entendimento desses conceitos citados, recomenda-se a leitura da obra COUTINHO, Francisco Ângelo; MAIA, Mônica Bara; SILVA, Fábio Augusto Rodrigues. *A polissemia do conceito de vida*. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

[44] Ibidem, página 45.

[45] Ibidem, página 45.

> só por ele pode ser disposta (...). Partindo, então, da constatação de que não há consenso científico sobre o conceito de vida e de que o consenso religioso se aplica apenas a parcelas da sociedade, e não a toda ela, nossas reflexões finais estão no sentido de buscar um consenso político quando tal conceito se fizer necessário. Tal consenso não deve ser dogmático ou imutável e deve atender à diversidade cultural e complexidade das sociedades contemporâneas e manter a dignidade das pessoas, principalmente das mulheres.

Embora não se tenha ainda um conceito uníssono sobre o que seria vida ou quando ela se inicia, é possível que seja estabelecido um conceito político sobre o tema, de modo a auxiliar nos conflitos que existem ou possam existir. Entretanto, o Estado brasileiro, pelo menos aparentemente, não se posiciona ou mostra qualquer intensão de fazê-lo.

Ainda assim, o Estado decidiu legislar sobre a questão do aborto. A pergunta que se faz, portanto é baseado em que o Estado brasileiro criminalizou o aborto? Em qual conceito? Em qual entendimento? A pergunta é difícil de ser respondida, porque nem dentro do meio científico, como apontado, há consenso sobre o tema. E se o estado brasileiro fez opção por algum conceito científico em detrimento dos demais, não se manifestou abertamente sobre a escolha.

A segunda problematização vem como consequência da primeira. Levando em consideração a falta de unanimidade sobre o conceito, destaca Roberto Chateaubriand Domingues que haveria um vício legislativo na criminalização do aborto. Conquanto seja configurado como um crime contra a vida, em verdade, deveria ser tratado num Título e Capítulo próprios. O autor sugere uma nova subclasse de crime contra a vida denominada "interruptivo da gestação".

A terceira problematização relaciona-se com uma relativização da importância que é dada à vida. Aos defensores da criminalização do aborto pelo

argumento de defesa à vida, não caberia a ninguém tirá-la. Mas há permissivos legais com relação ao aborto, e que já foram apontados no primeiro capítulo. E mesmo dentro do movimento denominado "pró-vida", há pessoas que aceitam e que defendem esses permissivos.

Ou seja, se em determinados permite-se que o aborto seja feito, significa que a vida do feto é menos importante do que a da mãe. Só colocando dessa forma que dá para entender por que em certos casos é permitido que o feto seja preterido e que seja dada prioridade à mãe. É nesse sentido que Roberto Chateaubriand argumenta, primeiramente falando sobre o aborto terapêutico e, posteriormente, sobre o aborto em casos de estupro. Assevera que[46]

> [no caso do aborto terapêutico] é o reconhecimento de que a tipificação do aborto, tal qual figura no Código Penal, presta-se a tutelar a vida em estado potencial, meramente biológica, tanto que perde em prevalência se confrontada com a vida jurídica da mãe, havendo claro e inequívoco reconhecimento da diferenciação que existe entre a vida biológica e a jurídica.
>
> [no caso do aborto sentimental ou aborto de gravidez resultante de estupro] resta indagar a razão pela qual o feto, cuja "vida" é tutelada pela legislação pátria, passa a ser preterido perante a honra e a integridade física ou mental da mãe nos casos de estupro, seja em termos de importância ou valor, se nem mesmo figura como sujeito, ativo ou passivo, do delito praticado, que autorizaria legalmente o aborto.

Nesse sentido, o autor continua sua reflexão com uma indagação[47]:

> Se de fato o legislador estava a se referir ao produto da concepção como pessoa humana, qual é o argumento jurídico-moral que sustentaria a opção pela sua "morte", sem a devida

[46] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 155.

[47] Ibidem, página 156.

> observância de todos os direitos que lhes seriam inerentes, em decorrência de um delito praticado por terceiros.

Observa-se, dessa forma, que o argumento contra o aborto assentado na defesa da vida não consegue se sustentar. Como poderia alguém proibir tal prática por militar a favor da vida e, ao mesmo tempo, permitir que essa vida seja "tirada" a depender de como ela foi gerada?

Parece, com efeito, que a questão gira muito mais em torno da responsabilidade da mulher pela gravidez. Se ela foi descuidada e engravidou, então não merece abortar. Se for estuprada ou corre algum risco, ou seja, se é algo que não dependa da sua escolha, então é permitido que aborte.

Como afirma Roberto Chateuabriand, "(...) estaria em jogo, nessa operação, uma espécie de punição social relativa à irresponsabilidade feminina que não soube evitar a gravidez e, portanto, deve assumir o seu ônus".[48] Nesse caso, se a mulher engravidou por um descuido seu, a vida do feto seria legítima e, por consequência, deveria ser preservada.

Ainda destaca o autor que[49],

> A redução de seu escopo transforma a questão do aborto em um problema simples, sugerindo respostas esquemáticas de base binária, cuja dimensão de racionalidade cede espaço à transcendência, obstacularizando a construção de espaços múltiplos de discussão.

Ainda no que concerne a essa argumentação, é possível que seja feita outra problematização. Sabe-se que não existe primazia entre os princípios constitucionais.

---

[48] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 157.

[49] Ibidem, página 160.

Assim, não existem princípios absolutos e um não é mais importante do que os demais. Assim, tal como o direito à vida é relevante, a dignidade humana e a liberdade também o são.

Nesse ponto, existindo um conflito, deve haver uma ponderação entre os princípios. Se de um lado argumenta-se pelo direito à vida que o feto tem, de outro é preciso que se observe, igualmente, a dignidade da mulher e a sua liberdade de escolha – amplamente amparados pela Constituição Federal.

Assim como há uma polissemia em torno do conceito de vida, isto também acontece quando se pensa a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana. Mas no campo do Direito, entende-se a dignidade da pessoa humana "ancorada na máxima kantiana, segundo a qual o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio (...) a concepção da dignidade da pessoa humana articulada com a autonomia ética do sujeito" [50].

Com base nesse conceito, tem-se o ser humano como sujeito possuidor de direitos que devem ser respeitados e garantidos. Dentre esses direitos, seguindo também a máxima kantiana, está a autonomia. É garantido ao ser humano, dessa maneira, direitos e liberdade, a possibilidade de participação ativa na sociedade e a garantia de tratamento igualitário a todos os membros da sociedade.

Ao trazer a reflexão sobre a dignidade da pessoa humana à discussão sobre o aborto, observa-se a relevância desse princípio. O que se tem, em verdade, presente na discussão sobre o tema é a autonomia das mulheres, por mais que a questão não seja tratada dessa forma. A problematização da criminalização sobre o aborto, em

[50] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 166.

última análise, concerne na discussão a respeito da liberdade de escolha das mulheres.

Quando se faz o contraponto entre o princípio da dignidade e a questão do aborto não reduzindo a reflexão à defesa do direito à vida, tem-se presente, também, a análise da questão com base na igualdade. Desse modo, ao privar as mulheres da liberdade de escolha com relação aos seus corpos e suas vidas, ocorre igualmente uma discriminação com relação ao gênero e a manutenção da desigualdade entre homens e mulheres.

Isso porque, os efeitos da criminalização do aborto recaem exclusivamente sobre as mulheres. Pois apenas elas podem engravidar e devem levar adiante a gestação. Aos homens, é dada a prerrogativa de escolherem se querem ou não ser pais e para além desse fato, nenhum tipo de julgamento é feito com relação a isso.

Ao contrário, no caso das mulheres, não há esse poder de escolha. Entende-se a gravidez como uma coisa natural, própria das mulheres, uma consequência lógica da sua biologia. Ademais, quando a mulher se manifesta no sentido de querer escolher o que é melhor para si, é julgada e tida como egoísta.

A criminalização deste fenômeno traz, além da desigualdade de gênero, uma desigualdade social. Como demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a proibição do aborto afeta de maneira mais acentuada as mulheres pobres por estas não terem poder aquisitivo para a prática de aborto em clínicas clandestinas seguras, por exemplo. Como consequência – e como demonstrado – o aborto voluntário leva

a altos índices de mortalidade entre as mulheres de baixa renda. Assim destaca Roberto Chateaubriand[51]:

> Os dados do Sistema Único de Saúde demonstram que aborto inseguro é um grave problema de saúde pública que contribui para os altos índices de mortalidade e morbidade materna. Realizado em condições inseguras nas clínicas clandestinas, o procedimento oferece às mulheres graves riscos à sua saúde, como a perfuração do útero, além de riscos de complicações generalizadas, como hemorragias e infecções.

Pelos dados colhidos nas pesquisas, sabe-se que o aborto não é uma prática exclusiva de um determinado grupo de mulheres. Ele é feito por mulheres de todas as etnias, classes sociais, escolarizadas ou não, casadas ou solteiras e de todas as idades. Por outro lado, também é sabido que o número de mortes causadas por essa prática aumenta consideravelmente entre as mulheres negras, de baixa renda e com pouca escolaridade. A partir disso que é possível se depreender que a proibição do abortamento também é uma forma de acentuação e manutenção das desigualdades sociais.

Por fim, uma última problematização pode ser feita ao se confrontar esse interdito proibitório quando associado a alguma crença religiosa. Nesse sentido, suportar a criminalização do aborto a partir disso torna-se problemático se se levar em conta a laicidade que o Estado deveria adotar.

O laicismo do estado brasileiro, amparado por dispositivos constitucionais[52], deu-se com a secularização do Estado. Ou seja, houve um momento de ruptura entre

[51] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 170.

[52] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

a Igreja e o Estado e, como resultado, passou a ser de responsabilidade deste último a regulação da vida em sociedade[53].

As pessoas e a sociedade como um todo passaram a entender os fenômenos e resolver seus conflitos por seus próprios meios não dependendo mais – ou pelo menos não exclusivamente – de explicações místicas e divinas. A regulação da vida em sociedade passou a ser feita por poderes mundanos, por assim dizer. E com a democracia, esses poderes são personificados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Estado laico, para além desse aspecto secular, também é aquele que tem como dever garantir a diversidade de crença e a liberdade religiosa. O estado brasileiro não deve, portanto, escolher uma religião para professar. Ao contrário, deve garantir que todas as religiões sejam respeitadas no Brasil e que todas tenham espaço, sem dar primazia a uma em detrimento de outra. Além de garantir o direito daqueles que optarem por não ter religião nenhuma.

Entretanto, na prática, nem sempre é assim que acontece. Como dito, a defesa do direito à vida, no caso do aborto, é muitas vezes ancorada na crença religiosa. E isso não está restrito ao âmbito da sociedade leiga, por assim dizer. Muitos parlamentares, políticos do executivo e magistrados, em diversas oportunidades, já se posicionaram contra o abortamento tendo como argumento a crença em alguma religião.

---

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[53] É possível entender a ruptura entre essas duas instituições igualmente pelo conceito de racionalização já desenvolvido no capítulo 2 desse trabalho.

Como destacam as Alcilene Cavalcante e Samantha Buglione [54],

> Apesar de haver um tácito consenso de que o Estado laico é condição essencial para o exercício e garantia dos direitos humanos, é constante a confusão no que se refere às consequências práticas da adoção desse paradigma. Não são poucas as vezes em que se coloniza o Estado com crenças e interesses particulares, com razões que não são da ordem do interesse comum. Quando o Estado impõe moralidades particulares e limita a liberdade, acaba por violar qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática.
>
> (...)
>
> A discussão sobre o aborto é, na realidade, uma discussão sobre o modelo de sociedade adotado em determinado tempo da história (...).

Nesse diapasão, a criminalização do aborto sustentada por crenças religiosas também não se sustenta, uma vez que, como destacam as autoras acima, a garantia da liberdade, incluída aí a liberdade de crença, é essencial para que os direitos humanos sejam exercidos e respeitados. E quando se escolhe uma religião para ser seguida ou, mais do que isso, quando se permite que uma crença religiosa paute a discussão num estado laico, o que se tem verdadeiramente é uma violação à própria constituição de uma sociedade que se pretende "pluralista, justa e democrática".

Conclui-se, portanto, que a criminalização do aborto pautada na supremacia do direito à vida pode ser questionada, porque existem diversas problemáticas que envolvem esse argumento e fazem com que ele não se sustente. Dessa forma, tem-se que a discussão é muito mais profunda e não deve mais ser realizada com base em reflexões binárias ou simplistas.

[54] CAVALCANTE, Alcilene; BUGLIONE, Samantha. Pluralidade de vozes o desafio da alteridade. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 190.

E esse interdito proibitório, longe de atingir seu objetivo – impedir que a vida do feto seja interrompida -, gera como consequência desigualdades social e de gênero. Além disso, como destacado, a proibição cerceia a liberdade e o poder de escolha das mulheres, fazendo com que a sua vontade fique subjugada a posicionamentos ideológicos e morais que não condizem com as suas realidades.

3.2 Qual o papel da norma?

A percepção sobre o papel da norma varia de acordo com a perspectiva que é lançada sobre esse fenômeno. Entretanto, para fins práticos de desenvolvimento deste trabalho, é preciso que se escolha um olhar dentre vários. E como a presente reflexão se propõe a fazer uma análise sociológica do aborto, faz sentido que o ponto de partida escolhido seja o de um sociólogo.

A sociologia de Karl Marx corrobora a discussão. A perquirição do autor a respeito da sociedade o tenha levado a afirmar que a sociedade é uma sociedade de classes e que existe a exploração de uma classe para outra. Para tanto, o autor desenvolveu conceitos de classe social, mais-valia, alienação, proletariado, força de trabalho, meios de produção, mercadoria, fetichismo, dentre outros.

Para os fins a que se pretende esse trabalho, faz-se importante desenvolver melhor os conceitos de mercadoria e fetichismo. Primeiramente, e de maneira sintética, mercadoria nada mais é do que um objeto que satisfaz necessidades. Segundo Marx[55],

> O caráter misterioso da forma-mercadoria consiste, portanto, simplesmente no fato de que ela reflete aos homens os caracteres sociais de seu próprio trabalho como caracteres

[55] MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 2017.

> objetivos dos próprios produtos do trabalho, como propriedades sociais que são naturais a essas coisas e, por isso, reflete também a relação social dos produtores com o trabalho total como uma relação social entre os objetos, existente à margem dos produtores. É por meio desse quiproquó que os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas sensíveis-suprassensíveis ou sociais. (...) Já a forma-mercadoria e a relação de valor dos produtos do trabalho em que ela se representa não tem, ao contrário, absolutamente nada a ver com sua natureza física e com as relações materiais [dinglichen] que dela resultam. É apenas uma relação social determinada entre os próprios homens que aqui assume, para eles, a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. Desse modo, para encontrarmos uma analogia, temos de nos refugiar na região nebulosa do mundo religioso. Aqui, os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, como figuras independentes que travam relação Assim se apresentam, no mundo das mercadorias, os produtos da mão humana. A isso eu chamo de fetichismo, que se cola aos produtos do trabalho tão logo eles são produzidos como mercadorias e que, por isso, é inseparável da produção de mercadorias.

Embora essa lógica marxista que confronta a mercadoria e o fetiche seja empregada, prioritariamente, quando se pretende fazer uma análise econômica do capitalismo e, portanto, seja utilizada para se compreender o processo de produção do capital, o conceito de fetichismo da mercadoria pode ser emprestado e empregado neste trabalho de duas formas.

O fetichismo cria, em consonância ou como resultado da lógica capitalista, uma inversão na relação entre sujeitos e a mercadoria – ou os objetos. Assim, acontece uma "reificação", que significa que os sujeitos – especificamente os trabalhadores na percepção marxista – são transformados em coisas e, dessa forma, não só o modo de produção dessas mercadorias, como também a própria socialização dos indivíduos se dá por meio desses objetos dotados de vida própria.

Como consequência e, daí vem a crítica marxista, os objetos produzem as relações sociais, os indivíduos são transformados em coisas e perdem seu caráter humano e, também por isso, é mantido o status quo do capitalismo e, por conseguinte, a exploração do proletariado se mantém. Porque no final das contas, o valor é dado à mercadoria, não à força de trabalho despendida pelo trabalhador.

Essa exposição se mostra pertinente porque, primeiramente , ao problematizar a relação criada entre a mercadoria e o sujeito, Marx mostra o que verdadeiramente está por trás dessa relação e mostra, assim, que as coisas não são o que parecem. Poder-se-ia pensar que o protagonista dessa relação seria o sujeito produtor da mercadoria, mas é o contrário. O fetichismo da mercadoria de Marx, em última instância, oculta as verdadeiras relações entre os sujeitos disfarçando o que de fato são, relação entre coisas.

E, mais uma vez, ainda que a lógica marxista esteja voltada para uma crítica prioritariamente econômica do capitalismo, essa problematização pode ser empregada no caso sob estudo, tendo em vista a fragilidade já demonstrada dos argumentos que sustentam a proibição do aborto. E isso se dá porque, em última análise, toda a argumentação exposta para calcar a criminalização do aborto não é de fato o real motivo para que esta criminalização exista e se mantenha. Como vem sendo problematizado e será ainda objeto de exposição, a proibição do aborto nada tem a ver com a preocupação com relação à vida do feto e à vida da mãe.

Em segundo lugar, o fetichismo da mercadoria auxilia na compreensão do real papel da norma dentro da sociedade. Nesse sentido, a indagação a ser feita é, qual seria o objetivo da lei que proíbe o aborto, embora o Estado esteja ciente de que

a prática é feita mesmo assim e que, portanto, a lei não reflete os anseios das mulheres.

Assim, da mesma maneira que o fetichismo da mercadoria inverte a relação entre sujeitos e objetos, pode-se pegar emprestado esse raciocínio para entender que o processo que se opera com relação à criminalização do aborto também é mascarado e encoberto. E, da mesma forma, se a relação entre sujeito e mercadoria, para Marx, está intrinsecamente ligada pelo capital – dinheiro e meios de produção – o verdadeiro papel da norma que proíbe o aborto está intimamente ligada ao capital – só que nesse caso, mais do que o capital dinheiro, há que se falar igualmente no capital simbólico.

Nisso se depreende que a liberdade é ditada por aqueles que possuem capital – seja ele relacionado ao dinheiro ou o capital simbólico. No contexto da criminalização do aborto, quem possui o capital simbólico são aqueles que têm a legitimidade para fazer as leis e aqueles que influenciam de alguma maneira para a manutenção dessa lei. Nesse caso, de maneira generalizada, quem possui o capital simbólico para decidir sobre a questão do abortamento no Brasil são parlamentares, agentes políticos, religiosos, pessoas com grande poder aquisitivo, em sua maioria homens e brancos. As mulheres, que na maioria das vezes não detêm esses capital simbólico, ficam à mercê dos mandos e desmandos dessas pessoas.

A consequência disso tudo se observa, antes de tudo na "reificação" da mulher perante a sociedade. Inverte-se igualmente aqui a relação existente. Há, dessa forma, uma relação "coisificada" em que, em verdade, o papel de objeto é atribuído à mulher. E, assim como os sujeitos mantêm-se dependentes da mercadoria e é mantido o status quo, com as mulheres isso também se dá, com a diferença de que

elas mantêm-se dependentes do que é estabelecido por aqueles que têm o poder de ditar suas liberdades.

Há uma falsa sensação de liberdade que é mascarada, quando na realidade o que se tem é um claro controle dos corpos femininos. As mulheres ficam submetidas, assim, a uma crença subjetiva que foi padronizada e imposta como sendo a verdadeira e que, portanto, deve ser seguida por todos.

Assim, mais do que o fetichismo da mercadoria, no caso das mulheres e do aborto, está-se diante de um fetichismo da subjetividade e, como destaca Zygmunt Bauman56,

> O fetichismo da subjetividade, tal como, antes dele, o fetichismo da mercadoria, baseia-se numa mentira, e assim é pela mesma razão de seu predecessor – ainda que as duas variedades de fetichismo centralizem duas operações encobertas em lados opostos da dialética sujeito-objeto entranhada na condição existencial humana. Ambas as variações tropeçam e caem diante do mesmo obstáculo: a teimosia do sujeito humano, que resiste bravamente às repetidas tentativas de objetificá-lo.

Dentro dessa lógica, Isabella Duarte Pinto Meucci[57] também discorre afirmando que

> [o]s indivíduos absorvem um conjunto de códigos, símbolos e condições materiais para que assim possam ser qualificados, tornando suas ações estratégicas a fim de conseguirem ganhos. Essa exigência intransponível de absorção coloca as pessoas em um mercado simbólico de trocas, não apenas entre bens, mas entre pessoas transfiguradas em mercadorias. Os sujeitos se transformam gradativamente em objetos por meio da

[56] BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008, p. 30.

[57] MEUCCI, Isabella Duarte Pinto. FETICHISMO DA MERCADORIA E FETICHISMO DA SUBJETIVIDADE: uma análise comparativa na obra de Zigmunt Bauman. Sem Aspas, Araraquara, v. 1, n. 1 p. 37-46, 1º semestre de 2012.

> aquisição de bens, conhecimento e até mesmo da remodelação do corpo (...).

Há, dessa forma, uma fetichização da subjetividade que se baseia na mentira de proteção ao direito à vida para controlar a liberdade das mulheres. Para entender melhor o papel da norma, pode-se utilizar igualmente como arcabouço teórico Louis Althusser. Esse autor, enquanto marxista, também entendia o Estado como uma máquina de repressão que forneceria os subsídios para que as classes dominantes mantivessem sua dominação sobre a classe proletária.

Para Althusser, o Estado tem reprime tudo aquilo que possa ser contra o sistema de exploração de uma classe pela outra. Dessa forma, o entendimento do autor é no sentido de que o Estado se traduz em um aparelho repressivo, tendo como função precípua a repressão dos sujeitos com o fito da manutenção do status quo capitalista.

Mas o que o efetivamente diferencia da teoria clássica marxista relaciona-se com o seu posicionamento segundo o qual o Estado não seria apenas um aparelho repressivo. Para sustentar tal afirmação, o autor primeiro faz uma diferenciação entre o Estado e o poder de Estado. Assim, o aparelho de Estado é materializado na estrutura própria do Estado, ou seja, nas instituições que dão corpo ao Estado, como por exemplo, a administração pública, a escola, o exército, a religião etc.

Por outro lado, o poder de Esta está relacionado com quem está inserido no aparelho de Estado e o utilizada para se beneficiar. Em sendo assim, tem-se que o as instituições constituem o aparelho e o poder relaciona-se com quem comanda essas instituições. Ao dar seguimento ao desenvolvimento dessa ideia, Althusser apresenta ainda uma nova distinção. Segundo dele, o aparelho de Estado ainda pode ser subdivido em aparelho repressivo e aparelho ideológico do Estado.

Assim, ele discorre dizendo que[58]

> [n]ão se confundem com o aparelho (repressivo) de Estado. Lembremos que na teoria marxista, o Aparelho de Estado (AE) compreende: o Governo, a Administração, o Exército, a Polícia, os Tribunais, as Prisões, etc., que constituem aquilo a que chamaremos a partir de agora o Aparelho Repressivo de Estado. Repressivo indica que o Aparelho de Estado em questão «funciona pela violência», - pelo menos no limite (porque a repressão, por exemplo administrativa, pode revestir formas não físicas).
>
> Designamos por Aparelhos Ideológicos de Estado um certo número de realidades que se apresenta ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. Propomos uma lista empírica destas realidades que, é claro, necessitará de ser examinada pormenorizadamente, posta à prova, retificada e reelaborada. Com todas as reservas que esta exigência implica, podemos desde já considerar como Aparelhos Ideológicos de Estado as instituições seguintes (a ordem pela qual as enunciamos não tem qualquer significado particular):
>
> - O AIE religioso (O sistema das diferentes Igrejas)
>
> - o AIE escolar (o sistema das diferentes escolas públicas e particulares),
>
> - o AIE familiar
>
> - o AIE jurídico
>
> - o AIE político (o sistema político de que fazem parte os diferentes partidos)
>
> - o AIE sindical
>
> - o AIE da informação (imprensa, rádio-televisão, etc.)
>
> - o AIE cultural (Letras, Belas Artes, desportos, etc.).

Dessa maneira, pode-se dizer que o aparelho repressivo do Estado utiliza-se da força e da violência – não sendo esta necessariamente física, podendo ser

[58]ALTHUSSER, L. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980, pp. 42-43

simbólica também. De outro lado, Althusser reconhece o aparelho ideológico do Estado que, para além da violência, busca o convencimento das pessoas pela ideologia.

O autor afirma que os aparelhos ideológicos têm como objetivo propagar a cultura dominante e o fazem ao incutir, desde a mais tenra idade dos sujeitos, ideias e padrões a serem seguidos. E, apesar de existirem inúmeros AIE, o funcionamento de todos se dá conjuntamente, porque todos têm um objetivo comum – perpetuar a ideologia dominante e manter o status quo.

Ao trazer esse entendimento ao caso do abortamento no Brasil, tem-se a presença do aparelho repressivo do Estado, ao criar a lei que criminaliza o fenômeno e, a caso seja esta desrespeitada, pode o Estado agir com violência e punir os infratores. Em contrapartida, há uma série de aparelhos ideológicos do estado que condicionam o pensamento dos sujeitos desde que nascem para que achem que o aborto é algo errado, irresponsável, imoral, contra a religião etc.

O que se tem, em verdade, é uma lógica ideológica que atua conjuntamente com o aparelho repressivo do Estado para a manutenção do status quo. Em uma sociedade em que predominam pensamentos e posicionamentos machistas, misóginos e em que a mulher não é vista enquanto indivíduo, mas como objeto com a finalidade apenas de cumprir com a sua natureza biológica, o verdadeiro papel da norma – apoiada pela ideologia dominante presente em instituições religiosas, jurídicas, políticas, familiar, escolar etc.- é garantir condições de funcionamento e perpetuação dos AIE, protegidos pelo aparelho repressivo do Estado.

Em última instância, os aparelhos ideológicos do Estado têm como objetivo fazer com que os indivíduos – as mulheres, nesse caso – submetam-se à sujeição

espontaneamente. Ou seja, têm a finalidade de fazer com que as mulheres aceitem livremente essa sujeição, por entenderem que "é assim que deve ser". E isso é feito ao incutir ideias de condutas e padrões serem seguidos desde que os sujeitos são crianças. .....

Em conclusão, o resultado dessa dinâmica é que as mulheres – alvo principal da lei que criminaliza o aborto voluntário – ficam submetidas a essa autoridade e são privadas de liberdade. Há uma falsa concessão de liberdade e, portanto, mascara-se a realidade – há um fetichismo da subjetividade. Ou seja, conquanto as mulheres tenham liberdade para tomarem certas inciativas e fazerem certas escolhas, ao mesmo tempo, estão submetidas a uma autoridade superior que as retiram a liberdade verdadeira. E às mulheres, cabe apenas se submeter a essa autoridade ou infringir a norma e arcar com os efeitos disso.

3.3 O estado de coisas como resultado da legislação vigente

Diante do que foi dito e demonstrado até agora, observa-se a ineficácia da lei que proíbe a prática de aborto. A pergunta que se faz é, uma vez que a lei não consegue cumprir com a sua função normativa regulamentando as condutas das mulheres e, tampouco com a sua função sociológica de manter a coesão social, por que razão ela ainda está em vigor?

Dizendo de outra forma, se a lei é feita para proibir o aborto e mesmo assim não consegue impedi-lo; se tem como objetivo proteger as mulheres, e não obstante há um número significativo de mulheres que morrem ou que, de alguma forma, ficam com sequelas após abortarem; se tem como finalidade a proteção da vida dos fetos acima de qualquer coisa e, no entanto, há um sem número de fetos que morrem

todos os dias por conta de abortos, é preciso que se questione qual a verdadeira finalidade dessa norma.

Se os responsáveis por tomada de decisão têm consciência desses fatos – eles têm – o questionamento que fica é: o que verdadeiramente se busca com a lei de criminalização de abortos? Logo, deve-se perguntar: legisla-se para quem e com qual intuito?

Para se chegar a uma resposta sobre esse questionamento, é preciso que se diga que no Brasil os assuntos concernentes à sexualidade e à reprodução envolvem, necessária e inevitavelmente, outras questões como o autoritarismo, o machismo, a misoginia e o conservadorismo derivado de crenças religiosas. No caso brasileiro, dessa forma, tem-se uma tripla proibição do aborto. Esta prática é proibida por meio da norma jurídica, por meio da norma moral e também pelas religiões judaico-cristãs – religiões com o maior número de adeptos no país.

O entendimento sobre a real finalidade da lei que criminaliza o aborto perpassa igualmente pela compreensão da consequência que a legislação tem na vida das mulheres. Ou seja, é preciso que se analise o status quo ou a situação atual do fenômeno.

Para iniciar essa análise, destaque-se que à questão do aborto não é dada a devida importância. O abortamento não é tratado como uma questão de saúde pública. Ou ainda, é tratado como se fosse uma questão de âmbito individual. Os espaços públicos não são abertos para o debate. Pensa-se o aborto atualmente – assim como outras questões concernentes às mulheres, como saúde mental, por

exemplo - por uma lógica de espaço privado. Como destacam Wilza Villela e at.[59] esse espaço privado

> costuma ser entendido como o espaço doméstico, a mulher continua desprovida da condição de sujeito, pois é sempre mãe, esposa, filha ou irmã, ou seja, sua identidade continua referida a outro, que domina a circulação, a dinâmica de funcionamento e mesmo o espaço físico da casa (...) o que se chama de espaço privado das mulheres pode ser entendido, de fato, como um espaço de privação.

Consequentemente, ao distanciar a discussão desse fenômeno dos espaços públicos, acaba-se por negar-lhe a visibilidade que merece. Como resultado, como destacado acima, o aborto não é tratado como uma questão de saúde pública, mas sim como uma questão moral, como um pecado, como uma irresponsabilidade da mulher. E, por isso, a questão vai sendo invisibilizada.

A lei que criminaliza o aborto também está diretamente relacionada à maneira como a mulher é vista dentro da sociedade. Ou melhor, a lei reflete a percepção que a sociedade tem quanto ao papel da mulher. Biológica e religiosamente falando, à mulher ainda é dado um papel de reprodutora. Pensa-se a gravidez como uma dádiva de Deus, que não pode ser recusada e que só Ele pode decidir pela sua interrupção.

Como destacam Cláudia Mayorga e Manuela de Sousa Magalhães[60],

> [o] corpo feminino recebe um conjunto de atributos derivados de sua qualidade mais imediata: a maternidade. Esta é frequentemente compreendida em nossa cultura como

[59] VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e saúde mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 100.

[60] MAYORGA, Cláudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. Feminiso e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 206.

> consequência do instinto materno e, portanto, possui as características próprias dos instintos um comportamento preestabelecido e predeterminado no que se refere à sua forma e conteúdo. Essa noção de instinto garante, ao mesmo tempo e de maneira invisível, o pressuposto da natureza feminina como natureza materna e a redução da experiência possível da maternidade a um comportamento dado a priori.

Nesse sentido, não cabe à mulher escolher se quer engravidar ou se quer levar adiante uma gestação. A ela cabe apenas aceitar essa dádiva e cumprir com seu papel. A noção que se tem e que se perpetua com a referida lei, é a de que a mulher está vinculada à natureza e que, portanto, a sua sexualidade é voltada apenas à reprodução. Dentro dessa discussão, as autoras Cláudia Mayorga e Manuela de Sousa Magalhães[61] trazem duas problematizações que são caras a analise, quais sejam,

> [há] duas dessas verdades que devem ser problematizadas quando discutimos sobre aborto, direitos sexuais e reprodutivos, autonomia sexual e reprodutiva, e que consistem em dois pilares talvez os mais fundamentais para o patriarcado: a noção de que as mulheres estão estreitamente vinculadas à natureza e que, portanto, a sua vivência da sexualidade se resume ao papel da reprodução; e a noção de que as mulheres, por sua capacidade "natural" de serem mães, possuem uma relação especial com os demais, bem como a potencialidade de amar e se entregar incondicionalmente ao outro, mesmo que essa entrega envolva abrir mão da sua condição de sujeito.

O que se tem, em verdade, é uma preocupação com relação à autonomia sexual das mulheres. O que se pretende com a lei não é proteger as mulheres, os fetos ou evitar que abortos sejam feitos. Porque todas essas situações acontecem na

[61] MAYORGA, Cláudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. Feminiso e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 200.

vigência da lei e, mesmo assim, aparentemente, ninguém se importa. O que se objetiva, então, é o controle dos corpos das mulheres.

A lei que proíbe o abortamento voluntário vem como um instrumento de controle e de cerceamento da autonomia das mulheres. Não só a autonomia sexual, mas a autonomia em seu sentido mais amplo. A lei acaba sendo uma forma de diminuir o poder de escolha das mulheres.

Além disso, a criminalização do aborto acentua as desigualdades de gênero porque reitera as condutas que são determinadas e esperadas dentro da sociedade. Como dito, a mulher é relacionada às questões biológicas e ao homem é dado o espaço público, a cultura e tudo aquilo que é humano.

Esse interdito proibitório tira das mulheres o seu papel de sujeito, o seu lugar de fala e a sua liberdade. O que se tem, portanto é uma anterior e constante ressignificação da subjetividade feminina. E essa construção da subjetividade não é dada às mulheres. Não são elas as protagonistas de suas próprias escolhas. O que há, efetivamente, é uma construção do lugar e do papel da mulher a partir da visão do outro e não da visão delas mesmas.

Como destacam Cláudia Mayorga e Manuela de Sousa Magalhães[62], "(...) a compreensão de como as mulheres são construídas através da heteronomia definidas como esposas, mães, filhas, ou seja, seres *para os outros* e não seres *com os outros*".

Como conclusão responde-se a pergunta feita no início desse tópico. Assim, não se sabe ao certo para quem se legisla. Se é para atender os interesses de uma sociedade conservadora ou de um legislativo conservador; se é para se é para atender

[62] MAYORGA, Cláudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 210.

os interesses de uma sociedade machista e misógina; ou se as duas coisas ao mesmo tempo.

O que se sabe é que não se legisla para as mulheres. E, igualmente, o que se sabe é que o fim pretendido com a proibição do aborto é, principalmente, cercear a autonomia das mulheres. Mesmo assim, Durkheim e a investigação sobre a prática de aborto demonstram que há uma tendência, dentro de sociedades complexas de que haja uma transformação do entendimento acerca do Direito, da licitude dos comportamentos, da criação de normas e da consideração para com essa norma.

Segundo o autor, em sociedades complexas – um de seus pontos de investigação -, a consciência individual se manifesta com mais força. Os indivíduos vão construindo, assim, sua própria individualidade e exibindo interesses sociais distintos. E como destacado anteriormente, essa percepção da consciência individual pode levar a um desprezo das normas jurídicas traduzindo-se na anomia durkheiminiana.

A partir disso, o estado de coisas dentro da sociedade brasileira pode ser analisado a partir de duas perspectivas e duas consequências práticas diferentes. Primeiramente, o desenvolvimento dessa individualidade pode trazer, como destacado no segundo capítulo deste trabalho, uma quebra na expectativa social e uma autonomia das mulheres no sentido de agirem conforme desejam, e não conforme a lei determina.

Por outro lado, a proibição do aborto também traz consequências nocivas à sociedade e, principalmente, às mulheres. Porque, embora esteja sendo desenvolvida essa consciência individual e aflore a vontade de fazerem o que seja melhor para elas,

as mulheres ainda não têm o meio adequado para tanto. Principalmente as mulheres de baixa renda.

Portanto, a situação que se tem atualmente é uma sociedade que relega meios adequados para a prevenção da gravidez e o abortamento, e a consequência disso um índice elevado de mortalidade materna, acentuação da desigualdade social, acentuação e manutenção da desigualdade de gênero, graves sequelas físicas em decorrência do aborto, problemas relativos à saúde mental da mulher, dentre outros. Faz necessário tecer maiores comentários a cada caso.

Primeiramente, no que concerne à mortalidade materna[63], o abortamento está em 5º lugar como causa de morte das mulheres. Dados esses advindos do Word Health Organization, 2007[64]. A situação em destaque, por si só, já se mostra preocupante. Mais ainda quando se considera a mortalidade materna "como um marcador de qualidade da gestão de saúde de um país, e reflete não só a qualidade de assistência à saúde da mulher, como à população". [65]

Além disso, a questão torna-se ainda mais problemática se se levar em consideração que o número de morte materna causada por aborto pode ser maior do que o coletado, tendo em vista o sistema de informação em saúde deficiente e o

[63] "A 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) define morte materna como a "morte de uma mulher durante a gestação ou até 42 dias após o término da gestação, independente da duração ou da localização da gravidez, devida a qualquer causa relacionada com ou agravada pela gravidez ou por medidas em relação a ela, porém, não devido a causas acidentais ou incidentais". SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

[64] Disponibilizados no texto de Ricardo Cabral Santiago. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

[65] LAURENTI et al., apud SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 60.

próprio caráter ilícito da prática que faz com que muitas mulheres não procurem ajuda. Ademais, o número ainda pode ser maior ainda se for levado em consideração os casos indiretos de mortes, como quando esta ocorre por conta de infecções e hemorragias resultantes do prática.

Em complementação a isso, impende destacar a fala de Ricardo Cabral Santiago[66] ao salientar que

> [e]stima-se que 68.000 mulheres morrem, por ano, em todo o mundo, em decorrência do aborto inseguro, ou seja, oito mulheres por hora. Esses números levam à estimativa de uma razão de mortalidade de 367 mortes por 100.000 abortos inseguros, ou seja, infinitamente superior à taxa de mortalidade causada pelo abortamento seguro, que é menor que uma morte por cada 100.000 procedimentos (Organização Mundial de Saúde, 2003).

Em conclusão, ao analisar os dados e utilizando da conclusão do autor supracitado, o abortamento é uma pandemia e, como tal e qualquer pandemia, deveria ser tratado como um problema de saúde pública. E deveria ser levado mais a sério principalmente nos países em desenvolvidos em que o número de abortamento é maior e o índice de mortalidade atinge prioritariamente as mulheres pobres. Mas, ainda assim, a questão continua sendo negligenciada pela sociedade, pelas normas e pelos políticos.

Dando prosseguimento ao ponto, aponta-se que o abortamento inseguro é feito de maneira globalizada. Entretanto, a distribuição da prática se dá de maneira irregular. Isso quer dizer que, ainda que se possa entender a prática de aborto como um fator endêmico, ele se dá em intensidade diferente a depender do nível de desenvolvimento do país.

[66] SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 60.

Essa discrepância da distribuição da prática a depender do desenvolvimento do país acaba por acentuar certa maneira a desigualdade social. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde de 2003[67], 97% da totalidade de abortamentos feitos no mundo todo foram feitos em países em desenvolvimento. Esse número expressivo é resultado, principalmente, da falta de políticas públicas de prevenção, a falta de informação sobre o uso correto de contraceptivos, a falta de políticas relacionadas a um planejamento familiar.

.....Assim, assevera a Juíza Maria Lúcia Karam[68],

> (...) a criminalização do aborto exibe seu perverso caráter classista, pois somente as mulheres pobres sentem seus efeitos.
>
> Os efeitos da criminalização do aborto se distribuem de modo desigual na sociedade brasileira (...) a pobreza representa maior vulnerabilidade para as mulheres que recorrem ao aborto clandestino, sem condições de buscar procedimentos seguros. Para essas, além da falta de informações e recursos financeiros, incide ainda a vulnerabilidade às denúncias, punições, humilhações e abusos quando recorrem aos serviços públicos de saúde com abortamento incompleto.

Destarte, como destacado em capítulos anteriores, há maior probabilidade de abortamento inseguro com relação às mulheres de baixa renda. Dessa forma, estas estão mais suscetíveis à mortalidade e a sequelas sérias e definitivas. Por isso, a falta de fornecimento de meios que levem ao abortamento seguro acaba, direta ou indiretamente, sendo um obstáculo para que essas mulheres tenham acesso ao direito à saúde e, assim, também há além da manutenção uma acentuação das desigualdades sociais.

---

[67] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems.* Genebra: World Health Organization, 2003.

[68] KARAM, M. L. Apud DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 150.

Dando prosseguimento à análise da manutenção e acentuação de desigualdades como decorrência da prática do aborto, evidencia-se o tema do gênero. A primeira desigualdade a ser problematizada gira em torno do poder de escolha. Como vem sendo exaustivamente dito nessa exposição, à mulher não é dada a liberdade sobre os seus próprios corpos. A elas, dessa forma, não é possibilitado o direito de decidirem se querem ou não levar adiante uma gestação.

Com relação aos homens, esse cerceamento não se observa. Não há nenhuma lei que interfira de maneira tão invasiva com relação aos seus corpos. Não se observa qualquer interdito que dite ou que diminua seu poder de escolha com relação ao que fazer com seus corpos.

Mais do que isso, a desigualdade de gênero também se observa quando à mulher é imputada toda a responsabilidade por levar adiante a gestação e toda a culpa por querer – ou efetivamente – dar fim a ela. O pai da criança, dentro dessa situação, acaba por sair ileso de qualquer julgamento ou culpa.

Por conseguinte, à mulher é dispensada toda uma sorte de adjetivos e julgamentos, como egoísta, inescrupulosa, assassina, pecadora, imoral, irresponsável, prostituta, promíscua etc. Ao homem, o comentário que se faz – quando é feito – apresenta-se como um conformismo materializado em frases como "homem é assim mesmo".

Por fim, a desigualdade de gênero também se mantém e é acentuada com relação ao mercado de trabalho. Ao se obrigar a mulher a levar adiante uma gravidez, acaba-se por incumbi-la da tarefa prioritária de ser mãe, em detrimento muitas vezes de sua carreira profissional.

Finalmente, é a mulher pode ter o seu desempenho afetado pela gravidez; é ela que terá que interromper sua carreira por alguns meses; é ela que deverá, pelo resto da vida, ter que equilibrar a vida profissional e a maternidade – mesmo que assim não queira. Ao homem, nenhum empecilho dessa natureza é imposto. Mesmo que ele fique ao lado da mãe de seu filho, o impacto disso dificilmente será significativo na sua vida profissional.

Com relação às sequelas físicas decorrentes do abortamento, muitas delas permanentes, enfatizem-se as hemorragias, infecções, infertilidade causada por uma complicação no abortamento, histerectomia, perfuração do útero etc. Além dessas sequelas, é preciso que se destaque, igualmente, as sequelas psicológicas do abortamento.

Assim como destacam Wilza Villela et al.[69],

> (...) em contextos onde o aborto é considerado crime ou pecado, como no Brasil, e a sua prática se dá nos marcos da clandestinidade e ilegalidade, sem dúvida as mulheres estarão expostas a situações emocionalmente adversas, como o medo e a responsabilidade de tomar uma decisão que contraria a lei, o que por si sós já representam um agravo à saúde mental.

Isso posto, ressalte-se que os problemas relacionados à saúde mental da mulher que aborto são amplos. Nesse sentido, tem-se que a mulher que aborta, independentemente do apoio familiar podem experimentar sentimentos de perda, solidão, tristeza, medo e culpa. Esses sentimentos podem se explicar pelo processo traumático pelo qual a mulher que quer abortar tem que passar.

[69] VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e saúde mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 95.

Ainda, as mulheres também estão sujeitas à toda sorte de julgamentos seja do senso comum, da religião e até mesmo de profissionais do campo da saúde. Há médicos e enfermeiros que demonstram completa rejeição e reprovação às mulheres que abortam, inclusive repreendendo-as.

Essa correlação existente entre a ilegalidade do aborto e problemas de saúde mental das mulheres é bem exposto por Wilza Villela et al.[70] Asseveram as autoras que

> (...) nas situações em que a prática do aborto é legal, não são relatados maiores problemas emocionais ou psicológicos (Alan Guttmacher Institute, 2006). Em contrapartida, nas situações em que o aborto é considerado crime, são frequentes os sentimentos de medo e insegurança, antes da prática, e de culpa, posteriormente.

Em conclusão, o aborto, por si só, seja ele voluntário ou não, fragiliza a mulher. Mas quando não se dá o devido suporte e, mais ainda, quando se obriga a mulher a passar por julgamentos e a culpabilizam por tal, observa-se que essas mulheres vivenciam verdadeiro desemparo dentro da sociedade. A fragilização decorrente do ato deve ser sanada com um "atendimento humanizado, que não culpabiliza, não julga e não penaliza a mulher em situação de aborto (...)".[71]

CONCLUSÃO

A discussão a respeito da existência da prática de abortamento ilegal já está superada. Sabe-se, pelos dados trazidos por essa monografia no primeiro capítulo, que ele é realizado a despeito da lei. O aborto é, dessa forma, um fenômeno de

[70] VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e saúde mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 99.

[71] Ibidem, página 106.

amplitude global. É observado em diversos países e existe independentemente de classe social, etnia, estado civil e idade.

Por isso, a problematização a ser feita deve relacionar-se à urgência de se pensar alternativas que viabilizem o abortamento voluntário seguro e o fim da criminalização do fenômeno que gera somente riscos à saúde e à vida das mulheres. Como destaca Ricardo Santiago[72], o "aborto seguro [é o] realizado em condições adequadas para esse procedimento médico, e o abortamento inseguro, realizado fora do ambiente correto, levando a um grande risco à vida e à saúde da mulher".

Esta monografia, partindo dessa problematização, propôs-se a investigar mais detidamente esse entendimento discrepante sobre o fenômeno. Assim, observando a coexistência de dois discursos diferentes, buscou-se analisar, primeiramente, como o aborto pode ser entendido enquanto fenômeno social. Para isso, utilizou como arcabouço teórico os conceitos da sociologia weberiana do direito.

Posteriormente, e com base nos dados estatísticos que comprovam a constância desse fenômeno, procurou demonstrar fragilidade dos argumentos utilizados para defender a criminalização e a manutenção da lei e, a partir dessa discrepância entre a norma e a realidade, investigou sob quais argumentos e com quais finalidades a criminalização do aborto se mantém.

Dessa apuração, estabeleceu-se uma percepção paralela sobre o abortamento voluntário. De um lado, há uma norma que apenas permite o aborto voluntário em alguns casos específicos e, de resto, proíbe de maneira contumaz a prática. Do outro lado, há um sem número de mulheres que, ainda assim e por diversos motivos,

[72] SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 70.

optam pelo abortamento aceitando – ou tendo que aceitar – todos os riscos, julgamentos e consequências físicas e mentais que isso pode levar.

Ainda que esses dois discursos diferentes coexistam na sociedade, é importante que se destaque que isso não significa que essas mulheres que abortam ou potencialmente possam abortar desacreditem totalmente das instituições e queiram gerir totalmente suas vidas, mas apenas entendem que têm o poder de escolher qual conduta seguir, caso assim o queiram.

E essa construção de um entendimento paralelo ao que é determinado pelo Estado deve levar a uma nova reflexão que perpasse pelo reconhecimento de que, ao optarem pelo abortamento voluntário, as mulheres simplesmente entendem seus corpos como pertencentes a elas e dominados por elas. Esse fenômeno deve ser discutido, portanto, a partir da perspectiva do poder de escolha das mulheres, que deve caber a elas e a mais ninguém,

Esse trabalho se propôs a analisar o aborto enquanto fenômeno jurídico, ainda que este seja um ato considerado ilícito. O comportamento das mulheres diferente do determinado no ordenamento foi considerado importante e fundamental para se entender o funcionamento desse ordenamento jurídico e os objetivos atrelados a ele e para se entender a sociedade como um todo.

Pretendeu-se, igualmente, demonstrar a complexidade do aborto enquanto fenômeno jurídico e social. E, justamente por ser complexo, procurou-se proporcionar um raciocínio mais profundo e um debate mais atento às questões que realmente envolvem o fenômeno. Mais do que um ponto a ser criminalizado, deve o aborto ser pensado igualmente sob o prisma da mulher. Assim, a preocupação dessa monografia foi lançar luz à reflexão sobre O bem-estar psíquico das mulheres.

Problematizou, portanto, "se as práticas culturais relacionadas ao aborto sejam morais, religiosas ou sanitárias contribuem para o bem-estar psíquico das mulheres"[73].

Além disso, procurou-se demonstrar que a criminalização e a clandestinidade do aborto são prejudiciais para a sociedade como um todo, mas principalmente para as mulheres, que são as principais atingidas pelas consequências do abortamento. Isso porque, ao dedicar parte da monografia à análise do estado de coisas atual da sociedade brasileira, detectou-se que essa criminalização, ao invés de prevenir a prática do aborto e salvar a vida da mãe e do feto, apenas traz consequências nocivas às mulheres, tais como danos à saúde mental, à saúde física, manutenção e, muitas vezes, aumento das desigualdades social e de gênero.

Demonstrou-se, da mesma maneira, a ineficácia da norma e, consequentemente, outros objetivos que podem integrar a norma. Expôs-se, também, que o aborto não é um simples ato, e sim o resultado de um longo encadeamento de fatos. E, como tal, merece ser entendido a partir da sua complexidade.

Em razão disso, esse trabalho objetivou trazer uma discussão que não se limitasse à defesa genérica do direito à vida do feto ou a questões de ordem moral e religiosa. Procurou-se ancorar a reflexão à segurança da mulher com o objetivo de fornecer subsídios ao debate sobre o desenvolvimento de políticas públicas e de saúde que tragam serviços e procedimentos corretos e próprios para a prática.

[73] VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e saúde mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 110.

Além desses reparos apontados, procurou-se também criticar o Estado e o Direito que permitem a criminalização e concorrem para a precarização da vida e do lugar da mulher dentro da sociedade, além de assegurarem a manutenção desse estado de coisas. No que concerne ao Estado há, pelo menos, duas críticas que podem ser feitas.

Em primeiro lugar, um Estado que se pretende laico não pode ter a religião como guia de seus princípios. Não é possível conceber a prevalência de dogmas religiosos em detrimento de outras crenças ou de crença nenhuma. Em segundo lugar, não se pode chamar de estado democrático de direito aquele que escolhe por dar preponderância aos interesses individuais de uma classe. Quando isso acontece, ou seja, "[q]uando o Estado impõe moralidades particulares e limita a liberdade, acaba por violar qualquer projeto de sociedade pluralista, justa e democrática"[74].

No que diz respeito ao Direito e sendo este, como destaca Roberto Chataubriand Domingues[75]

> dinâmico, em constante transformação, visando acompanhar a constante pulsação presente no seio da sociedade, não existe razão suficiente para a manutenção de normas incriminadoras no ordenamento jurídico que não cumprem com o seu papel subsidiário de conformação de condutas e repressão de desvios.

Essa monografia se coaduna com os entendimentos de L. Karam[76] e M. Mori[77] respectivamente, ao asseverarem que

[74]CAVALCANTE, Alcilene; BUGLIONE, Samantha. Pluralidade de vozes o desafio da alteridade. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 195.

[75] DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 155.

> O proibicionismo pode ser entendido, em primeira aproximação, como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais, sem deixa espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.
>
> (...) a insistência na conservação do aborto como crime cumpre a função de preservar a desigualdade existente entre homens e mulheres, reservando a estas o lugar que a natureza lhes indicou no início dos tempos. O resultado deste "projeto" nada mais seria do que a destituição da mulher de acessar possibilidades e concorrer em condições de igualdade com os homens, seja no mercado de trabalho, seja nas relações sociais como um todo, pois a ela caberia procriar e se haver com os demais desdobramentos dessa função que socialmente foi atribuída, quase que exclusivamente, à mulher.

Em conclusão, esta monografia procurou problematizar as diferenças entre o que uma lei generalizante determina e o que de fato as mulheres que praticam ou potencialmente irão praticar o aborto entendem como sendo determinante para suas condutas. Objetivou-se, igualmente, expor de que maneira este fenômeno é enxergado e poder ser analisado pela sociologia, em especial a sociologia weberiana.

Procurou, por fim, demonstrar as peculiaridades do fenômeno analisado e, com isso, manter, mas não esgotar, o debate acerca dele. Ambicionou-se, por fim, com a problematização, uma melhor compreensão do universo analisado, partindo

---

[76] KARAM, M. L. Apud DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 160.

[77] MORI, M. Apud DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto.* Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008, página 160.

agora de um viés sociológico para complementar a visão jurídica existente, e trazer subsídios que possibilitem o pensamento do aborto a partir de um prisma de saúde pública e liberdade das mulheres.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos de; DINIZ, Débora. Bioética e aborto. In: Iniciação à bioética. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/indice.htm Acesso em: 16/11/2018

ALTHUSSER, L. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para o consumo. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamento n. 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de junho de 2004. Diário da Justiça, Brasília-DF, 10 de maio de 2013.. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54 Acesso em 16/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamento n. 442. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Rel. Min. Rosa Weber.. Brasília, DF, 08 de março 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 1º de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865 Acesso em 16/11/2018.

BRASIL. Lei 9.882/99, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm Acesso em: 15/11/2018

CAVALCANTE, Alcilene; BUGLIONE, Samantha. Pluralidade de vozes o desafio da alteridade. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm Acesso em 14/04/2019

Constituição Federal Brasileira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 14/04/2019.

COUTINHO, Francisco Ângelo; MAIA, Mônica Bara; SILVA, Fábio Augusto Rodrigues. A polissemia do conceito de vida. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

DINIZ et al. Aborto: 20 anos de pesquisa no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25(4): 939-942, abr, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf Acesso em: 16/11/2018

DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

FREUND, Julian. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária LTDA.

KARAM, M. L. Apud DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

KRONMAN, Anthony T. Max Weber. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013

MELLO, Marcelo de Pereira. A Sociologia do Direito de Max Weber: o método caleidoscópio. Revista de Ciências Sociais. 2010, p. 10. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=170. Acesso em 20/11/2018.

MEUCCI, Isabella Duarte Pinto. FETICHISMO DA MERCADORIA E FETICHISMO DA SUBJETIVIDADE: uma análise comparativa na obra de Zigmunt Bauman. Sem Aspas, Araraquara, v. 1, n. 1 p. 37-46, 1º semestre de 2012.

MORI, M. Apud DOMINGUES, Roberto Chateaubriand. Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

Nota técnica do Ministério da Saúde, emitida na ADPS 442, sobre a Interrupção voluntária de gestação e impacto na saúde da mulher. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf?x48657 Acesso em: 20/11/2018.

SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da mulher e aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares o aborto. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2008.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva/Max Weber; trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA INTERNET: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O BRASIL E A UNIÃO EUROPEIA

Débora Alves Sousa

RESUMO

Frente à Era da Informação, ou, como também designada, Era Digital, caracterizada pelo avanço da tecnologia, na qual números exorbitantes de dados são diariamente insertados na internet e acessados pelos usuários, surge a necessidade de maior tutela aos direitos do homem, uma vez que muitos desses dados constituem-se atentatórios às garantias fundamentais dos indivíduos, como por exemplo, os direitos da personalidade, como à privacidade, intimidade, honra e memória. É nesse contexto que surge o Direito ao Esquecimento, recebido no Brasil como decorrente do direito à privacidade, e, portanto, enquadrado como direito personalíssimo. Por outro lado, há outros direitos que também são fundamentais, como o direito à informação e à liberdade de expressão, que em vários momentos colidem com o direito ao esquecimento. Diante do choque existente entre tais direitos fundamentais, a comunidade europeia e a brasileira se posicionaram de forma diferente, sendo que a primeira comunidade consolidou um entendimento mais garantista no que tange ao direito ao esquecimento, no sentido de responsabilizar os provedores de busca pela proteção do referido direito, além de afirmar a desnecessidade de decisão judicial para que esses procedessem à supressão, na listagem de resultados de uma pesquisa, de páginas da *web* que façam menção a dados pessoais de um determinado indivíduo; enquanto que a brasileira, por muito tempo, adotou uma posição mais conservadora, não reconhecendo a responsabilidade dos provedores de busca além de vincula-la à decisão judicial. Essa situação mudou no julgamento do Recurso Especial 1.660.168/RJ, o qual consagrou o direito ao esquecimento da esfera digital.

Palavra-chave: Direito civil-constitucional. Responsabilidade civil. *Sites* de busca. Internet. Esquecimento.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de ser um tema relativamente novo, o direito ao esquecimento na esfera virtual tem sido pauta de discussão tanto no âmbito nacional quanto internacionalmente. Esse fato deve-se ao avanço da tecnologia, que desabrochou na rápida popularização da internet, e, que por sua vez, resultou no ilimitado fluxo de dados na rede mundial digital.

Esses dados, por inúmeras vezes, tratam diretamente de informações pessoais, o que facilmente abre as portas para a possibilidade de versarem sobre conteúdos atentatórios à dignidade da pessoa humana, à honra, à privacidade, à memória, e, por conseguinte, ao direito de ser esquecido. Porém, em contrapartida, surge a necessidade de proteger outros direitos igualmente assegurados, como o de acesso à informação e a liberdade de expressão.

Países como o Brasil e os integrantes da União Europeia voltaram sua atenção para essa questão, tomados pela necessidade de tutelar os direitos envolvidos e solucionar eventuais choques entre eles através do juízo da ponderação, no qual, diante de um conflito entre dois ou mais princípios, haverá a análise do caso concreto, pesando-se os interesses em confronto, para enfim apontar qual princípio deverá se sobressair sobre o outro (BRANCO, 2014).

Dessa forma, este trabalho irá fazer alusão à proteção destinada ao tratamento de dados na internet na comunidade europeia, que, até a presente conjuntura, tem legislado e interpretado da melhor forma os direitos em questão. Também será mencionado o tratamento atribuído no Brasil, com o escopo de trazer uma solução mais eficaz para a proteção e promoção do direito ao esquecimento.

Na Europa, o direito ao esquecimento é tutelado por legislação específica e teve como caso paradigmático o "Costeja Gonzalez x Google Spain e Google Inc". Lá, o entendimento consolidou-se no sentido de que os motores de busca são responsáveis pela proteção do direito ao esquecimento. Ademais, primaram pela desnecessidade de decisão judicial para o seu reconhecimento, o que possibilita que o motor de busca não só receba pedidos de supressão nos resultados de pesquisa de páginas da web que contenham informações pessoais de um indivíduo, como também proceda a sua execução.

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que o dado disponibilizado não precisa causar prejuízo ao interessado, sendo suficiente que ele peça a sua supressão. Outro fator a ser observado é que o Tribunal impôs algumas exceções à aplicabilidade dessa medida, por exemplo, quando a matéria versar sobre interesse público.

Já no direito pátrio, além de inexistir uma lei própria sobre o direito ao esquecimento, tanto a legislação como a jurisprudência privilegiaram o direito à liberdade expressão em detrimento do direito à privacidade, já que no Brasil a legislação vinculou o reconhecimento da responsabilidade do provedor do conteúdo à decisão judicial, e, por muito tempo, não foi reconhecida a responsabilidade dos motores de busca, dos quais sites como Google, Yahoo! e Cuil fazem parte.

O Superior Tribunal de Justiça reanalisou o entendimento até então consolidado do direito em questão no caso Piere Nunes vs. Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda, e consagrou, nessa lide, o direito ao esquecimento na esfera digital, reabrindo a discussão e

possibilitando uma mudança de entendimento nas varas e tribunais nacionais, por decidir pela responsabilização dos sites de busca.

Nesse cenário, o presente trabalho tem como problematização a (in) possibilidade da efetivação e eficiência do direito ao esquecimento na esfera digital brasileira, bem como qual modelo de proteção ao referido direito melhor se adequa no que tange a sua promoção e segurança.

A importância deste trabalho reside na sugestão de mudança de paradigma jurisprudencial no Brasil, visto que a questão tem sido discutida internacionalmente e firmada em um sentido mais protecionista ao direito ao esquecimento, e, consequentemente, à tutela do direito à privacidade, à intimidade, e, principalmente, à tutela da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição Brasileira de 1988.

Essa mudança é necessária visto que o fluxo ilimitado de informações pessoais tem aumentado, principalmente no âmbito digital, e, dessa forma, o usuário da internet corre risco de dano causado por sua exposição, o que o faz carecer de uma tutela maior e específica.

Para o presente trabalho foi utilizado o modelo dogmático de pesquisa, com o escopo de abordar os diferentes entendimentos no âmbito internacional sobre o direito ao esquecimento na esfera virtual, bem como sugerir a adoção do entendimento da União Europeia, por ser considerado o mais eficiente na proteção da dignidade da pessoa humana.

Para a elaboração da pesquisa foram utilizadas diversas obras, como artigos jurídicos e legislações, tanto internacionais quanto as nacionais, especialmente a Constituição Federal de 1988, o Marco Civil da Internet, Código Civil Brasileiro e as

diretrizes europeias que versam sobre o tema, dessa forma, o trabalho possui caráter bibliográfico.

Os apontamentos feitos foram os das correntes majoritária e minoritária sobre o tema e afirmado na pesquisa a corrente que entende pela responsabilidade dos motores de busca na internet como a mais eficaz na tutela do direito ao esquecimento e do princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo será exposto o avanço da tecnologia e o elevado número de dados na rede mundial da internet, muitos dos quais atentatórios à dignidade da pessoa humana, à honra e à privacidade. Da mesma forma, foi explanado que o direito ao esquecimento é integrado aos direitos ditos personalíssimos e abordado sua proteção constitucional e legal (Código Civil Brasileiro, Marco Civil da Internet e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal).

No terceiro capítulo será abordada a questão dos conflitos existentes entre os direitos de acesso à informação e de ser informado e à liberdade de expressão em face do direito ao esquecimento, à privacidade, à intimidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No quarto capítulo será exposta a legislação europeia que trata especificamente do direito ao esquecimento, bem como a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que reconheceu a responsabilidade dos sites de busca a partir do julgamento do caso paradigmático Gonzáles vs. Google Spain.

No quinto capítulo será abordada a legislação pátria que tutela o direito ao esquecimento, bem como qual é o entendimento brasileiro sobre o referido direito no âmbito da internet, no sentido de responsabilizar ou não os motores de busca. Serão relatados também os seguintes casos paradigmáticos: Xuxa Meneguel vs.

Google Search, e Denise Piere Nunes vs. Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda, e como esse último inaugurou o referido direito no âmbito da internet com relação aos motores de busca.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO

Na contemporaneidade, a sociedade caracteriza-se pela busca contínua da informação. Consequentemente, tem-se a dependência da internet, especialmente no que concerne à utilização dos sites de busca, que são instrumentos facilitadores da vida hodierna (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016).

Muito embora serem esses instrumentos verdadeiros ajudadores e simplificadores do cotidiano, eles são capazes de danificar gravemente os direitos da personalidade, pois a introdução de informação na rede virtual funciona como uma via de mão única que tem como resultado a exposição perene de informações que muitas vezes se mostram ofensivas. Dessa forma, tais informações desconfortáveis que são registradas em vídeos, fotografias ou comentários correm grande risco de serem disponibilizadas eternamente na web e acessíveis a todo instante (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016).

Nesse sentido, Tatiana Vieira (2007, p. 175) aponta que:

> O avanço tecnológico, ao propiciar o cruzamento de dados pessoais e o monitoramento eletrônico de indivíduos e empresas, agiganta-se como uma ameaça ao direito à privacidade.

A referida autora (GERMAN, 2000, apud VIEIRA, 2007, p. 176) comenta que na década de 80 a dita Era da Informação foi vislumbrada nos tecnocentros dos Estados Unidos e do Japão, como decorrência da "explosão da indústria da computação (*software* e *hardware*)". Acrescenta ainda que a expressão "sociedade da

informação" determina um novo aspecto de "organização social, política e econômica" que se utiliza, de forma intensificada, da tecnologia da informação, destinada à "coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informação". (VIEIRA, 2007, p. 176, 177).

Nesse viés, a autora em comento conceitua informação como sendo "[...] um dado ou conjunto de dados, processado ou não, em qualquer suporte, capaz de produzir conhecimento". Dessa forma, a informação poderia se constituir em "[...] uma imagem, um som, um documento físico ou eletrônico, ou, até mesmo, um dado isolado". (VIEIRA, 2007, p.177).

A sociedade hodierna experimenta o que se chama de revolução da tecnologia da informação, que, de acordo com Manuel Castells (2005), é tão importante quanto a Revolução Industrial do século XVIII e leva a um padrão de descontinuidade nos fundamentos materiais da economia, da sociedade e da cultura.

Outra característica da revolução da tecnologia da informação é o fato dela, diferentemente das revoluções que a antecederam, ter se disseminado velozmente por todo o mundo em um período menor que duas décadas. As outras revoluções aconteceram tão somente em certas sociedades e se estenderam em áreas relativamente limitadas, ocorrendo em espaços e tempos apartados das outras áreas do globo. (CASTELLS, 2005).

Tatiana Vieira aponta que a informação, na atual conjuntura e ante o capitalismo, figura na posição que pertencia ao petróleo no começo do século passado. Tal é a sua importância que a informação é a principal matéria-prima do hodierno modelo capitalista, constituindo-se como requisito "determinante para o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade". Decorre disso, então, o uso

demasiado da tecnologia da informação, na qualidade de instrumento "facilitador da coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento", provocando grandes mudanças ao redor do mundo. (VIEIRA, 2007, p. 177).

Segundo estudo publicado pela revista *Science Express*, que teve como escopo a estimativa da capacidade tecnológica do mundo para armazenar, comunicar e computar informações, foi constatado que no ano de 2007 a humanidade pôde realizar instruções de $6.4*10^{18}$ por segundo em seus computadores de uso geral. Tal numeração está na mesma proporção que o número máximo de impulsos nervosos executados por um cérebro humano por segundo. Outro importante apontamento citado foi que no período de 1986 a 2007, a capacidade de computação mundial cresceu 58% ao ano. (HILBERT, 2011)

Dessa forma, o estudo em comento estima que a quantidade de dados germinados na internet entre os períodos de 1986 e 2007 alcançou a ordem dos *exabytes*. O número de dados é tão alto que mesmo contando com o avanço da tecnologia não seria possível catalogar tudo. (HILBERT, 2011 *apud* ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017)

Por consequência, indubitavelmente, poucas esferas da vida de um indivíduo não são afetadas pelo computador direta ou indiretamente. (GUERRA, 2018)

Uma das maiores sequelas desse inchaço de dados insertados na internet são as publicações destinadas tão somente a visualizações e compartilhamentos pelo maior número possível de pessoas, sem se preocupar com a veracidade das informações disponibilizadas, prática inegavelmente corriqueira no contexto atual. O caso do linchamento de Fabiane Maria de Jesus é uma evidência dessa afirmação. (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017)

O linchamento, que data o dia 3 de maio de 2014, ocorreu em Guarujá, São Paulo, e foi o primeiro caso de grande repercussão nacional em que uma *fake news*, no âmbito virtual, deu causa a ocorrência de um homicídio. Na oportunidade, Fabiane Maria de Jesus foi confundida com uma suposta mulher que estaria sequestrando crianças para ritual de "magia negra", e, assim, foi violentamente agredida por populares, não resistiu aos ferimentos e morreu dois dias depois. No momento da ofensa houve quem pensasse que a Bíblia Sagrada que estava em sua posse era na verdade um livro de magia negra. (CARPANEZ, 2018)

Dias antes desse fato, foram publicados em uma página do *Facebook* denominada "Guarujá Alerta" informes referentes à suposta sequestradora de crianças para prática de sacrifício de "bruxaria". O administrador da página postou a seguinte advertência: "se é boato ou não devemos ficar alerta", ademais, ele anexou um retrato falado, referente a um crime ocorrido no estado do Rio de Janeiro no ano de 2012, e uma fotografia de uma mulher loira, a qual não tinha relação com o caso. (CARPANEZ, 2018)

Posteriormente, a polícia comunicou a inexistência de qualquer denúncia concernente ao sequestro de crianças na região de Guarujá. Ou seja, a tal sequestradora nem mesmo existiu. Dessa forma, Fabiane Maria de Jesus foi violentamente morta, deixando um marido e duas filhas, sendo que a mais nova, ao tempo do linchamento, constava com um ano de idade. (CARPANEZ, 2018)

Movido por esse caso, o deputado Ricardo Izar apresentou o Projeto de Lei nº 7544/14, que propôs a elaboração do tipo penal "Incitação Virtual ao Crime". No dia 28 de março de 2017, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou a proposta, porém, teve alterado seu texto, visto que

o relator, deputado Rubens Pereira Júnior, concluiu que tal crime já existe e prevê pena de detenção de três a seis meses, ou multa. O relator, por sua vez, optou pela previsão do aumento de 1/3 da punição de incitação através da internet ou mediante comunicação de massa. A proposta ainda deverá ser votada pelo Plenário da Câmara. (LARCHER, 2017)

A realidade de vivermos em uma sociedade de superinformação e acentuado avanço tecnológico, assim como o advento da popularização da internet, ambiente no qual dados são velozmente propagados, multiplicados e armazenados na rede mundial, ameaça o direito natural do esquecimento, fazendo com que ele seja de difícil efetivação, ou até mesmo irrealizável, já que estamos a um clique de distância de trazermos à tona as recordações que uma vez entraram na rede virtual, sejam elas boas ou infelizes para o usuário. (DIAS, 2014)

Para Dias (2014), o fato de um dado armazenado estar disponível através do mero toque de uma tecla faz com que o direito de esquecer reste negado. De forma diversa à memoria humana, a memória digital tem a capacidade de armazenar milhares e milhares de dados e conservá-los perfeitamente intactos.

O direito ao esquecimento está inserido nos chamados "direitos da personalidade". É sabido que os direitos individuais da pessoa guardam adornos privatistas e, dessa forma, constituem-se intrínsecos às liberdades individuais, que por sua vez integram a primeira geração dos direitos fundamentais. (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017)

Assim, o direito ao esquecimento teve sua gênese na tutela da privacidade e foi reconhecido como direito da personalidade em virtude do seu grau de relevância e abrangência. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

Nesse viés, movidos pela necessidade de proteção dos indivíduos frente à possibilidade de danos provenientes das tecnologias de informação, foi aprovado o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJF) em março de 2013. (CJF, 2013)

ENUNCIADO 531- "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

Justificativa:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CJF, 2013)

Não obstante os enunciados não possuírem força vinculante, eles são fonte doutrinária de suma relevância, pois são oriundos do posicionamento de grande parte dos juristas civilistas pátrios, e, portanto, constituem-se em importantes orientadores no momento de motivação das decisões judiciais. (CONSALTER, 2017)

Assim, o direito ao esquecimento, por estar integrado à tutela do princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito da personalidade, está abarcado no artigo 5º da Carta Maior, que garante direitos fundamentais como: "a dignidade, intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016, p. 106), e, muito embora não seja um direito autônomo, decorre dessas garantias constitucionais. (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017)

Nesse sentido, os autores Maria Vital da Rocha, Cunha e Oliveira apontam que: "não é necessária a previsão de um direito exclusivo, supostamente autônomo, ao esquecimento. Ele decorre de outros direitos, da liberdade em geral e da própria dignidade humana". (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017, p. 494)

A tutela da personalidade na Constituição atenta a suas concepções personalíssimas no que tange à dignidade da pessoa humana, visto a proteção que garante aos direitos individuais e coletivos e a suma importância que confere ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrando-o como um dos fundamentos da República. (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, 2017)

Na esfera infraconstitucional, o direito de esquecer é abrangido pelo capítulo II do Código Civil, em decorrência da sua integração aos direitos personalíssimos (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016). Por conseguinte, é revestido das características dos direitos da personalidade, que de acordo com Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2014), são: "inatos; absolutos; intransmissíveis; indisponíveis; irrenunciáveis; imprescritíveis; impenhoráveis; inexpropriáveis; ilimitados e inestimáveis".

Segundo Zilda Mara Consalter (2017), deve-se atentar ao artigo 12 do Código Civil Brasileiro, que prevê a plena proteção e tutela aos direitos da personalidade:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, ainda conforme a autora supracitada, a personalidade deve ser entendida como valor ilimitado a ser protegido, fato esse que não obsta a regulamentação expressa de suas vertentes mais importantes no ordenamento jurídico, a fim de proporcionar maior facilidade na aplicação do direito com a finalidade de proteger os indivíduos. (CONSALTER, 2017)

Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento também é reconhecido como desdobramento do direito à privacidade, conforme afirmado por Rosa Maria Dias (2014). Tal garantia tem sua previsão no artigo 21 do Código Civil, Lei nº 10.406, que estabelece que: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". (BRASIL, 2002)

Outro importante dispositivo da legislação pátria na preservação do direito ao esquecimento no âmbito da internet é o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, que versa sobre a divulgação de dados privados:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002)

Para Rosa Maria Dias (2014, p. 294), depreende-se dos artigos mencionados que será assegurado ao indivíduo interessado a obtenção não somente do conhecimento, como também do posterior provimento judicial, de forma a viabilizar a exclusão de dados que lhe causem prejuízo, afligindo-lhes a "honra, a boa fama ou

a respeitabilidade, ou que se destinem a fins comerciais", o que deve ser verificado à luz do caso concreto.

3 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À INFORMAÇÃO VERSUS DIREITO AO ESQUECIMENTO

Se por um lado tem-se a importância do direito ao esquecimento, que deriva do princípio norteador da Constituição Federal de 1988, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, por outro surge a liberdade de expressão e o direito ao acesso à informação. Esses dois princípios são igualmente tutelados tanto pela Constituição quanto pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

Assim, o artigo 19 da DUDH estabelece que:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ONU, 1948)

Já na esfera constitucional pátria, o direito à informação, considerado como direito fundamental e decorrente do próprio Estado Democrático de Direto, da República e da Democracia (NUNES, 2014), foi positivado no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal, dispondo que: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (BRASIL, CF/1998)

O referido direito também pode ser encontrado em outros dispositivos constitucionais que o intensificaram, por exemplo, o inciso XXXIII, artigo 5º; bem como o artigo 37, §3º, inciso II e o 220, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal de

1988. Ademais, tal direito também é tutelado pela Lei de Acesso à informação (Lei n° 12.527/2011). (NUNES, 2014)

Para Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho (1999), constitui-se função social da informação transmitir o conhecimento humano a fim de ordenar a sociedade, de forma que os indivíduos se tornem mais parecidos no que tange ao saber, bem como mais preparados em momentos de tomada de decisão, e, ainda, para que haja o compartilhamento de informações entre eles.

Segundo o autor, para além da referida função social, a informação também é dotada de função política, visto que em um sistema democrático, no qual o povo exerce seu poder político mediante voto, é de suma importância que os cidadãos possuam opinião política a respeito da vida nacional. Para tanto, é indispensável o acesso à informação a fim de inteirá-los da conjuntura e sequelas de sua decisão. (CARVALHO, 1999)

A liberdade de expressão, do mesmo modo, figura como um dos direitos mais importantes em uma democracia. Em um Estado de Direito, deve ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar suas opiniões sem ser perseguido ou sofrer censura. (DIAS, 2014)

Na Constituição, ela é resguardada pelo artigo 5º, inciso IV, que dispõe que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; bem como pelo inciso XIV, segundo o qual "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Também encontramos a liberdade de expressão no artigo 220, que estabelece que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". (BRASIL, 1988)

A liberdade de expressão figura como um instrumento imprescindível na manutenção e funcionamento do sistema democrático. Além do mais, ela é inerente à característica da sociabilidade, que é primordial para o ser humano e atribui ao Estado o dever de não censurar, ou seja, o Estado não deve interferir na liberdade do indivíduo. (BRANCO, 2014)

A tutela de tal direito abrange, em não havendo choque com outros direitos fundamentais, "toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não". (BRANCO, 2014, p. 264)

A liberdade de expressão está condicionada ao direito de acesso à informação, uma vez que apenas os indivíduos que possuem acesso à informação variada são capazes de exprimir-se de modo livre e crítico. (GONÇALVES, 2014)

Dessa forma, o direito à informação encontra-se próximo ao direito da liberdade de expressão e ambos integram o direito da comunicação social, tendo sua extensão do artigo 220 ao 224 da Constituição Federal de 1988. (CARVALHO, 1999)

Ressalta-se que nem o direito à informação nem o direito à liberdade de expressão são absolutos, em outras palavras, esses direitos fundamentais encontram limites nos direitos da personalidade. Como já visto anteriormente, eles possuem igual tutela constitucional, visto que em um Estado de Direito a realização das garantias deve ser pautada na harmonia entre elas e no ordenamento jurídico (CARVALHO, 1999).

Para resolver a questão da colisão entre princípios, faz-se necessário salientar, preliminarmente, a diferença entre princípios e regras, para então apontar como se dará a solução de um conflito entre eles.

Segundo Alexy, tanto regras como princípios constituem-se normas, uma vez que ambos indicam o dever ser. Em outras palavras, como afirma o autor, regras e princípios são espécies de normas. Ambos são passíveis de serem editados com expressões deônticas elementares do dever, seja retratando uma permissão, seja impondo uma proibição. (ALEXY, 2014)

O autor em comento expõe que dentre os critérios de diferenciação entre regras e princípios o da generalidade é o mais utilizado. Nesse sentido, os princípios se constituiriam em normas que possuem alto grau de generalidade. Por sua vez, as regras disporiam de baixo grau de generalidade. (ALEXY, 2014)

Outros critérios de distinção citados por Alexy são: "a determinabilidade dos casos de aplicação", o modo de sua origem, por seu evidente teor axiológico, a relação com a ideia de direito ou "a uma lei jurídica suprema", e, por fim, a relevância que possui para a ordem jurídica. (ALEXY, 2014, p.88)

Para o jurista alemão, a tese que permite que seja realizada uma correta diferenciação entre normas e princípios é a que estabelece que não há somente uma distinção gradual entre ambos, há, também, uma distinção qualitativa. De acordo com o autor, existe um critério que possibilita a distinção pontual das espécies de normas, porém, ele não estaria descrito na lista dos critérios mencionados. (ALEXY, 2014)

O ponto decisório desse critério, de acordo com Alexy, é o de reconhecer os princípios como normas que determinam a prática de algo nos limites das possibilidades jurídicas e fáticas presentes. (ALEXY, 2014)

Para ele, os princípios são mandamentos de otimização caracterizados pela possibilidade de execução em graus diversificados. Ademais, a medida exigida de seu

cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que os princípios e regras conflitantes definem estes últimos. (ALEXY, 2014)

No que tange às regras, segundo Robert Alexy, elas constituem-se em normas que são sempre realizadas ou não realizadas. Caso a regra for válida, ela deverá ser cumprida exatamente nos ditames como está posta. As regras possuem deliberações tanto na esfera fática como na do juridicamente possível. Isso quer dizer, como prossegue o autor, que a diferenciação entre regras e princípios é qualitativa, e não gradual. Conclui ele que toda norma ou é uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2014)

Conforme assevera Alexy, é na ocorrência de colisões entre princípios e nos conflitos entre regras que a distinção entre ambas as espécies se revela mais evidente. A solução de cada um dos conflitos se dará de forma distinta. (ALEXY, 2014)

Em um conflito de regras, a solução se dará no âmbito da validade. Nesse confronto, se não houver cláusula de exceção que extinga o conflito, deverá ser declarada a invalidade de uma das regras, a qual será retirada do ordenamento jurídico. Tal empasse poderá ser dirimido mediante observações a regras como lei posterior revoga lei anterior e lei especial prevalece sobre lei geral. (ALEXY, 2014)

No caso de colisão entre princípios, onde um dos princípios irá se sobrepor ao outro, a solução se dará na dimensão do peso. Diferentemente de como ocorre no conflito de regras, na colisão de princípios não deverá haver a declaração de invalidade do princípio, tampouco se necessitará inserir cláusula de exceção. (ALEXY, 2014)

Ocorre que, diante das circunstâncias do caso concreto, os princípios obterão pesos diferentes, e o princípio que dispor de maior peso terá preferência sobre os

demais. Outrossim, sob outras circunstâncias, a ponderação pode ser realizada de uma outra forma. (ALEXY, 2014)

Nesse viés, Luís Felipe Salomão (2017, p. 8) afirma que há, no que tange ao conflito entre direitos fundamentais e a sua respectiva ponderação, tanto quem defenda a predominância de um direito em detrimento de outros como quem entenda pela existência de um equilíbrio entre eles, sendo que o referido choque só será dirimido mediante a análise do caso concreto, uma vez que "não há propriamente antinomias insolúveis na Constituição (princípio da unidade)".

A título de exemplificação, Paulo Gustavo Gonet Branco (2014) apresenta o caso hipotético no qual uma reportagem versa sobre a vida privada de uma pessoa pública. Nessas circunstâncias, será provável que na ponderação haja a preferência pelo direito à liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade.

Segundo Paulo Branco (2014, p. 184), o juízo de ponderação relaciona-se ao princípio da proporcionalidade, que determina que:

> o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

A ponderação dialoga com a compreensão de que, não obstante o fato de as normas constitucionais possuírem o mesmo status hierárquico, os princípios podem dispor de pesos abstratos distintos. Contudo, o peso não deve ser o único elemento a ser ponderado, deve-se considerar ainda o grau de interferência que a sobreposição de um direito pode acarretar. (BRANCO, 2014)

Observa-se que a ponderação pode ser realizada tanto pelo juiz, ao solucionar a colisão de princípios, quanto pelo legislador, ao estabelecer que em certa situação um direito irá se sobrepor ao outro. (BRANCO, 2014)

Dessa forma, eventual conflito entre o direito à privacidade e o direito à informação ou à expressão deverá ser solucionado através do exame acurado do caso concreto, para assim decidir qual desses direitos irá prevalecer sobre os demais. (DIAS, 2014)

Exposta a possibilidade do conflito entre os direitos tutelados tanto no âmbito internacional quanto no nacional, passaremos à análise da experiência da comunidade europeia e brasileira e de como cada uma delas têm solucionado a colisão entre tais direitos supracitados.

4 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS SITES DE BUSCA NA GARANTIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA EUROPA

Na União Europeia foi aprovada pelo Parlamento e pelo Conselho Europeu, em 24 de outubro de 1995, a Diretiva 95/46/CE – *Personal Data Protection*, que trata da livre circulação dos dados e da proteção dos indivíduos no concernente ao tratamento desses, de forma a tutelar diretamente as liberdades e os direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente a garantia à vida privada, no âmbito do processamento de dados. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

Ressalta-se que a diretiva em comento foi editada visando a simetria entre as legislações nacionais dos Estados partes da referida comunidade, a fim de que a regulação da matéria fosse coerente, estivesse em concordância com o objetivo do mercado interno e houvesse a elisão de embaraços à circulação de dados pessoais. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

Outro fator responsável por instigar a elaboração da diretiva foi o aumento dos fluxos transfronteiras de tais dados provenientes da integração econômica e social promovida pelo mercado interno. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

Para este trabalho, cujo objeto é o estudo do direito ao esquecimento na esfera virtual, vale mencionar alguns artigos da referida diretiva, a começar pelo artigo 3º, no qual foi acordado que as tais normas seriam aplicadas tanto no tratamento de dados pessoais mediante meios não automatizados quanto nos meios total ou parcialmente automatizados. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

De acordo com Silvestre e Benevides (2016, p. 108), essa disposição acabou por incluir em seu âmbito de aplicação

> [...] páginas da internet, redes sociais, correio eletrônico e toda forma de coleta e armazenamento de dados, incluindo ferramentas de busca como o *Google*, que coleta, armazena e trata dados.

Outra determinação legal é a artigo 9º do referido diploma, que preocupou-se com a conciliação entre o direito à liberdade de expressão e à vida privada, indicando a isenção ou derrogação ao prescrito nos capítulos II, IV e VI para o tratamento de dados pessoais realizado com desígnios unicamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, a ser efetuado somente na razão necessária para que haja harmonia entre os direitos supraditos. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

No que tange ao seu artigo 12º, é assegurado à pessoa que tem seus dados tratados a obtenção, do responsável pelo processamento, da retificação, do apagamento e até mesmo do bloqueio deles, desde que seu tratamento não tenha observado o prescrito na diretiva. Ademais, é possível exigir informações sobre os dados que lhes dizem respeito. (PARLAMENTO EUROPEU, 1995)

Em 2002, o Parlamento e o Conselho Europeu editaram a Diretiva 2002/58/CE, conhecida como *ePrivacy Directive*, que dispõe a respeito do tratamento de dados pessoais e da proteção ao direito à privacidade no campo das comunicações eletrônicas. Tal diretiva revogou e substituiu a diretiva 97/66/CE, relativa à tutela de dados pessoais e à privacidade no âmbito das telecomunicações, devido à necessidade adequação ao desenvolvimento dos mercados e às tecnologias de comunicações eletrônicas. (PARLAMENTO EUROPEU, 2002)

De acordo com o artigo 1º da Diretiva *ePrivacy Directive*, ela complementa a diretiva 95/46/CE e tem como objetivo promover a uniformidade entre as determinações dos Estados-Membros, com vista à garantia da isonomia na proteção do direito à privacidade, no tratamento de dados no âmbito das comunicações eletrônicas; além de assegurar o livre fluxo de dados, equipamentos e serviços de comunicações entre os países membros da comunidade Europeia. (PARLAMENTO EUROPEU, 2002)

Vale ressaltar o tópico nº. 22 dos considerandos e o artigo 6º, ambos da Diretiva 2002/58/CE. Essas disposições afirmam a vedação do armazenamento de dados de tráfego por lapso temporal desnecessário, superior ao tempo imprescindível para fins de transmissão e gestão de tráfego, além disso, reiteram a possibilidade de solicitação de apagamento de dados. Dessa forma, evita-se a perenidade da disponibilização de informações pessoais. (PARLAMENTO EUROPEU, 2002)

Verifica-se que tamanha foi a preocupação da comunidade europeia a respeito da proteção de dados pessoais e da tutela da garantia à vida privada que, em 7 de dezembro do ano de 2000, ao proclamarem solenemente a Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão não deixaram de fora do texto tais direitos, ratificando-os em seus artigos 7º e 8º, ao declararem que todos os indivíduos são detentores do direito ao respeito à vida privada e à proteção de dados pessoais (PARLAMENTO EUROPEU, 2000).

Abordado breve relato da tutela do direito do esquecimento na Europa, passa-se à apreciação do caso paradigmático Gonzáles *vs.* Google Spain e Google Inc.

O cidadão espanhol Mario Costeja González apresentou uma reclamação junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra o famoso jornal *La Vanguardia Ediciones SL*, a Google Spain e a Google Inc. O fundamento da reclamação era de que se algum usuário digitasse o nome do postulante no site de busca Google Search eram exibidas nos resultados de pesquisa duas páginas do referido jornal, ambas datadas no ano de 1988, referentes a um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública resultante de arresto para satisfação de dívidas obtidas na Seguridade Social, os quais faziam menção ao nome de González. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

O autor requereu que o jornal *La Vanguardia* efetuasse a supressão ou alteração das páginas mencionadas com vistas à exclusão dos seus dados pessoais, ou que usassem certas ferramentas dos motores de busca a fim de proteger tais dados. No que tange ao Google Spain e Google Inc., M. Costeja González solicitou que promovessem a supressão ou ocultação dos seus dados, para que não mais fossem exibidos nos resultados de busca. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

O postulante alegava que o processo de arresto constante no anúncio, do qual fora parte, havia sido totalmente solucionado há muito tempo e que atualmente não possuía mais pertinência. Em decisão proferida em 30 de julho de 2010, a AEPD

julgou improcedente a postulação de González no concernente ao pleito relativo à *La Vanguardia*, uma vez que essa havia vinculado a publicação de forma lícita. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Por outro lado, no que se refere ao Google Spain e Google Inc., a referida agência julgou procedente os pedidos do reclamante, posto que ela entendeu que os operadores de motores de busca estão sujeitos à legislação referente à proteção de dados, em razão deles realizarem tratamento de dados e serem responsáveis por eles. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Insatisfeitos, Google Inc. e Google Spain recorreram da decisão proferida pela AEPD. A lide foi solucionada em sede de recurso no Tribunal de Justiça da União Europeia, com base nos artigos 2º, alíneas b) e d), 4º, n.º1, alíneas a) e c), 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo alínea a), todos da Diretiva 95/46/CE-*Personal Data Protection* (UNIÃO EUROPEIA, 2014). No acórdão foram dirimidas algumas questões que serão comentadas a seguir.

Acerca da natureza das atividades dos motores de busca, decidiu-se no sentido de que elas são classificadas como tratamento de dados pessoais compreendido pelo artigo 2.º, alínea b da Diretiva 95/46/CE, uma vez que sua atuação consiste em "encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência". Ademais, para assim serem consideradas tais informações devem fazer referência a algum dado pessoal. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Entenderam pela responsabilização do operador do motor de busca pelo tratamento de dados pessoais que realizar, nos termos do artigo 2.º, alínea d, do

referido diploma, visto que é o próprio operador que estabelece tanto as finalidades como também os meios de sua atividade. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Com relação à competência da jurisdição espanhola, bem como à aplicação do seu direito nacional no julgamento de caso que envolva empresa com sede localizada em outro país, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que ao estabelecer filial no território espanhol e realizar processamento de dados no seu contexto de atividades, a empresa fica submetida às disposições espanholas, com fulcro no artigo 4º, n.º 1, alínea a, da Diretiva 95/46. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

No que tange ao direto ao esquecimento, o Tribunal acordou que o operador do motor de busca tem a obrigação de

> suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa. (UNIÂO EUROPEIA, 2014)

Sendo que isso deverá ocorrer ainda que esta publicação seja, por si só, lícita. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Na decisão, estabeleceu-se a desnecessidade de judicialização para requerer a supressão, podendo o ofendido solicitar diretamente ao responsável pelo tratamento de dados, que analisará se a referida supressão é ou não devida. Diante de resposta negativa por parte do responsável, o indivíduo poderá recorrer às vias judiciais. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Ademais, ressaltaram que pelos direitos consagrados nos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, já anteriormente mencionados, faz-se necessário que o dado inadequado não mais esteja disponível ao acesso dos inúmeros usuários, sendo que, a princípio, tais direitos se sobrepõem tanto sobre o

interesse econômico do operador do motor de busca quanto sobre o interesse público em obter informações de um indivíduo através de uma busca realizada com o nome dele. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Entretanto, entendeu o Tribunal em referência que quando ficar caracterizado o interesse público se privilegiará o direito à informação em face do direito à vida privada, por exemplo, no caso de o indivíduo exercer vida pública, nessa circunstância há a predominância do interesse público em acessar tais informações. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Afirmaram que o processamento de dados efetuado por um motor de busca é passível de causar dano considerável aos direitos fundamentais, principalmente no que tange à vida privada e à proteção de dados pessoais. Isso porque a busca pelo nome de um indivíduo viabiliza o acesso a informações pessoais que sem o serviço do buscador não seriam encontradas ou apenas com muito custo (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Citaram no acórdão a facilidade com que um dado publicado é repetido em outras páginas da web, ademais, somaram-se a isso a possibilidade de o responsável pelo tratamento de dados não estar submetido à legislação da União Europeia, fatores esses que impossibilitariam a garantia de proteção eficaz e completa ao indivíduo ofendido. (UNIÃO EUROPEIA, 2014)

Desde a decisão supramencionada proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o Google disponibilizou para os seus usuários daqueles países o formulário chamado *"Search removal request under data protection law in Europe"*. Dessa forma, o indivíduo que se sentir incomodado com seus dados expostos na rede mundial da web e quiser que tais informações sejam excluídas poderá preencher o

formulário. Primeiramente, o pedido será analisado por uma comissão composta pelo Google que, por sua vez, poderá deferir ou indeferir o requerimento. Na hipótese de haver indeferimento o usuário poderá recorrer às vias judiciais. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

5 ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DOS SITES DE BUSCA NA GARANTIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

No Brasil, a atenção doutrinária relativa ao direito ao esquecimento é relativamente nova, podendo-se encontrar escritos que fazem referência direta ou indiretamente, ao tema desde o início da década de 1990. Nesse sentido, Edson Ferreira da Silva, em 1993, e Luíz Alberto David Araújo, em 1996, publicaram trabalho abordando o entendimento de Raymond Lindon e inseriram o direito de esquecer "no conceito de vida privada, ao lado de identidade; lembranças pessoais; intimidade do lar; saúde; vida conjugal; aventuras amorosas; lazeres; vida profissional e segredo dos negócios". (RODRIGUES JUNIOR, 2013)

Na esfera penalista, no ano de 1994, Sidnei Agostinho Beneti fez alusão a um direito ao esquecimento dos delitos praticados em decorrência da prescrição. Têmis Limberger, em 2002, defendeu a aplicação do direito ao esquecimento com relação de dados bancários, destacando que os dados de um cliente não poderiam ser utilizados eternamente pela instituição bancária, ou seja, há um limite de prazo para o seu armazenamento. (RODRIGUES JUNIOR, 2013)

Já em 2004, Carlos Affonso Pereira de Souza, em menção à Lei de Imprensa, declarada não recepcionada pela CF/88 pelo STF, apontou o dever do jornalista de atentar-se para o direito ao esquecimento quando da cobertura de um fato imputado

como criminoso, a fim de garantir ao apenado uma ressocialização mais adequada após o cumprimento da pena. (RODRIGUES JUNIOR, 2013)

No que tange aos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o direito ao esquecimento foi discutido no ano de 2013 pela análise do Recurso Especial - REsp nº 1335153/RJ, caso de Aída Curi, e o REsp nº 1334097/RJ, relativo ao caso da chacina da Candelária, que tiveram por relator o ministro Luís Felipe Salomão. (RODRIGUES JUNIOR, 2013)

No caso de Aída Curi, a jovem foi assassinada por dois homens, que após estuprá-la a lançaram do último andar de um prédio localizado em Copacabana, Rio de Janeiro, na noite do dia 14 de julho de 1958. (SOUZA, 2015)

Cinquenta anos depois do homicídio de Aída Curi, um programa da TV Globo Ltda chamado Linha Direta-Justiça, fez uma reportagem sobre a morte e a pós-morte da vítima. Inconformados, os irmãos sobreviventes de Aída ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem contra a rede televisiva. (BRASIL, 2013)

Argumentaram que a reportagem havia desencadeado a reabertura das feridas dos autores e que a exibição do caso foi ilícita, pois, além de terem sido advertidos previamente para que não o fizessem, houve o enriquecimento ilícito da TV Globo Ltda, obtido pelos lucros que auferiu com a exibição da reportagem. (BRASIL, 2013)

Na primeira instância o magistrado julgou improcedentes os pedidos da inicial. Interposto recurso de apelação, o Tribunal manteve a sentença. Em seguida interpuseram recurso especial e recurso extraordinário, sendo que esse último foi inadmitido. Consta informar que o recurso especial só foi admitido após a interposição do agravo em recurso especial. nº 15.007/RJ. (BRASIL, 2013)

Na oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento, afirmando que o referido direito consiste em não expor alguém a lembranças de fatos pretéritos que lhe provocaram feridas. Porém, decidiram que o caso em tela não foi alcançado pelo direito de esquecer, posto que seria impossível apresentar o episódio sem mencionar Ainda Curi. (BRASIL, 2013)

Sustentaram que não ficou caracterizada a abusividade na exploração da mídia quando da cobertura do fato e que o reconhecimento do direito ao esquecimento não importa, necessariamente, no dever de indenização. Ademais, afirmaram que havia se passado muito tempo desde o episódio e, portanto, não deveria causar a mesma inquietação experimentada no tempo do fato, o que não gera abalo moral suficiente para a responsabilidade civil. (BRASIL, 2013)

Outrossim, asseveraram que não caberia danos à imagem, visto que não houve desrespeito nem degradação quando da utilização da imagem de Aída Curi. Além disso, não se caracterizou a utilização comercial indevida da foto da finada. (BRASIL, 2013)

Já no caso que ficou conhecido como a Chacina da Candelária, ocorrido em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, cerca de mais de 40 crianças e adolescentes dormiam aos arredores da igreja Candelária quando homens, posteriormente reconhecidos como policias, atiraram contra eles, ocasionando a morte de oito pessoas que tinham de 11 a 19 anos de idade. (SILVEIRA; BOECKEL, 2015). O julgamento do crime resultou na condenação de três policiais e na absolvição de dois. (CANÁRIO, 2013)

Em junho de 2006 foi ao ar, pelo programa televisivo "Linha Direta- Justiça" da TV Globo Ltda, uma reportagem sobre fato criminoso, em que indicaram Jurandir Gomes de França como um dos envolvidos absolvidos. (BRASIL, 2013)

Jurandir ajuizou ação de reparação de danos morais em face da referida rede televisiva, requerendo indenização na importância de 300 (trezentos) salários mínimos. Afirmou que a ré o havia procurado para que fornecesse uma entrevista sobre o caso, mas que ele, além de se recusar, comunicou-lhes que não queria ter sua imagem exposta, o que não foi atendido. (BRASIL, 2013)

De acordo com o autor, a reportagem reanimou na população a ideia de que ele era um chacinador, levando a comunidade a um sentimento de ódio, situação essa que lhe gerou diversas complicações. Jurandir foi forçado a mudar de casa para manter a salvo a ele e sua família, ademais, não conseguiu mais emprego, fatos esses que infringiram seu direito à paz, à privacidade e ao anonimato. (BRASIL, 2013)

O Juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos do autor. Em sede de recurso de apelação, o Tribunal reformou a sentença reconhecendo o direito ao esquecimento de Jurandir, condenando a ré a indenizá-lo. No Superior Tribunal de Justiça, a quarta turma manteve a decisão de condenação da TV Globo à indenização no montante de cinquenta mil reais. (BRASIL, 2013)

Segundo Silvestre e Benevides (2016, p.105):

> Apesar de aparentemente se tratar de matéria de cunho eminentemente civilista, foi no Direito Penal em que o direito ao esquecimento encontrou terreno fértil para se desenvolver.

É o caso em que um apenado, ao cumprir a pena a ele imposta, adquire o direito a ver desvinculado a sua pessoa da memória do crime, a fim de auferir uma efetiva ressocialização. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

Nesse viés, o art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a vedação das penas de caráter perpétuo, dado que:

> manter um registro eterno estigmatizando o condenado que já cumpriu sua pena, seria um efeito da pena que figuraria como uma nova pena, esta de caráter perpétuo, expressamente proibida pela Constituição. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016, p. 105)

É em razão disso que o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 743, a reabilitação criminal:

> Art. 743. A reabilitação será requerida ao juiz da condenação, após o decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo. (BRASIL, 1941)

Por sua vez, o artigo 202 da Lei de Execução Penal dispõe que:

> Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (BRASIL, 1984)

Ainda na esfera penal, tem-se o exemplo da anistia, disposta no artigo 107, inciso II do Código Penal. (CONSALTER, 2017). E é por abarcar o direito ao esquecimento que a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça condenou o jornal Diário de Pernambuco S/A ao pagamento de indenização por danos morais a Ricardo Zarattini, no valor de cinquenta mil reais. (BRASIL, 2016).

No caso, a ré havia publicado uma entrevista na qual imputava Ricardo Zarattini como autor do atentado ocorrido no dia 25 de julho de 1966, no Aeroporto

de Guararapes. Alegou o recorrente que ele foi absolvido na ação criminal do referido crime. (BRASIL, 2016).

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino asseverou em seu voto vencedor que o fato objeto de discussão na entrevista, ocorrido durante a ditadura militar, foi anistiado pela Lei nº 6683/1979 (Lei da Anistia), e dessa forma, é contemplado com o direito ao esquecimento. Além disso, o referido diploma legal foi editado na tentativa não só de pacificação social como também de estabilidade nacional, ademais, ele ainda foi validado pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2016).

Como já discutido anteriormente, no Brasil, o direito ao esquecimento não possui uma tutela legislativa própria, porém, ele foi enquadrado como direito da personalidade, sendo considerado um desdobramento, além de outros, do direito à privacidade (DIAS, 2014). Assim, os dispositivos que o tutelam estão previstos em legislações esparsas, constituindo-se como

> fruto da interpretação sistemática do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, do Marco Civil da Internet e de Enunciados das Jornadas de Direito Civil, todos á luz da Constituição Federal de 1988. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016, p. 116).

O artigo 7º do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965) versa sobre a exclusão de dados e dispõe:

> O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
>
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> [...]
>
> X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao

> término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei. (BRASIL, 2014)

E ainda infere no *caput* do seu artigo 19 que:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014)

O tratamento que a legislação pátria conferiu aos direitos da personalidade diferencia-se da experiência europeia já comentada, uma vez que o artigo 19 da referida lei restringe a responsabilidade do provedor do conteúdo exposto na web à decisão judicial. Assim, com relação ao juízo de ponderação dos direitos em comento, "parece-nos que o legislador privilegiou o direito à livre expressão em detrimento do direito à privacidade". (DIAS, 2014, p. 295)

O §3º do artigo mencionado possibilita a autoridade judicial provocada ordenar aos provedores que tornem indisponível um determinado conteúdo, seja fotos, informações, notícias ou outros. (CONSALTER, 2017)

> § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. (BRASIL, 2014)

Por fim, a responsabilidade dos provedores de aplicação que disponibilizam conteúdo de terceiros será de caráter subsidiário, ou seja, eles só respondem quando, após a notificação do participante ou do seu representante legal, deixam de

promover a indisponibilização do conteúdo ofensivo, nos termos do artigo 21 do Marco Civil da Internet. (BRASIL, 2014)

5.1 Caso Xuxa Meneghel vs. Google Search

Um caso paradigmático na experiência brasileira foi o de Xuxa Meneghel Vs. Google Search.

O conflito foi o seguinte: Maria da Graça Xuxa Meneghel ajuizou ação em desfavor de Google Brasil Internet Ltda, com vistas a fazer com que fosse suprimido do site Google Search os resultados de busca referentes aos termos "xuxa pedófila", bem como expressões que vinculassem seu nome à prática delitiva, fosse o nome escrito de forma completa ou não, independentemente de grafia correta ou não. (BRASIL, 2012)

A ação teve por fundamento o fato de que Meneghel atuou como atriz no filme "Amor, Estranho Amor", de 1982, no qual ela realizou uma cena de sexo com um rapaz menor de idade. O que ocorre é que tempos depois ao lançamento do filme, Xuxa passou a ser reconhecida nacionalmente, chegando a apresentar programas infantis na televisão. Dessa forma, durante anos ela empenhou-se em obstar a circulação do filme, já que agora figurava como um ídolo infantil. (OLIVA; CRUZ, 2014)

Ocorre que, com o advento da popularização da internet, impedir a divulgação se tornou algo impossível, logo, o nome da referida autora foi reiteradamente vinculado à pedofilia, o que é contrário à ideia da pessoa pública "Xuxa, a rainha dos baixinhos". (OLIVA; CRUZ, 2014)

O juiz acolheu o pedido de tutela antecipada da autora, proibindo o requerido de exibir aos seus clientes, qualquer resultado quando a busca fosse feita utilizando as palavras "Xuxa", "pedófila", "Xuxa Meneghel", assim como grafias semelhantes. Interposto agravo de instrumento pelo Google, o TJ/RJ decidiu pelo provimento parcial. A questão foi solucionada com a interposição do recurso especial 1.316.921 – RJ para o Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da ministra Nancy Andrighi. (BRASIL, 2012)

O recurso foi analisado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, e acompanhando o voto da relatora ministra Nancy Andrighi, decidiram por unanimidade dar provimento ao recurso em favor do Google. Nos próximos parágrafos iremos tratar do entendimento obtido pelos ministros mediante o voto da ministra relatora. (BRASIL, 2012)

Acordaram preliminarmente que os serviços de internet estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, posto que são caracterizados pela relação de consumo e dispõem dos elementos constitutivos de um negócio jurídico clássico, quais sejam

> (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2012, p. 9)

Enfatizaram que a gratuidade na prestação de serviço do provedor de busca não descaracteriza a relação de consumo, devendo ser atribuída interpretação ampla ao termo "mediante remuneração" disposta no artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que o ganho indireto seja integrado. Nesse sentido, cumpre salientar o fato de que *o* Google Search promove vendas de espaços publicitários e de

preferências na ordem da lista dos resultados de pesquisa realizada pelo usuário. (BRASIL, 2012)

Os provedores de serviço de internet são um gênero que comporta várias espécies, sendo que uma delas é o provedor de conteúdo que tem por função disponibilizar "na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web". (BRASIL, 2012, p. 10)

Por sua vez, os provedores de busca são espécie de provedor de conteúdo, visto que eles:

> não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (BRASIL, 2012, p. 10-11)

Dessa forma, os sites de pesquisa oferecem ao usuário um mecanismo no qual ele pode digitar critérios de busca, que são termos ou expressões, obtendo, desse modo, uma listagem de links de páginas da web que versam sobre a informação pretendida. (BRASIL, 2012)

Ademais, acordaram que o site que não realiza a filtragem do conteúdo das buscas realizada pelo indivíduo na internet e não pode ser considerado defeituoso, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que essa tarefa não é intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de busca. (BRASIL, 2012)

Complementou ainda a ministra Nancy Andrighi que, da mesma forma, não pode ser aplicado o risco da atividade a fim de caracterizar a responsabilidade dos provedores de busca pelos danos derivados do conteúdo exibido das buscas efetuadas pelo cliente. Ao Interpretar o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil

para aplicação no âmbito virtual, a referida ministra afirmou que "não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa", (BRASIL, 2012, p. 12)

A ministra relatora cita, nesse sentido, Erica Brandini Barbagalo, que afirma que as atividades exercidas pelos provedores de serviços, no âmbito digital, não constituem "[...] risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial". (BARBAGALO, 2003, apud BRASIL, 2012, p. 12)

Assim, de acordo com Nancy Andrighi, a responsabilidade dos provedores de pesquisa deve ser limitada à natureza de sua atividade, qual seja, prover mecanismo de pesquisa de forma a facilitar o acesso a informações na internet. (BRASIL, 2012)

Apontou-se ainda que os provedores de busca efetuam suas pesquisas em um âmbito digital, sendo que o acesso se caracteriza por ser público e irrestrito. Dessa forma, a sua função consiste em localizar páginas na internet que podem conter conteúdos ilícitos, mas que, ainda assim, estão livremente vinculados. (BRASIL, 2012)

Para Andrighi, o fato de um computador não deter a capacidade de raciocínio subjetivo faz com que seja inviável transferir a uma máquina o dever de identificar se um site detém ou não conteúdo ilícito ou se tal dado tem a possibilidade de ofender a um indivíduo. (BRASIL, 2012)

Além disso, a ministra alega que não seria eficaz a imposição de supressão de termos do resultado de pesquisa uma vez que alguém poderia facilmente burlar tal limitação usando-se de outras expressões análogas. Ademais, segundo ela, isso instigaria hackers a se empenharem em facilitar o acesso à informação ofensiva que

pretende suprimir. Para mais, a filtragem não abrangeria os provedores de pesquisas de outros países. (ANDRIGHI, 2012, p. 72)

Para ela, a prévia averiguação dos provedores de pesquisa acabaria por dificultar a disponibilização de informação em tempo real. Assim, para a ministra relatora, cabe ao prejudicado demandar a própria página que vinculou conteúdo ilícito, e assim, restaria também excluído o conteúdo do resultado de busca. (BRASIL, 2012)

Considerou-se a ideia de que a supressão seria uma forma de censura, e essa obstaria o encontro de páginas com o termo censurado, ainda que o conteúdo seja lícito, o que feriria gravemente o direito de acesso à informação. Usaram como exemplo o fato de que se fosse suprimido do resultado de busca o termo "pedofilia" prejudicaria até mesmo a divulgação do julgamento em comento. (BRASIL, 2012)

Nesse sentido, Andrighi (2012, p. 72) afirma que: "A verdade é que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação".

Decidiram que em havendo a necessidade de se realizar ponderação entre os direitos em questão – ou seja, o direito à informação em detrimento dos direitos à privacidade e ao esquecimento – deverá haver a preferência pelo direito à liberdade de informação. Levaram em conta, para a decisão, o importante papel que a Internet exerce na sociedade contemporânea com relação à "comunicação social de massa". (BRASIL, 2012, p. 16)

Nancy Andrighi também frisou a necessidade de intervenção judicial para apreciação do pedido de exclusão de determinado dado dos resultados de busca, a

fim de que o direito ao devido processo legal e à ampla defesa do acusado sejam adequadamente protegidos como determinado pela lei. (BRASIL, 2012)

Em suas palavras, ela anota que:

> Em primeiro lugar, noto que essa forma de restrição, se cabível, haverá de emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor. (ANDRIGHI, 2012, p. 72)

Além disso, acordaram da mesma forma a imprescindibilidade da identificação das respectivas URL's (*Universal Resource Locator*) pelo ofendido. As descriminações possibilitam que o provedor de busca consiga controlar a supressão de dados. Ademais, permite também que o ofendido identifique o responsável pela inserção da informação danosa, ou ao menos o provedor usado para hospedar o site, que, ao seu turno, aponta o IP (*Internet Protocol*) do agente causador do dano. (BRASIL, 2012)

Por fim, entendeu-se que competirá ao interessado em ver excluído o conteúdo ofensivo ajuizar ação contra o seu autor. Consequentemente, resultar-se-ia desnecessário impor ao provedor de busca o dever de supressão, visto que o dado danoso já seria excluído pelo responsável por sua disponibilização. (BRASIL, 2012)

Dessa forma, restou evidente que o entendimento pátrio preferiu o direito à informação em detrimento do direito ao esquecimento, decidindo, nesse julgado, pela não imposição de qualquer responsabilidade ao provedor de pesquisa de restringir certos resultados das buscas, além de submeter o pedido de exclusão de conteúdo ofensivo à apreciação judicial. (BRASIL, 2012)

Não obstante o entendimento a que se chegou, tal percepção revela-se extremamente conservadora se comparado com o entendimento do bloco europeu, visto que é manifestadamente contrária à decisão dele, além de desprezar a atual necessidade da tutela do direito de esquecer, uma vez que estamos frente à Era da Informação. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

Nesse sentido, com relação à isenção de responsabilidade dos motores de busca, Silvestre e Benevides (2016, p. 116) afirmam que:

> [...] não é razoável isentá-los de qualquer responsabilidade, isto pois é inegável que na sua atividade exercem tratamento de dados, não sendo tão neutros como aparentam ser aos olhos da jurisprudência pátria. [...] em que pese não serem responsáveis pelo teor do conteúdo exposto, são os que possuem melhor capacidade de evitar a ocorrência de maiores danos causados enquanto o usuário identifica e aciona os verdadeiros editores de conteúdo lesivo, o que tende a se tornar verdadeira missão hercúlea com a recorrente anonimidade na *web*.

Oliva e Cruz (2014, p. 6) também criticaram a decisão ora acurada aduzindo que:

> percebe-se claramente que o STJ deixou de se aprofundar no conceito do direito ao esquecimento, tendo, em realidade, tomado uma posição radicalmente contrária ao que vem demonstrando em outros julgados estrangeiros que guardam relação com a divulgação de dados pessoais e a possibilidade de sua revisão, conforme demonstrado a seguir.

Logo, é necessária uma mudança no entendimento jurisprudencial brasileiro com vistas a proporcionar proteção aos direitos personalíssimos em questão. Eximir os motores de busca de qualquer responsabilidade, impondo ao ofendido que ajuíze ação contra cada provedor de conteúdo, é negar o direito ao esquecimento, posto que um indivíduo pode efetuar um download do conteúdo e repostá-lo quando quiser.

Ademais, o avanço tecnológico e a popularização da internet facilitaram o compartilhamento de dados, assim, um dado ofensivo pode ser velozmente propagado, atravessando fronteiras em questão de segundos. Por estas razões, a proteção à vida privada dos indivíduos deve ter preferência em face o direito de informação.

Nesse sentido, em um recente julgamento no STJ, essa percepção conservadora abriu espaço para a garantia do direito ao esquecimento no âmbito virtual, como será analisado no próximo tópico.

5.2 Caso Denise Piere Nunes vs. Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda

A consolidação do entendimento pátrio no sentido de impossibilitar a desindexação foi revista no caso da promotora do Rio de Janeiro Denise Piere Nunes vs. Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda, que foi julgado pelo STJ em 08 de maio de 2018. (BRASIL, 2018)

A referida promotora ajuizou ação de obrigação de fazer em face dos requeridos supracitados requerendo a desindexação, nos resultados de busca proporcionados pelos demandados, de notícias referentes às suspeitas de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, arguindo que a indexação desses conteúdos resulta em danos a sua dignidade e privacidade. Na sentença, o magistrado julgou improcedente o pedido da autora, posicionando-se no viés da impossibilidade de atribuir aos sites de busca a responsabilidade pelos conteúdos das notícias encontradas. (BRASIL, 2018)

Denise Nunes foi apontada em várias reportagens como uma das beneficiárias da fraude no concurso citado. À época, a promotora havia sido reprovada no exame.

Ao examinar o ocorrido, o Conselho Nacional de Justiça, entendeu pela insuficiência de elementos para confirmar a fraude, admitindo, porém, a existência de problemas nos mecanismos utilizados pela organização do concurso, emitindo recomendações para os exames posteriores. (CRUZ, 2018)

Interposta apelação pela autora, o TJ/ RJ deu provimento ao recurso, para condenar os apelados a suprimirem os resultados de busca que fizessem alusão a apelante. Entre outras disposições, na ementa apontaram sobre a preponderância do direito à imagem, à personalidade e ao esquecimento, objetivando evitar a livre circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado. (BRASIL, 2018)

Ademais, mencionaram a não refutação aos documentos acostados pela apelante, comprovando que os apelados dispõem de mecanismos para operar a exclusão de resultados dos sistemas de pesquisas dos "buscadores" nos padrões requeridos, e a não comprovação da impossibilidade técnica de implementação dessa atividade por parte dos apelados. (BRASIL, 2018)

Google, *Yahoo* e *Microsoft* interpuseram recurso especial, que veio a ser o Resp 1.660.168/RJ, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. O voto vencedor, por sua vez, foi o do ministro Marco Aurélio Bellizze, em decisão apertada de 3 a 2, sendo que votaram com ele os ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, vencidos os ministros Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva. (BRASIL, 2018)

Surpreendentemente, decidiram de forma favorável à aplicação do direito ao esquecimento, no viés de manter o acórdão recorrido quanto à tutela inibitória deferida, reconhecendo-se que:

> Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. (BRASIL, 2018)

Dessa forma, assentiram na existência de hipóteses excepcionais para o Poder Judiciário determinar a interrupção do vínculo entre o nome e o resultado de busca exibido, quais sejam: tratar-se de conteúdo eminentemente privado, de forma a afastar o interesse público da informação ou longo decurso do tempo transcorrido a partir do episódio que deu motivo a inserção do dado pessoal exibido no resultado de busca. (BRASIL, 2018)

Evidenciaram que na ocorrência de circunstâncias enquadradas nas exceções supracitadas deverá haver predominância do direito à intimidade e ao esquecimento, assim como a proteção aos dados pessoais, objetivando que o indivíduo relacionado ao fato inconveniente viva com razoável anonimato, evitando-se, assim, que tal evento seja corriqueiramente relembrado e eternizado por sistemas automatizados de busca. (BRASIL, 2018)

No caso em tela, afirmaram que já se havia decorrido mais de uma década desde o caso noticiado, e ainda, ao fornecer o nome de Denise Nunes no espaço destinado a pesquisa, o primeiro resultado de busca exibido era um link de notícia acerca de sua suposta relação com fato desabonador não comprovado. (BRASIL, STJ, 2018)

Destacou-se também que a ruptura do vínculo sem que se exclua a notícia também harmoniza os interesses individuais, do titular dos dados pessoais e coletivos, no sentido de acessar a informação, uma vez que a notícia ainda será

disponibilizada para aquele que empregar, no campo direcionado para pesquisa, termos de busca referentes ao episódio noticiado. Por outro lado, não viabilizará a localização da notícia quando buscarem de forma exclusiva pelos dados pessoais da pessoa protegida. (BRASIL, 2018)

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2018, p. 26) empeçou sua divergência ao voto da relatora ministra Nancy Andrighi rechaçando o entendimento de que não há fulcro legal para embasar pedido de restrição de tratamento de dados, uma vez que o Marco Civil da Internet dispõe sobre a "proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas em na Seção II do Capítulo III (...)", sendo que esse aborda a respeito da provisão de conexão e de aplicações de internet. Nesse sentido, ele fez menção ao artigo 11 da Lei nº 12.965/2014, que dispõe:

> Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.
>
> § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.
>
> § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.
>
> § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao

> tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações. (BRASIL, 2014)

Não obstante, o ministro constatou que tal compreensão não influi na imposição aos provedores de aplicações o dever de excluir do âmbito virtual conteúdo insertado por terceiros, muito menos de incumbir-lhes a atribuição de "censor digital", mas, simplesmente, de não apartar do Poder judiciário, de forma decisiva, o conhecimento de casos de exceção em que haja manifesta falta de razoabilidade na exposição dos resultados. (BRASIL, 2018)

Essa irrazoabilidade pode ser caracterizada tanto pelo fato de o conteúdo versar sobre interesse essencialmente privado, de forma que não integre o interesse coletivo de informação, quanto pelo longo período de tempo decorrido desde o evento que ocasionou a inserção dos dados pessoais exibidos na busca. (BRASIL, 2018)

Marco Aurélio Bellizze apontou que o impasse suscitado no processo se restringia ao fato do nome de Denise Nunes, ao ser usado como parâmetro exclusivo de busca – portanto, desassociado de qualquer outra terminologia – resultar na exibição da notícia do episódio desabonador divulgado há mais de dez anos, entre as notícias mais pertinentes. (BRASIL, 2018)

Dessa forma, ele ainda afirmou que a conservação de tais resultados de busca resulta na retroalimentação do sistema, em razão do fato do cliente, ao realizar a pesquisa, tendo inserido o nome da recorrida, encontrar a notícia e, instigado pela curiosidade, acessar o conteúdo, o que acarretaria no reforço da ratificação da relevância da página catalogada. (BRASIL, 2018)

Nesse viés, o ministro em referência concluiu pela imprescindibilidade do Poder Judiciário intervir a fim de afastar a função de censor das ferramentas de

busca, com o objetivo de garantir ao indivíduo a ser protegido a ruptura do vínculo eternizado pelos sites de buscas. (BRASIL, 2018)

Marco Aurélio Bellizze complementou o argumento ao afirmar que a essência do direito ao esquecimento:

> não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. (BRASIL, 2018, p. 29).

Por outro lado, sustenta o ministro que as pessoas que desejarem acessar conteúdo que verse sobre fraudes em concurso público não terão obstruído o seu direito de acesso. Entretanto, deverão realizar a busca com termos referentes a esse conteúdo, "seja em conjunto com o nome da recorrida, seja de forma autônoma". Logrando assim "[...] uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual". (BRASIL, 2018 p. 29-30)

O referido ministro finalizou seu voto argumentado que a tutela inibitória requerida é materialmente possível, tanto que é exercida pelos sites de busca na Europa, onde sequer se faz necessária a intervenção judicial, uma vez que é disponibilizado ao cliente que veja seus dados pessoais atingidos um formulário de requerimento. (BRASIL, 2018)

Assim, o entendimento consolidado da jurisprudência brasileira encontrou divergência no julgamento do Recurso Especial nº 1.660.168/RJ, consagrando a aplicação do direito ao esquecimento na esfera da internet, o que é uma grande conquista para a sociedade brasileira que está cada vez mais imersa na esfera virtual, onde há intenso fluxo de dados, como também para a proteção dos direitos personalíssimos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendido como um desdobramento do direito fundamental à privacidade, e, portanto, inserido nos chamados direitos da personalidade, e do supra princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao esquecimento vem ganhando espaço nos palcos internacionais. Isso porque estamos vivendo em uma sociedade dita da informação, onde, a cada instante, novos dados são inseridos na rede virtual.

Entre esses dados, muitos se revelam atentatórios à dignidade da pessoa humana, à honra, à privacidade e até mesmo à memória de um indivíduo. Comumente se nota a exibição de uma informação simplesmente com o objetivo de ganhar o maior número de visualizações e compartilhamentos.

A União Europeia cuidou de tutelar propriamente do direito ao esquecimento. Nesse viés, tendo como caso paradigmático "*Gonzáles vs. Google Spain e Google Inc.*", decidiram pela responsabilização dos motores de busca na eficácia do direito ao esquecimento, bem como na possibilidade de o usuário ofendido reclamar diretamente ao provedor de busca a supressão de conteúdos de cunho eminentemente ilícitos dos resultados de busca, sem a necessidade de judicialização.

Vale ressaltar que o referido tribunal europeu consolidou a tese de que a informação pessoal que se pretende ver suprimida dos resultados de busca não precisa sequer ter gerado efetivo dano ao indivíduo, bastando que esse requeira a sua supressão.

Essa decisão serve de parâmetro para os tribunais de outros países, em razão de proteger integralmente os direitos da personalidade em questão, principalmente

por terem considerado a superexposição que o indivíduo pode sofrer na sociedade contemporânea.

A popularização das redes sociais, da internet, bem como dos aplicativos de aparelhos móveis ocasiona, mais ainda, a exposição de uma pessoa. Uma foto ofensiva, notícias falsas, incompletas, antigas, e ainda, desprovidas de qualquer interesse público são facilmente compartilhadas e eternizadas na esfera virtual, podendo voltar à tona a qualquer momento.

De forma contrária, e, mostrando-se extremamente conservador, até a análise do caso Denise Piere Nunes vs. Google Brasil Internet Ltda., Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. e Microsoft Informática Ltda, o Brasil vinha decidindo pela não responsabilização dos motores de busca.

Por sua vez, a responsabilidade dos provedores de conteúdo só existiria em caráter subsidiário, no caso em que este, depois de notificado por ordem judicial, não providenciasse a indisponibilidade do conteúdo ofensivo, nos termos da lei, além de estabelecer como imprescindível a análise pelo Judiciário para que ele julgasse se o conteúdo é ou não danoso.

Pode-se afirmar, que até então a jurisprudência pátria, ao ocorrer conflitos de direitos constitucionalmente assegurados, posicionava-se de forma a preferir pela sobreposição do direito à informação em detrimento do direito ao esquecimento. Fato esse que é prejudicial para a concretização e efetivação do princípio norteador da Constituição brasileira, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, com o surgimento do caso Denise Piere Nunes *vs.* Google Brasil Internet Ltda.*, Yahoo!* Do Brasil Internet Ltda. e *Microsoft* Informática Ltda*,* foi reaberta a questão e decidida favoravelmente ao direito de esquecer, consagrando

inusitadamente o referido direito na esfera virtual e possibilitando uma mudança de paradigma na jurisprudência nacional.

Essa mudança tornou possível a efetivação do direito ao esquecimento, visto que ajuizar ação contra cada um dos provedores de conteúdo para requerer deles a exclusão do conteúdo disponibilizado constitui-se em uma medida ineficaz, uma vez que a mesma informação pode estar sendo exibida por muitos provedores diferentes, além disso, pode haver a possibilidade do proprietário do conteúdo exposto não ser encontrado ou não estar sujeito à jurisdição nacional. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

Vale ressaltar que não é proposta a responsabilização civil do site de busca pela indexação de conteúdo por terceiro, mas sim, a sua maior atuação na efetividade do direito ao esquecimento, em razão do lucro que obtém da sua atividade, qual seja, a de localização de diversas páginas na web, o que resulta no seu maior número de visualizações, tratem elas de conteúdo ofensivo ou não. Assim, com fundamento no risco proveito, devem os motores de busca ser responsabilizados de alguma forma, em virtude do lucro que auferem. (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016)

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade dos motores de busca, impondo a eles que procedessem a supressão da listagem de resultados de pesquisa as páginas que guardassem conteúdo ilícito com relação à Denise Piere Nunes. No julgado, decidiu-se que há situações excepcionais que requerem a intervenção do Judiciário para cessar a exibição de dados pessoais nos resultados de pesquisa, quando a informação carecer de interesse público à informação, seja por versarem sobre conteúdo privado, seja pelo decurso do tempo.

Ademais, não se pretende afirmar que o fiel da balança sempre deverá pender para o direito ao esquecimento em face dos direitos ao acesso à informação e à liberdade de expressão, mas sim, que isso irá ocorrer quando se verificar as situações excepcionais supracitadas. Dessa forma, quando, por exemplo, o conteúdo for revestido de interesse público não deverá haver a sua supressão.

A desnecessidade de judicialização é de suma importância para a efetivação do direito ao esquecimento, uma vez que ao buscar a tutela do esquecimento pode-se ter como consequência o efeito reverso do pretendido. Em outras palavras, ajuizar ação requerendo o reconhecimento do direito ao esquecimento visando a supressão de páginas do resultado de pesquisa retraz a notícia ao público, fazendo com que indivíduos busquem exatamente o que se pretende esquecer.

Esse serviço de desindexação de páginas de conteúdo ilícito nos resultados de busca é eficaz, tanto que, ao utilizar, como requisito único de busca o nome completo da Denise Piere Nunes, no final da página de resultado de pesquisa aparece a seguinte afirmação: "Atendendo a uma solicitação oficial enviada ao Google, removemos 9 resultado(s) de pesquisa desta página. Se preferir, leia mais sobre a solicitação em LumenDatabase.org".

Revisto o entendimento que se tinha sobre a responsabilização dos motores de busca, cabe, pois, aos magistrados aplicarem o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para maior efetivação e tutela do direito ao esquecimento.

Segue um breve quadro comparativo dos entendimentos da União Europeia e do Brasil:

	União Europeia	Brasil

Reconhecimento da responsabilidade civil do motor de busca.	Reconhece.	Reconhece.
Legislação que tutela o direito ao esquecimento de forma específica.	Possui. Exemplos: Diretiva 95/46/CE - *Personal Data Protection* e a Diretiva 2002/58/CE - *ePrivacy Directive.*	Não possui. O direito ao esquecimento é entendido como decorrente de outros direitos constitucionalmente assegurados, tais como: direito à vida privada, intimidade, memória.
Necessidade de judicialização para solicitar a supressão de páginas dos resultados de busca.	Não é necessário judicializar. Pode-se solicitar ao site de busca diretamente para que este proceda à supressão.	Necessário a judiciliazação.
Quem averigua se há ou não interesse público.	Pode ser averiguada tanto pelo site de busca tanto pelo juízo.	Deve ser averiguada pelo juízo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012. Disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/34301. Acesso em: 16 abr. 2018.

ANISTIA como censora: STJ condena jornal por publicar notícia sobre a época da ditadura militar. Revista Consultor Jurídico, 6 out. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-out-06/stj-condena-jornal-publicar-noticia-epoca-ditadura#top. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituição.htm. Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 26 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. REsp 1.660.168/RJ. Recorrentes: Yahoo! do Brasil Internet Ltda e Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Denise Pieri Nunes. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409?ref=juris-tabs. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. REsp 1316921/RJ. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Maria Da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial. REsp 1369571/PE. Recorrente: Ricardo Zarattini Filho . Recorrido: Diario De Pernambuco S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1519492&num_registro=201102359630&data=20161028&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. REsp 1335153 / RJ. Recorrentes: Nelson Curi e outros. Recorrida: Globo Comunicação e Participações S/A. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial. REsp 1.334.097 / RJ. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrida: Jurandir Gomes de França. Relatora: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Globo terá de pagar R$ 50 mil por violar direito ao esquecimento. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100547749/globo-tera-de-pagar-r-50-mil-por-violar-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 5 nov. 2018.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa. Acesso em: 5 nov. 2018.

CARPANEZ, Juliana. Mentira que mata: o passo a passo do 1º caso de repercussão no Brasil em que notícias fraudulentas levaram a uma tragédia. Disponível em: https://www.uol/noticias/especiais/das-fake-news-ao-linchamento-como-uma-mentira-levou-a-morte-de-uma-inocente.htm#mentira-que-mata. Acesso em: 26 out. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Disponível em: https://perguntasaopo.files.wordpress.com/2011/02/castells_1999_parte1_cap1.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

CONSALTER, Zilda Mara. Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao. Acesso em: 8 nov. 2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.

DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. O direito ao esquecimento e a internet: censura ou garantia?: a recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia: o

direito ao esquecimento no Brasil. Publicações da Escola da AGU: 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, DF, EAGU, v. 2, ano VI, p. 279-299, nov./dez. 2014.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. Liberdade de expressão e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2014. p. 391-405.

GUERRA, Sidney. A internet e os desafios para o direito internacional. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/01_0.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

HILBERT, Martin. How much information is there in the world? Science News, 11 fev. 2011. Disponível em: https://www.sciencedaily.com/releases/2011/02/110210141219.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. 2013. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 26 abr. 2018.

LARCHER, Marcello. CCJ aumenta pena de quem incita a prática de crimes pela internet. Agência Câmara Notícias, Brasília, DF, 28 mar. 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/528067-CCJ-AUMENTA-PENA-DE-QUEM-INCITA-A-PRATICA-DE-CRIMES-PELA-INTERNET.html. Acesso em: 26 out. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. (Série Universitária). Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6439-9/epubcfi/6/22[;vnd.vst.idref=Direito-Civil-Univer-10]!/4[Direito-Civil-Univer]/2/506/2@0:78.9. Acesso em: 26 nov. 2018.

NUNES, Alexandre Augusto Pereira. Direito fundamental de acesso à informação: democracia, estado democrático de direito, república e controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVA, Afonso Carvalho de; CRUZ, Marco A. R. Cunha. Um estudo do caso Xuxa vs. Google search (resp 1.316.921): o direito ao esquecimento na Internet e o Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: file:///C:/Users/Renan/Downloads/UM_ESTUDO_DO_CASO_XUXA_VS._GOOGLE_SEARCH.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

OLIVA, Thiago; CRUZ, Francisco Brito. Autoridades públicas devem ter um **"direito ao esquecimento"?.** Disponível em: https://link.estadao.com.br/blogs/deu-nos-autos/autoridades-publicas-devem-ter-um-direito-ao-esquecimento/. Acesso em: 19 out. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Comissão Europeia. Carta dos direito fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 7 mar. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2002. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058. Acesso em: 6 mar. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1995. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A31995L0046. Acesso em: 25 jan. 2019.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e "preferência" da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p.484-509, dez. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. **C**onsultório Jurídico, Direito Comparado, 27 nov. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990#_ftn2_7015. Acesso em: 5 nov. 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. Memória, Esquecimento e Conteúdo na Internet. Revista Magister de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p.5-13, nov./dez. 2017.

SILVEIRA, Daniel; BOECKEL, Cristina. Chacina da Candelária: sobrevivente ainda tem pesadelos, diz irmã. Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/07/chacina-da-candelaria-sobrevivente-ainda-tem-pesadelos-diz-irma.html. Acesso em: 5 nov. 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento: análise comparativa entre Brasil e Europa. Revista de Direito Privado, São Paulo: ano 17, v. 70, p. 99-122, out. 2016.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. O direito ao esquecimento na sociedade da informação: o caso Aída Curi. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/203742780/o-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao-o-caso-aida-curi. Acesso em: 5 nov. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. (Grande Seção). Acórdão do Tribunal de Justiça. Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados — Diretiva 95/46/CE — Artigos 2.°, 4.°, 12.° e 14.° — Âmbito de aplicação material e territorial — Motores de busca na Internet — Tratamento de dados contidos em sítios web — Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados — Responsabilidade do operador do motor de busca — Estabelecimento no território de um Estado-Membro — Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa — Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 7.° e 8.° 13 de maio de 2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=c-131-12&td=ALL%3E. Acesso em: 8 mar. 2019.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

A NATUREZA DOS RECURSOS ARRECADADOS PELA OAB: A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TCU

Gabriel Silva Campos

INTRODUÇÃO

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é, sem dúvidas, uma das entidades de maior relevância para a República Federativa do Brasil. Seu longo período de existência é marcado pela incessante defesa da democracia e de causas atinentes às liberdades civis e sociais.

Contudo, a OAB precisa encontrar sua classificação de forma concreta no ordenamento jurídico brasileiro. A Entidade exerce poder de polícia sobre seus inscritos, arrecada recursos, possui imunidade tributária recíproca e suas ações são julgadas pela Justiça Federal, mas ela própria não se considera uma autarquia, ao argumento de que os recursos que arrecada não são tributos e que não deve se submeter à jurisdição do Tribunal de Contas da União (TCU).

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é reforçar a importância da OAB e explicar como a doutrina e a jurisprudência se posicionam acerca da natureza dos recursos arrecadados pela Entidade e se essa deve ou não ser incluída entre as Unidades Prestadoras de Contas do TCU.

Há quem entenda que os recursos arrecadados pela Ordem possuem natureza pública e se encaixam na categoria de tributos parafiscais, mas há quem acredite que

tais recursos são de natureza privada, caracterizados apenas como ônus dos profissionais inscritos na Entidade.

Em relação à prestação de contas, há quem entenda que a OAB se enquadra entre os jurisdicionados do Tribunal de Contas da União. Em sentido contrário, há quem considere a OAB apenas uma Entidade *sui generis*.

Esses são os pontos que serão abordados no presente trabalho, que, atualmente, estãoà espera de um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, seja para confirmar entendimentos anteriores ou para definir a OAB como autarquia que arrecada recursos públicos.

Para tal discussão, o presente trabalho foi elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, considerando, principalmente, os posicionamentos do STF e STJ, da Corte de Contas, da própria OAB e da doutrina pátria.

No primeiro capítulo, será abordada a importância história da Ordem dos Advogados do Brasil, desde a sua criação, por meio do Instituto dos Advogados brasileiros.

Em seguida, serão expostas diferentes posições acerca da natureza jurídica dos recursos arrecadados pela OAB para, finalmente, entrar na disputa entre o TCU e a Entidade.

No último capítulo, inicialmente o trabalho aborda o estudo realizado pela área técnica do TCU, para logo após explicar parecer do Ministério Público Junto ao TCU. Em seguida, o capítulo discorre sobre o acórdão da Corte de Contas que estabeleceu que a OAB passará a integrar as Unidades Prestadoras de Contas daquela Corte.

O final, ao discorrer sobre a Reclamação Constitucional proposta e o Mandado de Segurança impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o trabalho abre espaço para a Entidade explicar os fundamentos que a leva a crer que não deve ser obrigada a prestar contas ao TCU.

Essas são as considerações introdutórias relevantes para o presente trabalho, que foi elaborado em um momento importante para a democracia brasileira, por meio da qual a sociedade está exigindo mais transparência em relação à Administração Pública e a todos que, de alguma forma, gerem recursos e possuem forte influência sobre as instituições.

1. A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

1.1 A História da entidade

O grande precursor da fundação de uma organização em defesa da Advocacia foi o Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão[1], nascido em Lisboa, em 1788, nomeado Ministro do Supremo Tribunal de Justiça por decreto de 19 de outubro de 1828, vindo a falecer em 10 de junho de 1847. [2]

O Conselheiro, inspirado em uma entidade portuguesa, criada em 1938, propôs a fundação de uma instituição que pudesse abrir as portas para o advento da Ordem dos Advogados. Para isso, em janeiro de 1843, fundou a Gazeta dos

[1]ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ***A Constituinte de 1823 e os cursos jurídicos***. *História da OAB*. Disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

[2]Ministros do STF ao longo de todos os anos. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=245> Acesso em: 13 de outubro de 2018.

Tribunais, periódico que traria maior publicidade aos atos da justiça e questões relevantes do Direito.[3]

Nas primeiras edições, a Gazeta enfatizou a importância de uma Associação de Advogados e publicou os estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, aprovados em 23 de março de 1938, iniciando a discussão acerca da necessidade de uma entidade que reunisse e disciplinasse a profissão de advocacia no Brasil.[4]

Diante da influência dos estatutos portugueses, um grupo de advogados, em reuniões na casa do Conselheiro Teixeira de Aragão, organizou os estatutos do Instituto dos Advogados Brasileiros, que foram apreciados e aprovados pelo Governo Imperial através do Aviso de 7 de agosto de 1843. O art. 2º dos estatutos do IAB estabelecia que o objetivo final do Instituto era organizar a Ordem dos Advogados em benefício da ciência da jurisprudência. [5]

A primeira diretoria do Instituto dos Advogados Brasileiros foi eleita em 21 de agosto de 1843, presidida por Francisco Gê Acaiaba de Montezuma. O Conselheiro Teixeira de Aragão foi agraciado com o título de presidente honorário.[6]

A Instalação solene do Instituto ocorreu em 7 de setembro de 1843, no salão nobre do Externato do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro:

> O presidente Montezuma proferiu, na ocasião, discurso no qual justificou a criação do Instituto e a sua participação para a criação futura da Ordem dos Advogados. "Ela, Senhores", afirmou referindo-se à Ordem, "não só saberá zelar o subido valor que acaba de receber do Imperante, mas desvelar-se-á

[3]A Constituinte de 1823 e os cursos jurídicos, op. cit.
[4] Ibidem, disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>.
[5] Ibidem, disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>.
[6]Ibidem, disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>.

> por tornar-se digna, em todas as épocas de sua existência, da mais plena e imperial confiança" [7].

Nos anos seguintes, o Instituto dos Advogados Brasileiros auxiliou o governo na organização legislativa e judiciária, apresentando estudos e debates relevantes ao País. Tal atuação colaborou para a construção do Estado brasileiro, inclusive na própria Constituição de 1981, apresentando estudos que, posteriormente revisados por Rui Barbosa, transformaram-se no anteprojeto aprovado pela Assembleia Constituinte da primeira República. [8]

Após 87 anos, a criação da Ordem foi, enfim, normatizada através do Decreto nº 19.408, que determinou a realização de estudos sobre os estatutos da Associação:

> "Aprovado pelo Governo, o anteprojeto tornou-se o Decreto nº 20.784 de 14-12-1931, alterado posteriormente pelos Decretos nºs 21.592 de 1-7-1932, 22.039 de 1-11-1932 e 22.266 de 28-12-1932, cuja consolidação veio à lume pelo Decreto nº 22.478 de 20-2-1933. Este último decreto consolidador perdurou regendo os destinos da profissão e da Ordem dos Advogados do Brasil (este decreto também trouxe-lhe a denominação atual) até advir, em 27-4-1963 – quando, então, a conjuntura sociopolítica já não era desfavorável aos anseios da classe – a Lei 4.215." Essa norma foi, enfim, sucedida pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.[9]

[7] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. A Constituinte de 1823 e os cursos jurídicos. *História da OAB*. Disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

[8] Ibidem, Disponível em: < http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>.

[9] AMARAL, Luiz. *Legislação do advogado*. Brasília: Ministério da Justiça, 1985. p. XVI apud MAMEDE, G. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 265 - 266.

A primeira constituição a mencionar a Ordem dos Advogados do Brasil foi a de 1946, "tornando obrigatória a participação da mesa nos concursos de ingresso à magistratura dos Estados". [10]

Após a aprovação do seu segundo estatuto, em 27 de abril de 1963, pelo então Presidente João Goulart, a OAB passou a atuar de forma intensa, inclusive no período da Ditadura Militar, lutando pela preservação dos direitos humanos e contra as prisões arbitrárias e torturas praticadas pelo Regime.[11]

A OAB também atuou ao lado da sociedade civil no projeto de redemocratização do país na década de 80 ("Diretas Já!"), promoveu debates, apresentou sugestões ao Poder Constituinte da Carta Magna de 1988 e se alinhou ao movimento favorável ao Impeachment do Presidente Fernando Collor de Melo na década de 90.

Em 4 de julho de 1994, foi sancionada pelo então Presidente Itamar Franco a Lei nº 8.906, atualmente vigente, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e que a define como "serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, [...] que não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico" [12].

[10] ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. *História da advocacia e da OAB no Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8326>. Acesso em: 13 out. 2018. 15:38.

[11] ARAÚJO, op. cit. Acesso em: 13 out. 2018. 15:38.

[12] "Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: [...] § 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico."

Nesse período, a OAB ainda lutou contra o abuso das medidas provisórias do Governo FHC, que resultou na Emenda Constitucional nº 32, restringindo a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República.[13]

Por fim, em sua mais recente atuação política de impacto, a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou pedido de Impeachment da então Presidente Dilma Rousseff[14], além de apoiar o pedido dos Advogados Hélio Bicudo, Miguel Reale Jr e Janaína Paschoal[15], o qual prevaleceu dentre os 68 pedidos apresentados ao Presidente da Câmara dos Deputados[16], resultando no afastamento definitivo da então Presidente da República pelo Senado Federal em 31 de agosto de 2016.

1.2 A natureza jurídica

Para que se possa examinar a natureza jurídica da OAB, é necessário observar e compreender a definição e a previsão legal de Autarquia.

A palavra autarquia, formada pelos termos *autós*(próprio) e *arquiaI*(comando, governo, direção), foi usada pela primeira vez em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao escrever para a Enciclopédia Italiana sobre "decentramento

[13] Ibidem. Acesso em: 13 out. 2018. 15:38.

[14] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB aprova pedido de impeachment contra presidente da República*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/29403/oab-aprova-pedido-de-impeachment-contra-presidente-da-republica> . Acesso em: 13 out. 2018. 16:10.

[15] *Notícia: a íntegra do pedido de impeachment de Dilma apoiado pela oposição*. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/a-integra-do-pedido-de-impeachment-de-dilma-apoiado-pela-oposicao/>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

[16] *Notícia: Dilma teve 63 pedidos de impeachment e Temer já tem 18*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/dilma-teve-63-pedidos-de-impeachment-temer-ja-tem-18/>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

amministrativo", fazendo referência às comunas, provinciais e outros entes públicos.[17]

No Brasil, a primeira norma a definir autarquia foi o Decreto-Lei 6.016/43: "o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei".[18]

Atualmente, está em vigor o conceito do art. 5º, I, do Decreto-Lei 200/1967, que define autarquia como "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Ocorre que, para o Professor Marçal Justen Filho, a melhor definição de Autarquia seria a seguinte:

> autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração Pública.[19]

Trata-se, portanto, de um sujeito de direito, não um "serviço", como prevê o Decreto-Lei 200/1967.[20]

Assim, a autarquia exerce suas vontades através de seus próprios órgãos, possui identidade subjetiva diversa em face da Administração direta, é titular de

[17] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo, 2012. p. 483.
[18] Ibidem,p. 484.
[19] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pag. 258.
[20] JUSTEN FILHO, op. cit. Pag. 258.

direitos e deveres em nome próprio, possui seu próprio patrimônio e, ainda, seus atos não são atribuídos à Administração direta e vice-versa.[21]

Além disso, a autarquia é titular de posição própria do Estado, uma vez que é uma pessoa de direito público titular de competências e funções próprias do Estado. Ainda, é instituída para desempenhar atividades administrativas sob o regime de direito público e deve ser criada por lei infraconstitucional que determine sua autonomia em face da administração direta.[22]

Em relação à OAB, para o professor Gladston Mamede, a Ordem dos Advogados do Brasil seria o seguinte:

> [...]por um ângulo, é uma associação civil, ente que congrega profissionais, prestadores de serviços advocatícios; por outro ângulo, é instituição pública que viabiliza o exercício da cidadania, trabalhando pela defesa da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como do pluralismo político.[23]

Na fundamentação legal, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, prevê, em seu art. 44, *caput*, que a Ordem dos Advogados do Brasil é "serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa". Em seguida, o § 1º do referido artigo estabelece que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico".

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.026, acerca da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, estabeleceu o seguinte:

> [...] 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e indireta. A

[21] Ibidem Pag. 259.
[22] Ibidem Pag. 259.
[23] MAMEDE, G., op. cit. Pag. 266.

> OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.[24]

Segundo o então Ministro Eros Grau, Relator da referida ADI, a OAB é uma entidade autônoma, que possui características de liberdade e autonomia, diferenciando-se dos demais órgãos de fiscalização profissional. Tais órgãos estão voltados a uma finalidade corporativa, ao contrário da OAB, que possui uma finalidade institucional, uma vez que dedica seus esforços para defender as instituições jurídicas, a Constituição, os direitos fundamentais, a justiça e as conquistas sociais, a correta aplicação das leis e o bom funcionamento da justiça.[25]

Sob outra perspectiva, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a Constituição e as Leis atinentes à Ordem dos Advogados do Brasil indicam que esta é regida por um regime de direito público:

> Trata-se de uma entidade que goza – como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas também nas intervenções feitas pelos colegas -, inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que *sui generis*; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.026/DF. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 08 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

[25] Ibidem. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

> fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária.
>
> Leio a Lei 6.811/1980, que me causa perplexidade:
>
> "*A partir do exercício de 1980, o produto da taxa judiciária que se refere ao artigo 20 do Decreto [...] destinar-se-á à construção do Edifício Sede da Ordem dos Advogados do Brasil.*"
>
> O que é isso? Todos esses elementos, inclusive aqueles elencados pelo ministro Carlos Britto, indicam, a meu ver, pelo menos um esboço de regime público. O que caracteriza a natureza de uma autarquia – há diversas modalidades de autarquias – não é simplesmente, como disse o Ministro Eros Grau, sua sujeição ou subordinação a um órgão ou entidade da Administração; é o fato de que ela assume ou exerce atividades, missões típicas de serviço público. E todos esses elementos contidos na nossa Constituição e nas leis referentes à OAB indicam, sim, que esta é regida por um regime de direito público, e não de direito privado.[26]

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, seguindo o entendimento do STF no julgamento da ADI 3.026, passou a entender que a OAB possui natureza diversa das autarquias típicas, como visto no julgamento do REsp 915.753/RS:

> 1. A OAB possui natureza de autarquia especial ou *sui generis*, pois, mesmo incumbida de realizar serviço público, nos termos da lei que a institui, não se inclui entre as demais autarquias federais típicas, já que não busca realizar os fins da Administração.[27]

Para Marçal Justen Filho, a decisão do Supremo Tribunal Federal representa uma inovação marcante para o direito administrativo brasileiro, já que possibilita

[26] ADI nº 3.026/DF, Op. cit.

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.753/RS. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lisiane Moreira Magalhães. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700049591&dt_publicacao=04/06/2007>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

que poderes estatais sejam investidos em entidades privadas, devendo a OAB ser considerada uma entidade não estatal, acometida de competências públicas.[28]

Por outro lado, Maria Sylvia Di Pietro considera a decisão do STF como absolutamente inaceitável, uma vez que a OAB exerce o poder de polícia (poder disciplinar), atividade típica do Estado, que também é desempenhada por outras entidades profissionais, sendo, então, função tipicamente administrativa e descentralizada pelo Estado:

> Ela se enquadra tanto no conceito de serviço estatal descentralizado, que constava da lei nº 6.016/43, como se enquadra como atividade típica do Estado, constante do artigo 5º, I, do Decreto-Lei nº 200. O acórdão do Supremo Tribunal Federal, com todo o respeito que é devido à instituição, criou uma fórmula mágica para subtrair a OAB do alcance das normas constitucionais pertinentes à Administração Pública indireta, quando essas normas imponham ônus ou restrições, sem no entanto, retirar-lhe os privilégios próprios das demais pessoas jurídicas de direito público. [29]

Assim, é possível constatar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter firmado o entendimento de que a Ordem dos Advogados do Brasil não se sujeita às regras atinentes à Administração Pública, aparentemente a discussão não está encerrada.

Ao ser desvinculada formal e materialmente da Administração Pública, a OAB provoca questionamentos acerca da sua natureza jurídica (autárquica ou não), da natureza jurídica dos recursos arrecadados, da contraditória imunidade tributária e, consequentemente, da ausência de fiscalização de suas contas.

1.3 As prerrogativas frente aos conselhos de classe profissional

[28] JUSTEN FILHO, Op. cit., pag. 258.
[29] DI PIETRO, op. cit. Pag. 488.

Em geral, os conselhos de classe profissional são autarquias que se enquadram ao regime do artigo 37 da Constituição Federal, assim, seus quadros de cargos ou empregos públicos dependem de aprovação prévia em concurso público:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> [...]
>
> II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ocorre que, no julgamento da ADI 3.026, o STF definiu que o quadro de cargos ou empregos da OAB não precisa ser preenchido através de concurso público de provas ou de provas e títulos.[30]

Outra prerrogativa da OAB diz respeito à competência para julgar as causas em que figure como parte. Por meio do RE 595332/PR, o STF decidiu que é da justiça federal a competência para processar e julgar ações em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil figure como parte.

Na ocasião do julgamento, a Suprema Corte confirmou a competência da justiça federal, com base no art. 109, I, da Constituição Federal, justificando, para tanto, que a OAB possui natureza jurídica de autarquia corporativista. Veja-se a ementa, nos termos do voto do Ministro-Relator Marco Aurélio de Mello:

[30]ADI nº 3.026/DF, op. cit.

> COMPETÊNCIA – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – ANUIDADES. Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional [31].

Ocorre que, ao passo em que não se considera autarquia vinculada à Administração Pública, a OAB não se encaixa no art. 109 da Constituição Federal, que prevê a competência da Justiça Federal para julgar causas em que os conselhos de fiscalização de profissões figurem como parte (autarquias).

Assim, a competência para julgar as causas em que envolvam a OAB seria da justiça comum estadual.

Além disso, a OAB, ao contrário dos outros conselhos de classes, também não é obrigada a observar as disposições da Lei 8.666/93. Ou seja, está dispensada das modalidades de contratação pública, seja para obras ou para serviços. [32]

Ainda, os conselhos especiais, entidades integrantes da Administração Pública indireta, na qualidade de autarquias especiais, nos termos do julgamento da ADI nº 1717, gozam de imunidade tributária recíproca. E, a OAB, resguardada pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto) e pela jurisprudência do STF, permanece gozando de

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 595.332. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil. Recorrido: Diomar Nogueira. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 31 de agosto de 2016.Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2649403&numeroProcesso=595332&classeProcesso=RE&numeroTema=258>. Acesso em: 31 de março de 2019.

[32]SILVA, Diego Sobral. *Análise crítica das prerrogativas da OAB em relação aos conselhos de fiscalização profissional.* 2014. 40f. Trabalho de Conclusão de Graduação. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

imunidade tributária, mesmo sendo classificada pelo Supremo como uma entidade que não possui vínculo formal e material com a Administração Pública.[33]

Por fim, apesar de possuir imunidade tributária, preservada por Lei e pelo STF, a OAB não está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Tal prerrogativa coloca em contradição a posição da OAB como autarquia *sui generis* e entidade imune aos tributos.

2 A NATUREZA DAS CONTRIBUIÇÕES ARRECADAS PELA OAB

Assim como os demais conselhos de classes, a OAB também cobra contribuições de seus associados, a conhecida "anuidade", que têm a atividade fiscalizatória como hipótese de incidência:

> Para que a advocacia seja exercida, afigura-se imprescindível que o bacharel em Direito esteja inscrito na OAB (art. 3º da Lei nº 8.906, de 1994), entidade à qual o legislador incumbiu a tarefa de, dentre outras competências, fiscalizar o exercício profissional dos advogados. Em decorrência dessa atuação fiscalizatória (caracterizada por muitos doutrinadores como uma faceta do "poder de polícia"), a OAB institui, fixa e cobra de seus inscritos contribuições anuais ("anuidades"), com arrimo no art. 46 da Lei 8.906, de 1994.[34]

Incialmente, o art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/96) conceitua tributo nos seguintes termos:

> Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua

[33] DI SENA, Roberto. *A imunidade tributária da OAB e suas contradições*. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65744/a-imunidade-tributaria-da-oab-e-suas-contradicoes>. Acesso em: 21 out. 2018.

[34] GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. *Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 20 out. 2018.

> sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

É possível destacar do referido artigo os elementos indispensáveis para a caracterização como natureza tributária: (i) a prestação deve ser feita em moeda corrente nacional ou cujo valor se possa exprimir em dinheiro; (ii) a prestação é obrigação em razão de força de lei, o que torna o tributo *ex lege*, através do regime jurídico de direito público; (iii) a impossibilidade de se caracterizar como sanção de ato ilícito, já que, nessa hipótese, não se trata de tributo, mas de penalidade; (iv)a atividade administrativa é plenamente vinculada, uma vez que a autoridade administrativa possui o poder de Estado e o dever funcional de fiscalizar, autuar e cobrar.[35]

E, além dos elementos extraídos do art. 3º do CTN, é preciso observar que a Lei não possui condão para fixar competências tributárias que não estejam previamente estabelecidas na Constituição Federal. "Ela apenas institui os tributos cujas regras-matrizes de incidência estejam: (a) expressamente previstas na CF; (b) além das que podem ser criadas, só pela União, com base na competência residual que a CF lhe outorgou".[36]

A respeito das espécies de tributos, o Direito Tributário as divide em cinco categorias: impostos; taxa; contribuição de melhoria; empréstimo compulsório; e contribuições (conhecidas como especiais).

De acordo com o art. 16 do CTN, "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica,

---

[35] CASSONE, V. *Direito tributário*. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012099&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 21 out. 2018.

[36] CASSONE, op. cit.

relativa ao contribuinte". Ou seja, é um tributo devido em razão da prática de um fato que revela a capacidade para contribuir, mas sem qualquer vínculo com atividades específicas do Estado.[37]

A taxa, por outro lado, é um tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, conforme previsto no art. 77 do CTN. Tal tributo, ao contrário dos impostos, possui vínculo direto com a atuação estatal e não depende de uma atividade exercida pelo contribuinte, mas a algo relacionado a uma prestação de serviços ou exercício do poder de polícia pela Administração Pública.[38]

A Contribuição de melhoria, muito autoexplicativa, está definida no art. 81 do CTN:

> A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliário, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

A quarta espécie de tributo é o Empréstimo Compulsório. Tal tributo caracteriza-se por ser restituível e por pode ser instituído apenas pela União. Os outros tributos de certa forma também são restituíveis, desde que recolhidos indevidamente.[39]

---

[37] MACHADO SEGUNDO, H. De B. Manual de direito tributário. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012209&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 21 out. 2018.

[38] MACHADO SEGUNDO, op. cit.

[39] MACHADO SEGUNDO, op. cit.

No caso do empréstimo compulsório, a restituição se dá obrigatoriamente, uma vez que posteriormente o Estado deve pagar de volta ao contribuinte. Por isso, esse tributo pode ser criado apenas em período de guerra externa ou sua iminência, calamidade pública, ou investimento público de caráter relevante, sendo que sua arrecadação deve ser vinculada à despesa que justificou a sua criação, conforme art. 148 da Constituição Federal.[40]

A quinta e última espécie de tributo, objeto do presente trabalho, são as Contribuições:

> Assim como os empréstimos compulsórios, as contribuições (são também conhecidas como "contribuições especiais", para evitar confusão com as contribuições *de melhoria*) se diferenciam das demais espécies de tributos não propriamente pelo seu "fato gerador", mas por um critério diferente. No caso, pela finalidade a que visam atender. Por isso, a elas também não se aplica o disposto no art. 4º, II, do CTN, pois os recursos obtidos com sua arrecadação devem ser necessariamente aplicados no atendimento da finalidade que justifica a sua cobrança. Deve haver também, em regra, referibilidade entre a atividade estatal custeada pela contribuição e o grupo do qual são colhidos os contribuintes obrigados ao seu pagamento.[41]

As contribuições especiais estão previstas no art. 149 da Constituição Federal, que dispõe que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

Para Machado Segundo, as contribuições especiais estão mais próximas dos impostos que das taxas:

[40] Ibidem.
[41] Ibidem.

> [...], pois não se exige uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, mas uma atividade indiretamente referida a ele, por dizer respeito a um *grupo* do qual ele faz parte. É o caso, por exemplo, das contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, das quais são exemplo as contribuições pagas pelos que desempenham profissões legalmente regulamentadas aos "Conselhos" encarregados da respectiva fiscalização e regulamentação. tais contribuições caracterizam-se, como se vê, por uma referibilidade indireta entre o grupo de pessoas no qual se situa o contribuinte (*v.g,* todos os médicos), e a atividade desempenhada pela entidade paraestatal correspondente (no caso, Conselho Regional de Medicina). A vinculação é bem menos perceptível e indireta do que nas taxas, mas mais significativa do que em relação aos impostos, onde ela não existe.[42]

Dentre as contribuições especiais, existem as contribuições corporativas (categorias profissionais), que possuem natureza tipicamente tributária. Tais contribuições são destinadas a compor o orçamento de pessoas jurídicas de direito público ou privado de fiscalização e regulação do exercício de certas atividades. Em síntese, são as contribuições pagas aos conselhos de classes profissionais. [43]

O STF, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1717/DF, ratificou o entendimento do caráter tributário das contribuições corporativas. O objeto da referida ADI foi a inconstitucionalidade do art. 58, *caput* e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/1998. Tal Lei pretendia estabelecer um caráter privado aos serviços de fiscalização, através de delegação do Poder Público,

[42]MACHADO SEGUNDO, op. cit.

[43] MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18. apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. *Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 20 out. 2018.

mediante autorização legislativa. Dessa forma, os conselhos de classes profissionais perderiam a natureza autárquica.[44]

Cabe observar a distinção que a Lei 9.649/1998 procurou fazer ao consignar, no §9º do art. 58, que "o disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994" (estatuto da OAB). Ou seja, uma tentativa de afastar qualquer equiparação, já que a ADI 3.026 considerou a OAB como uma autarquia *sui generis*.

O §6º do art. 58 da referida Lei, declarado inconstitucional, previa que "os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços". Ou seja, além de delegar a fiscalização de profissões ao setor privado, a Lei pretendia garantir imunidade tributária a este.

Diante dessa pretensão, o STF declarou a impossibilidade de delegar, ao setor privado, o poder de polícia, que deve ser exercido exclusivamente pelo Estado:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5°, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da *indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado,* que abrange até

[44]MELO, op. cit.

> poder de polícia, de *tributar* e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (grifou-se).[45]

Sobre a natureza jurídica das contribuições, é necessário ressaltar que os outros conselhos de fiscalização também cobram contribuições corporativas, cuja hipótese de incidência se traduz na atividade fiscalizatória desenvolvida, assim como as anuidades da OAB. [46]

De acordo com as últimas decisões do STJ sobre o tema, tais contribuições possuem natureza tributária, à exceção da OAB:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ANUIDADE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. FIXAÇÃO POR RESOLUÇÃO.
>
> [...]
>
> 2. As anuidades dos conselhos profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal. [...][47]
>
> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL - ÓRGÃOS DE CLASSE. ANUIDADES. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1717/DF. Plenário. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PcdoB; Partido dos Trabalhadores – PT; e Partido Democrático Trabalhista - PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 07 de novembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

[46] GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 20 out. 2018.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1074932/RS. Segunda Turma. Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio Grande do Sul CRF/RS. Recorrido: Minossi e Martins LTDA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 07 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=823409&num_registro=200801549693&data=20081105&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

> INTERESSE DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - ART. 535 DO CPC - NÃO VIOLAÇÃO 1. A contribuição social de interesse das categorias profissionais é de natureza tributária e como tal devem observar as limitações constitucionais ao poder de tributar. Precedentes. [...][48]

O tema da natureza das contribuições corporativas foi recentemente debatido pelo STF, que seguiu o mesmo entendimento do STJ:

> AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. Precedentes: MS 10.272, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 11.07.1963; e MS 22.643, de relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 04.12.1998.
>
> 2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. Precedente: ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003.
>
> 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie "contribuições de interesse das categorias profissionais", nos termos do art. 149

[48] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 928272/PR. Segunda Turma. Recorrente: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Paraná. Recorrido: Sindicato dos Técnicos Agrícolas de Nível Médio no Estado do Paraná – SINTEA/PR. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=893846&num_registro=200700373038&data=20091104&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

> da Constituição da República. Precedente: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001.
>
> [...]
>
> 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes.[49]

Assim, é pacífico o entendimento nas Cortes Superiores do caráter tributário das contribuições dos conselhos de fiscalização, com a exceção da OAB, que provoca uma grande discussão sobre o tema.

Apesar de o STF, no julgamento da ADI 3.026, ter fixado que a OAB é uma autarquia *sui generis*, que não pode ser comparada aos conselhos de fiscalização e que não está obrigada a promover concursos públicos, não foi debatida a questão da natureza das contribuições arrecadadas pela entidade.

O entendimento que vigora, ao menos no judiciário, possui escopo em precedentes do STJ:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO PARA COBRANÇA DAS CONTRIBUIÇÕES DA OAB. 1. A OAB é classificada como autarquia *sui generis* e, como tal, diferencia-se das demais entidades que fiscalizam as profissões. 2. A Lei 6.830/80 é o veículo de execução da dívida tributária e da não-tributária da Fazenda Pública, estando ambas atreladas às regras da Lei 4.320, de 17/3/64, que disciplina a elaboração e o controle dos orçamentos de todos entes públicos do país. 3. As contribuições cobradas pela OAB, como não têm natureza tributária, não seguem o rito estabelecido pela Lei 6.830/80. 4. Embargos de divergência providos.[50]

[49]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.697/DF. Plenário. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Interessados:Congresso Nacional; Presidente da República; e Advogado Geral da União. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de out de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>. Acesso em: 21 de out de 2018.

[50]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 463.258/SC. Primeira Seção. Embargante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina. Embargado: DeonildoGaggion. Relatora: Ministra. Eliana Calmon. Brasília, 10 de dez de 2003. Disponível em:

Em seu voto, a Ministra Relatora Eliana Calmon apenas reitera que a OAB não está sob o controle estatal quanto às suas finanças, uma vez que se trata de autarquia *sui generis*. A Ministra conclui que a OAB é uma autarquia especial, "mas as contribuições por ela cobradas não têm natureza tributária e não se destinam a compor a receita da Administração Pública, mas a receita da própria entidade".[51]

Ocorre que, como visto, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção de ato ilícito, derivada de lei (obrigação *ex lege*) e cobrada mediante atividade administrativa. Dessa definição do art. 3º do CTN, conclui-se que qualquer prestação pecuniária com tais requisitos possui caráter tributário[52]. Desse modo, deve ser observado que as contribuições arrecadadas pela OAB possuem os referidos requisitos.[53]

As contribuições pagas pelos associados são prestações pecuniárias compulsórias, uma vez que (i) aquele que deseja exercer a advocacia deve estar inscrito na OAB ("são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB [...]" - art. 4º do EOAB); e (ii) é obrigado pagar a anuidade, multas e serviços devidos à OAB, sob pena de cometer infração disciplinar (art. 34, XXIII do EAOB).[54]

Além disso, não constituem sanção de ato ilícito e possuem previsão legal, visto que, de acordo com o art. 58 do EOAB, "Compete privativamente ao Conselho

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=448343&num_registro=200300989038&data=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

[51]EREsp 463.258/SC, op. cit.

[52]GONÇALVES, op. cit.

[53] Ibidem.

[54]Ibidem.

Seccional: [...] IX – fixar, alterar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas".[55]

Ainda, as contribuições arrecadadas pela OAB são cobradas mediante atividade administrativa, pois "constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa" a crédito de contribuições, serviços e multas (Art. 46, parágrafo único, do EOAB).[56]

Mesmo assim, no julgamento do REsp 915.753/RS, o Ministro Relator Humberto Martins citou o voto proferido pelo Ministro Castro Meira no REsp 572.080/PR, para reforçar a sua posição em não entender a contribuição devida a OAB como natureza tributária:

> Cuida-se, em verdade, de contribuição de caráter associativo, que não sofre as limitações próprias das exações tributárias. O valor da contribuição não obedece a nenhuma regra de quantificação; não há alíquota, nem base de cálculo. O valor é definido pelo respectivo Conselho Seccional, na conformidade do que preceitua o art. 58, inciso IX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto), *verbis*:
>
> [...]
>
> Assim, a Lei nº 8.906/94 (Estatuto) assegura à OAB uma contribuição para o custeio de sua missão institucional. A norma sob referência apenas faculta à entidade a cobrança de contribuição de seus respectivos inscritos, sem, contudo, delinear-lhe qualquer regra relativa à sua quantificação, bem como omitindo-se quanto às questões relativas ao vencimento ou à forma de pagamento, que ficam a cargo de cada Seccional. Essa contribuição, embora autorizada por lei, não se reveste de natureza tributária, eis que não se submete às limitações impostas pelo regime jurídico-tributário, em especial, ao princípio da legalidade. A sua instituição, valoração e cobrança

[55] Ibidem.
[56] GONÇALVES, op. cit.

> é ato privativo de cada Conselho Seccional da OAB, independentemente de ato legislativo.[57]

Contudo, para Leonardo Gonçalves, não prospera a argumentação de que não há natureza tributária por "o valor da contribuição não [obedecer] a nenhuma regra de quantificação; não há alíquota, nem base de cálculo. O valor é definido pelo respectivo Conselho Seccional[...]".[58]

Tal situação descrita pelo Ministro Humberto Martins acontece com boa parte das contribuições cobradas pelos outros conselhos de profissões, como ocorreu no art. 1º da Resolução CFM nº 1.825, de 13 de setembro de 2007, editada pelo Conselho Federal de Medicina: "Art. 1º. Para o exercício de 2008, o valor da anuidade de pessoa física será de R$ 386,00 (trezentos e oitenta e seis reais), que poderá ser pago até o dia 31 de março de 2008". Ou seja, a norma editada pelo CFM não tem alíquota ou base de cálculo, mas o STJ possui entendimento pacífico sobre a sua natureza tributária.[59]

Além disso, a ausência de alíquota ou base de cálculo não significa ausência de tributo, como exposto por Luciano Amaro:

> A quantificação do tributo [...] pode ser tarefa mais ou menos complexa. Nas situações singelas, o quantum debeatur é já estabelecido pela norma legal, de modo que, ocorrido o fato descrito na lei, cabe ao sujeito passivo recolher o montante de "x", a título de tal ou qual tributo; trata-se de situação freqüente no campo das taxas de polícia. É comum, porém, que a apuração do valor do tributo se deva fazer mediante

[57]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915753/RS. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul. Recorrido: Elisabeth Serafim Rossi e Outros(s). Relator: MinistroHumberto Martins. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://a2v.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=694581&num_registro=200700049591&data=20070604&formato=PDF>. Acesso em: 22 de out de 2018.

[58]GONÇALVES, op. cit.

[59] GONÇALVES, op. cit.

> operação mais complexa, com o emprego de critérios definidos na lei.
>
> [...]
>
> A determinação do montante de certos tributos não requer, como dissemos, a definição de uma base de cálculo, pois o montante é já identificado pela lei (quando esta prevê que, realizado o fato gerador, o sujeito passivo deve pagar a quantia de "x"). Justamente por haver tributos cujo montante é identificado sem necessidade de cálculo (como ocorre freqüentemente com as taxas e com alguns impostos), Geraldo Ataliba prefere a expressão "base imponível".
>
> [...] A base de cálculo, quando exista, é a medida da grandeza do fato gerador. Quer a determinação do tributo dependa da identificação de uma base de cálculo, quer não, a incidência (ou imposição) se dá necessariamente. Objeto da imposição, portanto, não é a "base de cálculo", e sim o fato gerador.[60]

Ainda, segundo Leonardo Gonçalves, o argumento está viciado pela petição de princípio:

> Diz o Ministro Castro Meira que as anuidades da OAB não são tributo porque não se submetem ao regime jurídico-tributário (como, por exemplo, ao princípio da legalidade). Perceba-se que, ainda que a tese fosse verdadeira, a assertiva deveria estar justamente na ordem inversa (qual seja, "as contribuições não se submetem ao regime jurídico-tributário porque não são tributo") – e, antes disso, teria de demonstrar o Ministro por que as exações de que ora se cuida não possuem natureza tributária. [61]

Em 2011, a então Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.514, que limita o valor da anuidade cobrada por conselhos profissionais em R$ 500,00 (quinhentos reais). O parágrafo único do art. 3º estabelece que "aplica-se esta lei

[60] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 18-24. Apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 21 out. 2018.

[61] GONÇALVES, op. cit.

também aos conselhos profissionais quando lei específica: [...] II – não especificar valores, mas delegar a fixação para o próprio conselho". Tal determinação se adequa ao caso da OAB, já que o Estatuto da Ordem, Lei 8.906/94, delega a fixação do valor das anuidades às suas seccionais.[62]

Ocorre que, para a OAB, "a lei não se aplica às anuidades cobradas pelas secionais da entidade. Isso porque, de acordo com julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a Ordem não é considerada um simples conselho profissional"[63].

É notável que a OAB se apoia no julgamento da ADI 3.026, que discutia a necessidade ou não de a entidade promover concurso público, para se apropriar de parte da competência da União, prevista no art. 149 da Constituição Federal (instituir contribuições) sem qualquer limite e a critério de cada seccional.

Assim, a natureza de "Autarquia *Sui Generis*" serve como suporte para manter a OAB (i) imune aos tributos; (ii) com contribuições sem natureza tributária; (iii) desobrigada a contratar por concurso público; (iii) podendo contratar de forma livre, sem licitação ou qualquer modalidade; (iv) com foro federal para julgar causas que a envolva; e, como será visto, (v)não sujeita à fiscalização por parte do Tribunal de Contas, pelo menos por enquanto.

3 O DEVER (OU NÃO) DE PRESTAR CONTAS

Em 2003, por meio do Acórdão 1.765/2003-TCU-Plénário, o Tribunal de Contas da União julgou representações apresentadas pela área técnica do Tribunal e

[62]Notícia: Dilma sanciona lei que reduz valor das anuidades da OAB. Revista Consultor Jurídico. Brasília, 31 de out de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-out-31/lei-limita-500-valor-anuidade-conselhos-profissionais>. Acesso em: 22 de out de 2018.

[63] CONSULTOR JURÍDICO, op. cit.

pelo Ministério Público de Contas. Tais representações tratavam da necessidade de a OAB prestar suas contas à Corte de Contas.

À época do julgamento, cinco dos oito Ministros presentes entenderam que "o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas a este Tribunal, em respeito à coisa julgada, decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos autos do Recurso de Mandado de Segurança 797"[64].

A Ementa do referido Recurso de Mandado de Segurança nº 797, de 25.05.1951, assim constava: "A ordem dos advogados não está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União; não recebe ela tributos nem gira com dinheiros e bens públicos" [65].

Após 55 anos, como já mencionado no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.026, assim definiu a OAB:

> 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.
>
> 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.
>
> 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

[64] BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 015.720/2018. Acórdão nº 2573/2018-Plenário-TCU. Órgão/Entidade: não há. Interessados/Responsáveis: não há. Relator: Min. Bruno Dantas, 07 de novembro de 2018, paginas 19 e 20. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/11/art20181107-12.pdf>. Acesso em: 30.03.2018.

[65] Ibidem, pag. 20.

> 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.
>
> 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CB/88). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.
>
> 7. A ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.[66]

Contudo, em 2018, durante a prolação do Acórdão 1.114/2018-TCU-Plenário, o eminente Ministro-Relator Bruno Dantas aproveitou a ocasião para provocar uma reflexão sobre o fato de a OAB não estar entre as Unidades Prestadoras de Contas junto ao TCU [67].

A preocupação do Ministro se baseou na ADI nº 5.367/DF, que pode estender o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza jurídica da OAB, estabelecido na ADI n° 3.026/DF, aos demais conselhos de regulamentação profissional [68].

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.026/DF. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 08 de junho de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

[67] Acórdão nº 2573/2018. Op. cit., pag. 05.

[68] Ibidem, pag. 05.

Curiosamente, em parecer da Procuradoria-Geral da República juntado aos autos da ADI nº 5.367/DF, houve, inclusive, críticas ao tratamento jurídico dado à OAB no julgamento da ADI nº 3.026/DF:

> Na verdade, talvez esse tratamento jurídico dado a OAB é que mereça revisão de entendimento, por destoar radicalmente do regime jurídico dessas entidades, da tradição jurídico-administrativa brasileira e, talvez, com a devida vênia, do arcabouço constitucional.[69]

Por esses motivos, o Ministro Bruno Dantas propôs aos demais Ministros a reavaliação do tema tratado no Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário, ressaltando que resta consolidado na doutrina e jurisprudência a inexistência, "em aspecto técnico", de coisa julgada na esfera da Administração Pública[70].

A proposta recebeu apoio dos demais Ministros, determinando-se à Segecex, unidade técnica da Corte, que realizasse estudo técnico sobre o assunto[71].

3.1. O parecer da área técnica do TCU

Inicialmente, a Unidade técnica da Corte de Contas recupera o voto proferido pelo Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti, à época do Acórdão 1.114/2013-TCU-Plenário, no qual afirmava que a prestação de contas por parte da OAB não afetaria a sua autonomia no exercício de suas importantes funções institucionais. Isso porque diversos outros órgãos de grande importância prestam contas ao TCU, sem que isso influencie na autonomia e liberdade, como, por exemplo, o próprio

[69]Parecer da PGR (ADI nº 3.026/DF, fls. 17, apud Acórdão nº 2573/2018), Op. cit., pag. 06.
[70]Acórdão nº 2573/2018. Op. cit., pag. 06.
[71]Ibidem, pag. 06.

STF, as Casas do Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Ministério Público da União. [72]

Em seguida, relembra que as atividades desenvolvidas pela OAB e demais conselhos de fiscalização profissional, são de competência originária da União Federal, conforme art. 21 da Constituição Federal de 1988[73]:

> Art. 21. Compete à União:
>
> [...]
>
> XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

Ressalta, ainda, a competência privativa da União para legislar sobre as condições para o exercício de profissões[74]:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> [...]
>
> XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

A União, portanto, responsável por inspecionar o exercício de profissões e legislar as condições para tal exercício, criou, por meio de leis, os conselhos de fiscalização profissional: "pessoas jurídicas de direito público, detentoras de autonomia administrativa e financeira e sujeitas ao controle do Estado para exercer a fiscalização do exercício profissional"[75].

Nesse sentido, o art. 44 da Lei 8.906/1994 (estatuto da OAB) define a entidade como "serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa [...]".

[72] Ibidem, pag. 07.
[73] Ibidem, pag. 09.
[74] Ibidem, pag. 09.
[75] Acórdão nº 2573/2018. Op. cit., pag. 09.

Assim, para a unidade técnica, a OAB é serviço público. Ao ser definida dessa forma, deve ser classificada como autarquia, tendo em vista que, assim como os demais conselhos de classe, obedecendo ao comando do art. 37, XIX da CF/88, foi criada por lei, ostentando tal condição[76].

Contudo, o estudo ressalta que, apesar de não haver dúvidas de que a OAB é entidade pública que arrecada e gere recursos públicos, não houve manifestação definitiva do STF a respeito da natureza jurídica da OAB no julgamento da ADI nº 3.026/DF, mencionando, para tanto, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> Preliminarmente, gostaria de enfatizar que, a rigor, pode-se dizer que não há pronunciamento definitivo do Plenário acerca da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, mas tão somente pronunciamento em sede liminar, ocorrido a ADI 1.707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel Moreira Alves, DJ de 16.10.1998[77].

Por outro lado, o art. 44, §1º, da Lei 8.906/1994, estabelece que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico" [78].

Para a Secex, no entanto, "a ausência de vinculação funcional ou hierárquica se limita ao exercício da sua atividade finalística, sendo viável a supervisão da sua gestão pelo poder público, especialmente porque executa uma atividade delegada"[79].

Em relação aos recursos arrecadados e administrados pela OAB, tanto as anuidades pagas pelos advogados e estagiários inscritos, como demais taxas e

[76]Ibidem, pag. 11
[77]Ibidem, pag.08.
[78]BRASIL. Lei 8.906/1994, de 4 de julho de 1994.Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 5 jul. 1994.
[79]Acórdão nº 2573/2018. Op. cit., pag. 11.

emolumentos, a unidade técnica do TCU acredita que não há dúvidas quanto à natureza pública e a caracterização como tributo.

O raciocínio tem por base que os recursos arrecadados pela ordem são originários do art. 149 da CF/88, que assim dispõe:

> Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo[80].

Dessa forma, as contribuições de interesse dos profissionais inscritos na OAB são enquadradas como contribuições parafiscais ou corporativas, que estão sujeitas ao controle externo, conforme definido na Decisão 701/1998 – Plenário[81].

Tal decisão chegou a ser objeto de discussão no STF, como mencionado pela Secex:

> A posição do TCU chegou a ser questionada, exigindo a manifestação do STF, que em 9/3/2000 julgou o mérito do Mandado de Segurança MS 21.797-9 impetrado pelo Conselho Federal de Odontologia no qual se questionava a competência do TCU para fiscalizar o conselho, firmando o entendimento quanto à natureza autárquica dos Conselhos responsáveis pela fiscalização do exercício profissional e que as contribuições por eles cobradas são contribuições ditas parafiscais ou contribuições corporativas, ou seja, possuem um caráter tributário e, dessa forma, haverá a obrigatoriedade de apresentação da respectiva prestação de contas ao TCU[82].

[80]BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.
[81]Decisão 701/1998-Plenário-TCU apud Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 11.
[82]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 12.

Ou seja, se tratando de recursos públicos, há competência constitucional do TCU para fiscalizar a arrecadação, administração e aplicação, conforme disposto no parágrafo único do art. 70 da CF/88:

> Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária[83].

Tal disposição se repete, em diferentes termos, na Lei 8.443/1992[84], que estabelece a jurisdição do TCU, bem como no Decreto-Lei 200/1967[85], que dispõe sobre a organização da Administração Federal.

Assim, a área técnica conclui que a OAB está obrigada a prestar contas dos recursos arrecadados, tendo em vista que não há discussões acerca da natureza pública de tais recursos, que são arrecadados como contribuição compulsória dos advogados e estagiários inscritos, o que viabiliza o exercício das atividades finalísticas da ordem[86].

O que também preocupa a unidade técnica do TCU, responsável pelo estudo requerido pelo Plenário do TCU no Acórdão 1.114/2018, é o baixo nível de transparência da Ordem dos Advogados do Brasil[87].

---

[83]Constituição Federal, Op. cit.

[84]"Art. 5° A jurisdição do Tribunal abrange: I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1° desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."

[85]"Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes."

[86]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 12.

[87]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pags. 12 e 13.

A Unidade teve como base um levantamento junto ao sítio eletrônico da OAB Federal, realizada pela assessoria da Secex, que, ao verificar o cumprimento da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), concluiu que: (i) no site consta uma aba de "serviços", mas não há menção sobre requisitos, etapas e prazos para prestação dos serviços; (ii) não há relatos de auditoria interna ou externa (há certificado de auditoria de 2012 apenas); (iii) não há relatório anual de atividades de auditoria interna (RAINT)[88].

No sítio também (iv) não há informações publicadas no site de transferências de valores para ou das seccionais; (v) as informações sobre despesas são insuficientes; (vi) o último demonstrativo contábil é de 2014; (vi) não há informações sobre os contratos firmados pela OAB, não sendo possível saber quem são os beneficiados por pagamentos efetuados pela entidade; (vii) as remunerações não são apresentadas de forma direta e outras vantagens pecuniárias, como ajuda de custo, não publicadas no sítio[89];

E, ainda, (viii) o sítio não possui relação completa de empregados terceirizados; (ix) não há informações classificadas ou desclassificadas; (x) não há serviço de informação ao cidadão, apenas ouvidoria com telefone e endereço, sem horário de funcionamento; e (xi) não há dados abertos no sítio do Conselho Federal[90].

Por fim, ao concluir o estudo técnico, a Secex afirmou o seguinte:

> [...] Restou evidenciado que é inexigível da OAB a apresentação de prestação de contas perante esta Corte, tanto se considerada a natureza pública da instituição como a

[88] Ibidem, pag. 15.
[89] Ibidem, pag.15 e 16.
[90] Ibidem, pag.16 e 17.

> natureza pública dos recursos financeiros arrecadados e geridos.

O estudo técnico da Secex foi submetido ao contraditório do Conselho Federal da OAB.

Contudo, considerando que, após a prolação do Acórdão nº 2573/2018, a Ordem apresentou uma Reclamação e impetrou um Mandado de Segurança perante o STF contra o *decisum* do TCU, reforçando a argumentação apresentada à Corte de Contas, este trabalho deixará para analisar seus fundamentos mais a frente, ainda mais considerando que as peças juntadas ao TC 015.720/2018-7 ainda não são públicas (exceto o que for disponibilizado pelo próprio Tribunal).

3.2 O parecer do MPTCU

Após análise por parte da Secex da defesa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, oportunidade em que a unidade refutou os argumentos da entidade reforçando os argumentos do estudo prévio, os autos foram remetidos ao Ministério Público Junto ao TCU para parecer.

O então Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado manifestou-se no sentido de que não caberia a inclusão da OAB nos registros do TCU, como unidade prestadora de contas, uma vez que a Corte de Contas estaria alterando e afrontando, por iniciativa própria, o posicionamento do STF acerca da matéria.

Contudo, o Excelentíssimo Subprocurador-Geral não se furtou de opinar e de se aprofundar sobre o mérito do caso.

Assim, diante da robustez do parecer ministerial, cabe ao presente trabalho expor brevemente a manifestação do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas (MPTCU).

O Decreto-lei 200/1967, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, assim dispõe:

> Art. 4° A Administração Federal compreende:
>
> [...]
>
> II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:
>
> Autarquias;
>
> [...]
>
> Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:
>
> I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.[91]

Ao observar o disposto no Decreto-lei 200/1967 e considerar as características da OAB, o então Subprocurador-Geral assim entendeu:

> [...] entendo que a OAB integra a Administração Pública Federal Indireta e se conforma à espécie autárquica, uma vez que aquela entidade constitui, nos termos do referido decreto-lei, '[1º] serviço autônomo, [2º] criado por lei, [3º] com personalidade jurídica, [4º] patrimônio e receita próprios, [5º] para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (grifo no original). [92]

Apesar de a Constituição, mesmo referindo-se à OAB em diversos momentos, não dispor sobre a natureza jurídica da Ordem, tampouco sobre a sua posição frente à Administração Pública, o Estatuto da OAB enquadra a entidade, expressa ou

[91]BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 27 fev. 1967.

[92]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 38.

tacitamente, como autarquia integrante da Administração Pública Federal Indireta[93].

Isso porque, em conformidade com o art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1067, foi criado por lei, incialmente, após muitos decretos, pela Lei 4.215/1963, sucedida pela atualmente vigente Lei 8.906/1994[94].

Além disso, ao verificar o *caput* e o §1º do art. 44 da Lei 8.906/1994, o Subprocurador-Geral faz considerações no sentido de que a OAB é realmente um serviço público, com personalidade jurídica e que adota forma federativa, bem como se ocupa de serviço público autônomo, características de uma autarquia[95].

No tocante ao inciso II do referido artigo, observa-se que a entidade executa, de forma descentralizada, atividades típicas da Administração Pública, o que corresponde a mais uma das características indicadas no art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967[96].

A OAB também cobra, de seus inscritos, contribuições, valores por serviços, bem como multas. Veja-se:

> Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas[97].

Assim, a OAB conta com receitas e patrimônios próprios, mais uma das características de autarquias fixadas pelo Decreto-lei 200/1967[98].

[93]Ibidem, pag. 38.
[94]Ibidem, pags. 38 e 39.
[95]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 39.
[96]Ibidem, pag. 39.
[97]Lei 8.906/1994, Op. cit.
[98]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 41.

Então, para o Subprocurador-Geral, é possível definir a Ordem dos Advogados do Brasil da seguinte maneira:

> A OAB é serviço autônomo, foi criado por lei, tem personalidade jurídica, tem patrimônio e receita próprios e tem por fim executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Acerca da natureza dos recursos arrecadados e geridos pela OAB, ressalta-se, como já mencionado pelo Subprocurador-Geral, que o Estatuto da Ordem (Lei 8.906/1994) estabelece a competência da Entidade para fixar e cobrar contribuições, preços e multas de seus inscritos.

Tais contribuições possuem, então, natureza tributária e, consequentemente, pública, com previsão constitucional:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Nesse sentido, as contribuições arrecadadas pela OAB e demais conselhos de categorias profissionais, ao serem instituídas pela União, obviamente por lei, são chamadas de contribuições parafiscais[99].

Para explicar sobre o tema, o Subprocurador-Geral menciona as palavras de Roque Antonio Carrazza:

> Também as 'contribuições parafiscais' não se constituem numa nova modalidade de tributos. São, simplesmente, tributos.

[99] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 42.

> Conforme já afirmamos, os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa que os institui. Como, porém, a capacidade tributária é delegável por lei, nada obsta que a uma pessoa, diversa daquela que criou a exação, venha, afinal, a arrecadá-la. Para tanto, basta, fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por exigência do princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação.
>
> Oram bem, quando uma pessoa, que não aquela que criou o tributo, vem a arrecadá-lo, para si própria, dizemos que está presente o fenômeno da parafiscalidade. E, de modo mais ou menos invariável, o tributo assim cobrado ganha o nome de 'contribuição parafiscal'.100

O Subprocurador-Geral também chama a atenção para a questão da imunidade tributária de que goza a OAB.

O art. 45, §5º, da Lei 8.906, dispõe que "a OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços".

Nesse sentido, considerando que é de conhecimento público que a imunidade tributária apenas pode ser instituída mediante norma constitucional, só há duas formas de interpretar o art. 45, §5º: (i) o dispositivo é inconstitucional, invalidando a mencionada imunidade tributária da OAB, ou (ii) tal artigo simplesmente reproduz uma norma constitucional que estabelece a imunidade[101].

Como a OAB possui todas as características de autarquia previstas no art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, bem como nunca foi questionada pelo fisco sobre sua prerrogativa, cabe apenas a ocorrência da segunda opção acima mencionada. Assim,

[100]CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Constitucional Tributário. 6ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1994. Pag.309.
[101]Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 42.

sendo entidade autárquica, a imunidade tributária da OAB possui previsão constitucional da seguinte forma[102]:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]
>
> VI - instituir impostos sobre:
>
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
>
> [...]
>
> § 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes[103].

Assim, acerca da imunidade tributária, o Subprocurador-Geral conclui que, diante da caracterização da OAB como entidade autárquica, reconhecida pelo STF e, considerando que o art. 45,§5º, da Lei 8.906/1994, apenas reproduz o art. 150, VI, alínea 'a', e §2º, que realmente institui a imunidade tributária às autarquias, é de se deduzir que as contribuições, os preços de serviços e multas cobradas pela OAB, são recursos de natureza pública[104].

Sobre o dever constitucional da OAB de apresentar contas ao TCU, o parecer destaca a competência do TCU, prevista no art. 71, inciso II, da CF/88[105], ao

[102] Ibidem, pag. 43

[103] Constituição Federal, Op. cit.

[104] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 43.

[105] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

concluir que "a OAB está, por imposição constitucional, submetida à jurisdição de contas do TCU, devendo, pois, apresentar ao Tribunal para julgamento"[106]:

> 1º) de forma ordinária, periódica e incondicionada, ou, ainda, de forma extraordinária e condicionada à ocorrência de certos eventos previstos em norma infraconstitucional, as contas prestadas por seus administradores ou responsáveis por dinheiros, bens e valores (artigo 71, inciso II, parte final, da CF); e
>
> 2º) de forma especial, as contas tomadas de todos aqueles, administradores ou não, que, incumbidos da gestão de recursos da entidade, ainda que ocasionalmente, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo aos seus cofres (artigo 71, inciso II, parte final, em combinação com o disposto no artigo 70, parágrafo único, da CF)[107].

O parecer também refuta a ideia de que o §1º do art. 44, da Lei 8.906/1994[108], serve para desincumbir da OAB de prestar contas ao TCU.

Afirma que o dever da Entidade autárquica de prestar contas está previsto na Constituição Federal, o que não pode ser afastado por lei ordinária. E, ainda, "a submissão da OAB à jurisdição de contas do TCU não vincula aquela entidade funcional ou hierarquicamente ao Tribunal de Contas da União", uma vez que o referido artigo enfatiza o caráter autônomo do serviço público, sem vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública.

Para explicar que o TCU não exerce o poder hierárquico sobre seus jurisdicionados, o Subprocurador-Geral menciona o ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre o poder hierárquico:

---

[106] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 43.

[107] Ibidem, pag. 43.

[108] "Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico."

> O poder hierárquico tem por objetivo ordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. Ordena as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do Poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente seu encargo; coordena, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; controla, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; corrige os erros administrativos, pela ação dos superiores sobre os atos dos inferiores[109].

Por fim, apesar de concluir, por força do entendimento do STF no julgamento da ADI 3.026, que a OAB não está incluída como unidade prestadora de contas nos registros do TCU, o parecer, no mérito da causa, entende que a Ordem tem atuado com dualidade:

> Veja-se, senão, que, frente a obrigações de natureza tipicamente pública, como as de realizar licitações e concursos, bem como a de se submeter ao controle externo, a OAB se apresenta com uma faceta que nega a sua natureza pública e autárquica e, dessa forma, atua com grande liberdade, como se de natureza privada fosse. Por outro lado, ante prerrogativas de natureza pública, como o exercício do poder de polícia sobre particulares, a faculdade de auferir receitas com base em imposição legal e o gozo da imunidade tributária recíproca, a OAB se apresenta e atua com uma faceta que a afirma sua natureza pública e autárquica. Dessa forma, a OAB é uma entidade que parece estar fora do direito pátrio. Ou, como reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal, em ementa do julgamento havido mencionada ADI 3.026/DF, a OAB é de uma 'categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro'[110].

3.3 A decisão da Corte de Contas – Acórdão nº 2573/2018

[109] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1993. Pag.105.

[110] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 45.

Após todo o trâmite legal, a TC 015.720/2018-7 deu origem ao Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário, que será apresentado a seguir.

O processo foi julgado na sessão ordinária do plenário de 07.11.2018, com a presenta dos Ministros Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator), Vital do Rego, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

O Ministro-Relator Bruno Dantas iniciou seu voto relatando brevemente o histórico do processo, definindo que a controvérsia tinha como base três questões: "10.1. se há coisa julgada sobre a matéria; 10.2. se a OAB faz parte Administração Pública Indireta; 10.3. se a OAB gerencia recursos públicos"[111].

3.3.1 A inocorrência de coisa julgada

Acerca da coisa julgada, o Ministro-Relator inicialmente destaca que a coisa julgada é atributo das decisões judiciais, não havendo, em sentido técnico-jurídico da palavra, coisa julgada das decisões administrativas, tendo como fundamento que a "função jurisdicional do Estado não se confunde com a função administrativa"[112].

Na primeira, há uma relação tríplice entre autor, réu e Estado-juiz, com o objetivo de resolver o conflito entre as partes. Na segunda, há uma relação bilateral, na qual o Estado se qualifica como parte que pretende alcançar o bem comum, podendo anular ou revogar seus próprios atos, exercitando o poder-dever de autotutela[113].

[111] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 47.
[112] Ibidem, pag. 48.
[113] Ibidem.

Nesse ponto, o TCU possui natureza híbrida, exercendo a função administrativa, como, por exemplo, ao realizar fiscalizações, bem como exerce a função jurisdicional, quando julga contas anuais[114].

Contudo, para o d. Relator, "o ato de decidir quem deve prestar contas é tipicamente administrativo. É ato pelo qual o TCU estabelece como deve exercer a competência que lhe é imposta pelos arts. 70 e 71 da Constituição Federal"[115].

O voto também recorda, como exposto pelo estudo técnico, que "o dever de prestar contas de um jurisdicionado ao TCU equivale a uma relação jurídica de trato continuado, ou seja, que se renova periodicamente". Para tanto, o d. Relator menciona o art. 505, I, do CPC, afirmando que é natural a revisão do Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário, uma vez que sobrevieram mudanças de entendimento em diversas decisões do STF e outros tribunais[116].

Ao comentar sobre o Recurso em Mandado de Segurança 797 de 1951, o voto transcreve alguns trechos, dentre os quais destaca:

> Mesmo que se queira ampliar o conceito da expressão 'dinheiros públicos' até chegar ao 'tributo', mesmo aí, não se poderá enquadrar a Ordem, pois ela não recebe tributo algum proveniente do Orçamento da União, característica prevista no art. 101, §34 da Constituição Federal.
>
> [...]
>
> E não há de ser somente por poder aplicar penas aos advogados faltosos, pelo seu tribunal de Ética, cujas funções não são remuneradas, que a Ordem adquire, através de seus Conselheiros, as características de um serviço público, capaz de por si só conceituá-la como autarquia.

[114] Ibidem, pag. 49.
[115] Ibidem.
[116] Ibidem.

> [...]
>
> Ora, Sr. Presidente, qual o tributo arrecadado pela Ordem? Nenhum, oriundo do Tesouro. É absolutamente impossível, **por maior extensão que se queira dar à expressão 'tributo',** querer atribuir-**lhe o caráter de 'contribuição', isto é,** afirmar que essa contribuição anual estabelecida para os advogados inscritos, na forma do art. 94 do Regulamento da Ordem, equivale, pode ser equiparado a um tributo.
>
> [...]
>
> Excluído esse dispositivo para enquadrar a Ordem, vejamos o outro, aquele que determina autarquia como sendo um serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral. Não tenho dúvida de dizer que, nesse dispositivo, o legislador visou às autarquias que se constituíram mediante valores destacados do orçamento geral da União e, constituindo a seguir, um orçamento independente (grifo no original)[117].

Apesar do disposto no Mandado de Segurança 797, o Ministro-Relator entendeu que, ao longo de todos esses anos, "houve profunda mudança no arcabouço jurídico que fundamentou citada deliberação, sobretudo com a promulgação da Constituição de 1988" [118].

Essas mudanças incluem a natureza de tributo das contribuições compulsórias cobradas pelos conselhos profissionais (art. 149 da CF/88), além de normas infraconstitucionais, como o Decreto-lei 200/1967, que trata das autarquias e que foi recepcionado pela Constituição de 1988[119].

O voto do Ministro-Relator também afirma que não houve posicionamento do STF acerca do dever de prestar contas ou não da OAB ao TCU, visto que, apesar

[117] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pags. 50 e 51.
[118] Ibidem, pag. 51
[119] Ibidem.

de as ações diretas de inconstitucionalidade possuírem causas de pedir abertas, não se pode falar em "coisa julgada material", mas apenas em "coisa julgada formal", que é de eficácia preclusiva e efeito vinculante, limitando-se ao pedido na inicial e discutido no julgamento[120].

Para o Ministro, o pedido da ADI 3.026/DF se limitou "a declarar ou não a inconstitucionalidade do art. 79, §1º, da Lei 8.906/1994, ou interpretar ou não o *caput* deste artigo no sentido de exigir o concurso público para ingresso nos quadros da OAB" [121].

3.3.2 A inserção da OAB como entidade da Administração Pública Indireta

Essa parte do voto se inicia ressaltando que a competência do TCU para fiscalizar a OAB depende de seu enquadramento como gestora de recursos públicos federais ou entidade pertencente à Administração Pública Federal, como estabelecem os arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
>
> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma

[120] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 52.
[121] Ibidem.

> obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
>
> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> [...]
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público122.

Em seguida, o voto do Ministro-Relator relembra trecho do parecer do MPTCU, que afirmou que a OAB preenche os requisitos descritos no Decreto-lei 200/1967, para se enquadrar como autarquia: "[1º] serviço autônomo, [2º] criado por lei, [3º] com personalidade jurídica, [4º] patrimônio e receita próprios, [5º] para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada" (grifo no original)123.

Assim, a OAB não apenas se enquadra como autarquia, como também possui patrimônio e receitas próprios, como previsto nos arts. 46, caput, 54, XVI, e 55, §1º, do Estatuto da Ordem124.

Um dos argumentos que o voto utiliza para reforçar a caracterização da OAB como autarquia é a decisão do STF, no Recurso Extraordinário 595.332/PR, com repercussão geral, firmando entendimento no sentido de que "Compete à Justiça

[122] Constituição Federal, Op. cit.
[123] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 55.
[124] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 55.

Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual" 125.

Isso porque o art. 109 da CF/88 assim dispõe:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Além disso, o Ministro-Relator destaca, assim como o Subprocurador-Geral em seu parecer, que a imunidade tributária da OAB, prevista no art. 45, §5º da Lei 8.906/1994, só pode ser considerada válida se a Entidade for enquadrada como uma autarquia, visto que o instituto da imunidade não pode ser estabelecido por normais infraconstitucionais, mas apenas pela Constituição, como nos casos previstos no art. 10, VI, "a" e §2º, da CF/88126.

Ademais, o voto do Relator afirma que a ausência de subordinação ou vínculo com a Administração, previsto no art. 44, §1º do Estatuto da OAB, não se confunde com a fiscalização do TCU, que não possui qualquer poder hierárquico sobre seus jurisdicionados127.

Em uma de suas conclusões sobre o tema, o Ministro-Relator assim estabelece:

> [...] não há como se afastar a assertiva de que a OAB desempenha atividade típica da Administração Pública. A atividade de fiscalização é, por essência, uma atividade de Estado, pois interfere diretamente na liberdade individual. É

[125] Ibidem, pag. 57.
[126] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 57.
[127] Ibidem, pag. 58.

> reflexo do poder soberano da sociedade em relação ao indivíduo que, por esse motivo, só pode ser exercido pelo Estado, de forma direta (Administração Pública Direta) ou indireta (Administração Pública Indireta).

3.3.3. A natureza pública dos recursos geridos pela OAB

Acerca da natureza dos recursos arrecadados e geridos pela OAB, o voto do eminente Relator reforma os argumentos apresentados pela unidade técnica e pelo MPTCU, relembrando que compete exclusivamente à União instituir contribuições de interesse de categorias profissionais, conforme art. 149 da CF/88[128].

O voto também destaca que o referido artigo se encontra no Título VI da Constituição Federal, que trata da "Tributação e do Orçamento", e sob o Capítulo I, que fixa as normas do "Sistema Tributário Nacional", o que confirmaria que as contribuições de interesse das categoriais profissionais constituem tributo[129].

Assim, para o Ministro Relator do TC 015.720/2018-7, é indiscutível a natureza pública dos recursos arrecadados e geridos pela OAB, reforçando que:

> A compulsoriedade das contribuições dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil só reforça a natureza tributária dos recursos por ela geridos. Nesse aspecto, reside a principal diferença entre a OAB e outras associações como a AMB (Associação dos magistrados Brasileiros), a ANAMATRA (Associação Nacional dos magistrados da Justiça do Trabalho), a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), entre outras. Em todas essas podem os seus membros voluntariamente se desfiliar da entidade à qual aderem sem maiores prejuízos. No entanto, no caso da OAB, se o advogado desfiliar-se, não pode exercer a profissão[130].

[128] Ibidem.
[129] Ibidem.
[130] Acórdão nº 2573/2018, Op. cit., pag. 59.

3.3.4. Considerações finais do Relator e a decisão do Plenário

Por fim, o Ministro-Relator Bruno Dantas concluiu que a OAB deve se submeter à Jurisdição do TCU e, consequentemente, deve ser registrada como UnidadePrestadora de Contas junto à Corte de Contas [131].

Para ele, não apenas pelos fundamentos expostos no estudo prévio, no parecer do MPTCU e no voto, mas também pelo momento que o Estado está passando, o qual vem "reforçando e exigindo transparência e regras de *compliance* até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam", não sendo aceitável que "a OAB possa ser a única instituição infensa a controle" [132].

Diante do voto no Ministro-Relator, em sessão do plenário de 07.11.2018, os Ministros do Tribunal de Contas da União acordaram que, por força do art. 71, II, da Constituição Federal, a OAB passará a se submeter à jurisdição da Corte de Contas a partir do ano de 2020[133].

3.4. As medidas tomadas pela OAB no STF

Irresignada com o Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário, a OAB prontamente acionou o Supremo Tribunal Federal.

Em 26.12.2018, propôs Reclamação, autuada sob o nº 32.924/DF e distribuída à Ministra Rosa Weber.

Em 26.03.2019, impetrou Mandado de Segurança, autuado sob o nº 36.376/DF e distribuído, por prevenção, também à Ministra Rosa Weber.

[131] Ibidem, pag. 60.
[132] Ibidem.
[133] Ibidem, pag. 64.

A seguir, o presente trabalho apresenta as razões e fundamentos que a Ordem dos Advogados do Brasil sustenta para afastar a fiscalização do Tribunal de Contas da União às suas contas.

3.4.1. A Reclamação Constitucional 32.924/DF

Inicialmente, a OAB fundamenta o cabimento da proposição da Reclamação Constitucional nos art. 102, I, l, da Constituição Federal, e no art. 988, II, do Código de Processo Civil:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.
>
> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> [...]
>
> III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Para a Ordem, a Reclamação é admissível em virtude de decisão com efeito vinculante proferida pelo E. STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF[134].

[134] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 32.924/DF. Reclamante: Conselho Federal da OAB. Reclamado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5614909>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

Seu primeiro argumento é que o Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário ignora a coisa julgada e enquadra a entidade como integrante da Administração Pública Federal Interna, bem como desconsidera o *decisum* da ADI nº 3.026/DF[135].

Isso porque o STF, na referida decisão, em razão da autonomia e finalidade institucional da Ordem, estabeleceu que a Entidade possui natureza jurídica denominada *sui generis*, enquadrando-a no regime público, por conta de seu poder de polícia como órgão fiscalizador de atividade profissional, e no regime privado, diante de sua independência institucional. Para confirmar seu argumento, a Entidade destacou pontos da ementa do acórdão da ADI[136]:

> [...] 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.
>
> [...] a OAB não está sujeita a controle da Administração.
>
> [...] Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.
>
> 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional.[137]

A Ordem sustenta que o referido *decisum* é imutável e indiscutível, visto que o art. 102 da CF/88 dispõe que "as decisões definitivas de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário federais ou estaduais"[138].

[135]Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 04.
[136]Ibidem.
[137]Ibidem, pag. 05.
[138]Ibidem, pag. 06.

Por isso, acredita que a decisão do TCU fere a imutabilidade do entendimento do STF, sendo cabível, portanto, a Reclamação Constitucional com o objetivo de preservar a autoridade da decisão do STF[139].

A Entidade também lembra que o Tribunal Federal de Recursos, no MS 797, definiu que a OAB não estaria obrigada a prestar contas ao TCU, por ser apenas uma corporação de advogados, não uma autarquia que faz parte da Administração Pública Indireta[140].

Destaca também a decisão do próprio TCU, que em 2003 entendeu que a OAB não deveria ser incluída nos registros da Corte como Unidade Prestadora de Contas[141].

E essas decisões, que foram proferidas antes e depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, estariam cobertas pela imutabilidade e pela coisa julgada, prevista no art. 502 do CPC/2015[142].

Além disso, ao contrário do que afirmado pelo TCU, como já apresentado neste trabalho, a OAB afirma que não houve mudança no contexto fático-jurídico-normativo, tampouco existe relação jurídica continuada, para afastar a coisa julgada. Isso porque as teses discutidas no MS 797, na ADI 3.026 e na Decisão de 2003 do TCU caminham para o mesmo sentido, o da independência da Ordem em relação à Administração Pública e da não submissão a controles administrativos de outros órgãos[143].

[139]Ibidem, pag. 07.
[140]Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 07.
[141]Ibidem, pag. 08.
[142]Ibidem, pags. 07 e 08.
[143]Ibidem, pags. 08 a 10.

Além disso, a Ordem afirma que possui características peculiares que a diferenciam em muito dos demais conselhos de fiscalização profissional:

> [...] a começar do fato de que estas são apenas e tão só entidades de fiscalização das respectivas profissões, enquanto a OAB, como visto, tem funções institucionais relevantes de modo a situá-la como Instituição *ímpar* no ordenamento jurídico nacional.
>
> Tanto que os demais conselhos profissionais são definidos, nos respectivos estatutos legais, como autarquias, enquanto o Estatuto da Advocacia não qualifica a OAB como tal, diz que ela é "*serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa*", apenas[144].

Em relação a decisão proferida no RE 595.332, mencionado pelo acórdão do TCU para reforçar uma possível natureza autárquica, a Entidade afirma que o julgamento apenas concluiu que, quando a OAB figurar como parte, a competência para processar e julgar deve ser da justiça federal, não havendo qualquer discussão aprofundada ou rediscutida acerca de sua natureza jurídica, mesmo que no acórdão conste a expressão "autarquia corporativa", pois tampouco a definiu como órgão integrante da Administração Pública[145].

Seguidamente, a respeito da imunidade tributária, a Ordem apenas menciona que tecnicamente se trata de uma isenção fiscal, visto que o STF reafirmou a posição institucional *ímpar* da OAB dentre as personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro, como exposto no acórdão do RE 405.267[146]:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA AFETADA PARA JULGAMENTO NO TRIBUNAL PLENO PELA

[144] Ibidem, pag. 11.
[145] Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 12 e 13.
[146] Ibidem, pag. 15.

SEGUNDA TURMA. ARTIGOS 11, I, PARÁGRAFO ÚNICO C/C 22, PARÁGRAFO ÚNICO, "B", AMBOS DO RISTF. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS. 1. A questão referente à imunidade aplicável às entidades assistenciais (CF, 150, VI, "c") é impassível de cognição na via do recurso extraordinário, quando não há apreciação pelas instâncias ordinárias, nem foram interpostos embargos declaratórios para fins de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. 2. É pacífico o entendimento de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (CF, 150, VI, "a"), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. 4. Na esteira da jurisprudência do STF, considera-se que a Ordem dos Advogados possui finalidades institucionais e corporativas, além disso ambas devem receber o mesmo tratamento de direito público. 5. As Caixas de Assistências dos Advogados prestam serviço público delegado, possuem status jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo. 6. A Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais encontra-se tutelada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a", do Texto Constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se conceder tratamento tributário diferenciado a órgãos da OAB, de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei. 7. Recurso extraordinário parcialmente conhecido a que se nega provimento.[147]

[147] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405267. Plenário. Recorrente: Município de belo Horizonte. Recorrido: Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748459645>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

Por isso, segundo a OAB, o *decisum* da ADI 3.026 não foi alterado pelos precedentes posteriores, visto que as premissas não mudaram[148].

Em tópico distinto na Reclamação Constitucional, a Entidade discorre sobre a "usurpação da competência do STF" [149].

Inicia o tema afirmando que a OAB não é uma autarquia, pois não mantém vínculo algum com a Administração Pública, seja funcional ou hierárquico, conforme o art. 44 do Estatuto da OAB[150].

Para a entidade, "sua posição jurídica é tão especial que não se enquadra nesses conceitos tradicionais de pessoas jurídicas de direito público ou privado, por isso a categorização de Entidade *ímpar* fixada na ADI nº 3.026" [151].

Isso porque, ao contrário das Autarquias, a Entidade: (i) não está sujeita à tutela administrativa da Administração; (ii) seus servidores são submetidos ao regime da CLT; (iii) seu serviço de fiscalização dos profissionais regulamentados possui caráter privado; e (iv) suas contribuições são instituídas pelo Conselho Seccional da OAB em cada Estado e não pela União [152].

As tais contribuições de categorias de categorias profissionais previstas no art. 149 da CF/88 dizem respeito, para a OAB, aos trabalhadores numa relação de emprego ou profissionais autônomos, todos eles representados por um sindicato da categoria. Ademais, como profissionais liberais, advogados podem criar sindicatos,

[148]Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 16.
[149] Ibidem.
[150] Ibidem, pag. 17.
[151] Ibidem, pag. 18.
[152] Ibidem, pags. 17, 18 e 19.

mas as inscrições na OAB não estabelecem uma categoria profissional dependente de contribuição criada pela União[153].

Assim, a Ordem entende que o TCU não pode exercer fiscalização sobre ela, visto que a obrigação de prestar contas advém da utilização, arrecadação, da guarda, do gerenciamento ou da administração de dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda ou que assuma obrigação de natureza pecuniária em nome dela, conforme dispõe o art. 70 da CF/88[154].

Logo, a OAB não se enquadraria nos limites da competência do TCU, estabelecidos pelos arts. 70 e 71 da CF/88, para fiscalizar e julgar as contas de pessoas jurídicas e seus administradores[155].

Nesse sentido, a Entidade não poderia ser enquadrada como autarquia típica, pois "não integra a Administração Pública Direta e Indireta, tampouco recebe ou administra verbas do Tesouro"[156].

De outro modo, sobre a natureza dos recursos regidos pela Ordem, a Entidade argumenta que não há natureza tributária, em acordo com a jurisprudência do E. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL - OAB - ANUIDADES - NATUREZA JURÍDICA - COBRANÇA - RITO DISCIPLINADO PELO CPC - LEI 6.830/80 - INAPLICABILIDADE - PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.
>
> - Consoante entendimento firmado pela eg. 1ª Seção, as contribuições pagas à OAB não tem natureza tributária,

[153]Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 19.
[154]Ibidem, pag. 20.
[155]Ibidem, pags. 20 e 21.
[156]Ibidem, pag. 23.

> devendo ser exigidas em execuções disciplinadas pelo CPC, e não pelo rito estabelecido pela Lei 6.830/80.
>
> - Embargos de divergência conhecidos e providos [157].

O art. 3º do Código de Tributário Nacional estabelece que o tributo deve ser instituído por lei. E, para a OAB, as anuidades cobradas dos profissionais inscritos na Entidade são instituídas por Resoluções dos Conselhos Seccionais, como expõe o art. 58 do Estatuto do Advogado[158]:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.
>
> Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:
>
> [...]
>
> IX - fixar, alterar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas;

Dessa forma, as anuidades seriam "ônus de quem deseja advogar", como opinou o Professor Eros Grau em parecer juntado pela OAB no processo do TCU e mencionado na Reclamação Constitucional perante o STF[159]:

> Ponderadas todas as verificações anteriormente alinhadas, necessária é a conclusão de não configurarem, as contribuições criadas pela OAB, um tributo, sob a modalidade de contribuição, mas, sim, um ônus.
>
> Consubstanciam se, tais contribuições anuais, vínculos que a lei impõe à vontade dos advogados como condição à obtenção ou conservação, por eles próprios, de interesses seus: o direito

[157] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 527.077/SC. Primeira Seção. Embargante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina. Embargado: Francisco Mendes de Melo. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 11 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=547903&num_registro=200302197128&data=20050627&formato=PDF>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

[158] Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 23.

[159] Ibidem, pag. 24.

> ao exercício das atividades que lhes são próprias. O pagamento da anuidade é expressão da gestão, por tais profissionais, de interesses pessoais. Por isso não estão eles juridicamente compelidos a pagar tais anuidades, não configurando ilícito, passível de sanção jurídica, o não cumprimento da prestação de dar correspondente: esse não cumprimento acarreta tão somente a não obtenção ou perda do direito ao exercício daquelas atividades. [160]

A OAB ainda afirma que o TCU, em seu acórdão, ignorou o fato de seus recursos não integrarem a lei orçamentária, não sendo, portanto, públicos. Pois, se fossem públicos, estariam incluídos no art. 165, 5º, I, da CF/88[161]:

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
>
> [...]
>
> § 5º A lei orçamentária anual compreenderá:
>
> I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;[162]

No mais, a OAB destaca que o STF possui entendimento de que os recursos arrecadados pela Entidade não se caracterizam como dinheiro público, já que sua cobrança é feita via execução de título extrajudicial, e não por meio de Execução Fiscal[163].

> PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO LEVADA A EFEITO PELA OAB PARA COBRANÇA DE ANUIDADES - JULGADO DA CORTE DE ORIGEM QUE RECONHECE A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO, BEM COM A NECESSIDADE DE SEGUIR O RITO DA LEI N. 6.830/80 - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA A REFORMA - ACOLHIMENTO.

[160] Ibidem.
[161] Ibidem, pag. 25.
[162] Lei nº 8.906/1994, Op. cit.
[163] Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 25.

> - Diante da natureza intrínseca da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, que não se equipara à autarquia propriamente dita, denota-se que as contribuições recebidas pela entidade, efetivamente, não possuem natureza tributária. Pensar de modo diferente, data venia, é crer que a OAB faz parte da administração pública e que os valores que recebe a título de anuidade equivalem a dinheiro público.
>
> - A corroborar com esse entendimento, a douta Ministra Eliana Calmon já assentou, "com base na jurisprudência da Corte e na doutrina, ser a OAB autarquia especial, mas as contribuições por ela cobradas não têm natureza tributária e não se destinam a compor a receita da Administração Pública, mas a receita da própria entidade, o que afasta a incidência da Lei n. 6.830/80" (REsp n. 497.871-SC, in DJ de 2/6/2003).
>
> - Recurso especial conhecido e provido para o fim de que a execução a ser promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB observe o disposto nos artigos 566 e seguintes do Diploma Processual Civil [164].

Em pedido liminar, a OAB requereu a suspensão da eficácia do Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário[165].

Ao concluir, a entidade pediu que a Reclamação Constitucional fosse admitida e conhecida, para julgar procedente o pedido de modo a cassar o Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário e confirmar a desobrigatoriedade de a Ordem prestar contas ao TCU, visto que a entidade "não gere patrimônio público" e "[...] não recebe subvenções, auxílios públicos ou verbas decorrente do Tesouro", bem como porque

[164] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 449.760/SC. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina – 5ª Subseção de Chapecó. Recorrida: Cynthia da Rosa Melim e Outros. Relator: Min. Franciulli Neto, 25 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=445113&num_registro=200200867304&data=20040412&formato=PDF>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

[165] Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pag. 28.

"seus órgãos de direção, que não recebem remuneração de qualquer espécie, são eleitos pelos próprios advogados" [166].

3.4.2. O Mandado de Segurança 36.376/DF

Por motivos não esclarecidos, talvez por estratégia jurídica ou para reforçar a urgência na discussão da matéria, além de propor a Reclamação Constitucional em dezembro de 2018, a OAB impetrou mandado de segurança, em março de 2019, contra ato supostamente ilegal e abusivo praticado pelo plenário do E. TCU, o qual seriao Acórdão nº 2573/2018, proferido nos autos do TC-015.720/2018-7.

Em razão de as ações possuírem praticamente a mesma fundamentação, este trabalho irá apenas sintetizar os argumentos postos pela OAB no mandando de segurança.

Dito isto, inicialmente o *mandamus* impetrado pela OAB indica que o direito líquido e certo da Entidade, requisito para sua impetração, é a desobrigatoriedade da prestação de contas ao TCU pela OAB, tendo em vista que tal obrigação ofenderia as suas garantias de independência e autonomia[167].

Em seguida, a Entidade reafirma que possui um regime jurídico próprio, que seria *sui generis*, reforça a ausência de vínculo funcional e hierárquico com a administração pública e, mais uma vez, indica que suas anuidades não possuem

[166]Rcl nº 32.924/DF, petição inicial, Op. cit., pags. 28 e 29.

[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36.376/DF. Impetrante: Conselho Federal da OAB. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial, pags. 03 e 04. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5614909>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

natureza tributária, motivos que afastariam a incidência do art. 70 da Constituição Federal de 1988[168].

Mais à frente, a OAB discorre mais uma vez acerca do desrespeito do E. TCU ao *decisum* do E. STF nos autos da ADI 3.026 e, consequentemente, à coisa julgada, bem como relembra os pronunciamentos do Tribunal Federal de Recursos no MS 797 e do Tribunal de Contas da União em acórdão do ano de 2003, que afastou a Ordem do dever de prestar contas[169].

Em pedido liminar, a OAB, assim como na inicial da Reclamação Constitucional, requereu a suspensão da eficácia do Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário[170].

Por fim, nos pedidos finais, a Entidade requereu a concessão da segurança, para tornar sem efeito o Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário [171].

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar as posições diversas acerca da natureza jurídica dos recursos arrecadados pela ordem dos Advogados do Brasil, bem como o propósito de examinar a intenção do TCU em fiscalizar as contas da Entidade, além de demonstrar o ponto de vista OAB a respeito dessa possível fiscalização.

[168]MS 36.376/DF, petição inicial, Op. cit., pags. 05 a 11.
[169]Ibidem, pags. 11 a 18.
[170]Ibidem, pag. 19.
[171]Ibidem, pags. 20 e 21.

Ao longo de todo o estudo, não restou dúvidas de que a OAB presta serviços de elevada importância desde a sua criação, ou, até mesmo, desde a intenção de sua formação, no ano de 1943, por meio do Instituto dos Advogados brasileiros (IAB).

Pôde-se perceber também que não existe consenso na doutrina e na jurisprudência quanto à natureza jurídica dos recursos arrecadados pela OAB, sendo considerados por alguns como contribuições parafiscais (tributo), inclusive pelo E. TCU, ou considerados verbas de natureza privada, ônus aos inscritos na Entidade, como entendido pela própria OAB.

Em relação à intenção do E. TCU de fiscalizar as contas da Ordem dos Advogados do Brasil, chegou-se a imaginar que a Corte de Contas iria se debruçar por muito mais tempo sobre o tema.

Contudo, o julgamento ocorrido em poucos meses, considerando que o processo tramitou totalmente ainda em 2018, leva a crer que a E. Corte está realmente determinada a fiscalizar a OAB.

Conclui-se então que os argumentos do E. TCU para incluir a OAB no registro de unidades prestadoras de contas são fortes, uma vez que, como visto ao longo do trabalho, a Entidade: se assemelha a uma autarquia; os recursos por ela arrecadados podem ser considerados como contribuições parafiscais; suas ações são processadas na justiça federal; e, ainda, goza de imunidade tributária recíproca.

A OAB, na prática, em relação às obrigações de natureza pública, como licitações, concursos e controle externo, nega a sua natureza pública e autárquica. Por outro lado, ao se utilizar das prerrogativas de natureza pública, como o exercício do poder de polícia sobre seus inscritos, o recebimento de receitas por imposição legal e o gozo da imunidade recíproca, se coloca como Entidade que está acima das

pessoas jurídicas de direito privado ou, como estabelecido pela ADI nº 3.026, entidade ímpar para o direito pátrio.

Ocorre que, concordando ou não, é preciso respeitar a decisão da ADI nº 3.026/DF, a qual definiu que a OAB não está sujeita ao controle da Administração Pública. Apesar de o Acórdão do E. TCU ser contundente quanto ao mérito de a OAB dever ou não prestar contas, não se pode "passar por cima" do que já foi definido pelo E. STF.

Por outro lado, é possível que o julgamento realizado pelo E. TCU de forma célere tenha um propósito. Por meio das ações propostas pela OAB, o Supremo Tribunal Federal pode rever o posicionamento adotado na ADI nº 3.026 ou pelo menos esclarecer se a Ordem é autarquia ou entidade *sui generis*.

Entretanto, a Reclamação Constitucional e o Mandado de Segurança da OAB foram distribuídos à Ministra Rosa Weber, que possui o costume de seguir entendimentos já definidos pelo Tribunal. Significa dizer que há grandes chances de a Ministra-Relatora utilizar-se das conclusões do julgamento da ADI nº 3.026 para fundamentar seu voto, o que pode frustrar as intenções da Corte de Contas.

Atualmente, tais processos estão com prazos para que o E. TCU preste informações. Após o transcurso desses prazos, é possível que a Ministra-Relatora decida pela suspensão provisória, ou não, da eficácia do Acórdão nº 2573/2018-TCU-Plenário.

Por fim, cabe refletir acerca da recusa incisiva da OAB em prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Como entidade *"ímpar"* para o ordenamento jurídico brasileiro e para a manutenção da democracia, a OAB deveria prestar contas à E. Corte de Contas de forma voluntária, incentivando a transparência e demonstrando,

não apenas aos associados, mas à população em geral, que a Entidade exerce suas atividades em plena conformidade com a legislação vigente.

Assim, ao E. STF é prudente que corrija ou esclareça o consignado na ADI nº 3.026/DF, visto que a OAB, mesmo exercendo atividades de relevância imensurável, não está acima dos órgãos da Administração quanto às prerrogativas e obrigações.

A simples prestação de contas ao E. TCU não fere a autonomia da Entidade, tampouco possui o condão de intimidar a Ordem quanto à sua atuação em defesa dos direitos e garantias, bem como da democracia e da obediência às disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. A Constituinte de 1823 e os cursos jurídicos. História da OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/hist_oab/antecedentes.htm#cursos_juridicos>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

Ministros do STF ao longo de todos os anos. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=245> Acesso em: 13 de outubro de 2018.

MAMEDE, G. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. História da advocacia e da OAB no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8326>. Acesso em: 13 out. 2018. 15:38.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB aprova pedido de impeachment contra presidente da República. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/29403/oab-aprova-pedido-de-impeachment-contra-presidente-da-republica> . Acesso em: 13 out. 2018. 16:10.

Notícia: a íntegra do pedido de impeachment de Dilma apoiado pela oposição. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/a-integra-do-pedido-de-impeachment-de-dilma-apoiado-pela-oposicao/>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

Notícia: Dilma teve 63 pedidos de impeachment e Temer já tem 18. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/dilma-teve-63-pedidos-de-impeachment-temer-ja-tem-18/>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.026/DF. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 08 de junho de 2006. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915.753/RS. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lisiane Moreira Magalhães. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700049591&dt_publicacao=04/06/2007>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 595.332. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil. Recorrido: Diomar Nogueira. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2649403&numeroProcesso=595332&classeProcesso=RE&numeroTema=258>. Acesso em: 31 de março de 2019.

SILVA, Diego Sobral. Análise crítica das prerrogativas da OAB em relação aos conselhos de fiscalização profissional. 2014. 40f. Trabalho de Conclusão de Graduação. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

DI SENA, Roberto. A imunidade tributária da OAB e suas contradições. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65744/a-imunidade-tributaria-da-oab-e-suas-contradicoes>. Acesso em: 21 out. 2018.

GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 20 out. 2018.

CASSONE, V. Direito tributário. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012099&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 21 out. 2018.

MACHADO SEGUNDO, H. B. Manual de direito tributário. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000012209&lang=pt-br&site=eds-live&authtype=ip,uid>. Acesso em: 21 out. 2018.

MELO, José Eduardo Soares de. Contribuições Sociais no Sistema Tributário. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18. apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1717/DF. Plenário. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PcdoB; Partido dos Trabalhadores – PT; e Partido Democrático Trabalhista - PDT. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 07 de novembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1074932/RS. Segunda Turma. Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio Grande do Sul CRF/RS. Recorrido: Minossi e Martins LTDA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 07 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=823409&num_registro=200801549693&data=20081105&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 928272/PR. Segunda Turma. Recorrente: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Paraná. Recorrido: Sindicato dos Técnicos Agrícolas de Nível Médio no Estado do Paraná – SINTEA/PR. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=893846&num_registro=200700373038&data=20091104&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.697/DF. Plenário. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Interessados:Congresso Nacional; Presidente da República; e Advogado Geral da União. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de out de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>. Acesso em: 21 de out de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 463.258/SC. Primeira Seção. Embargante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina. Embargado: DeonildoGaggion. Relatora: Ministra. Eliana Calmon. Brasília, 10 de dez de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=448343&num_registro=200300989038&data=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 21 de out de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 915753/RS. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul. Recorrido: Elisabeth Serafim Rossi e Outros(s). Relator: MinistroHumberto Martins. Brasília, 22 de maio de 2007. Disponível em: <https://a2v.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=694581&num_registro=200700049591&data=20070604&formato=PDF>. Acesso em: 22 de out de 2018.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 18-24. Apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Sobre a natureza jurídica tributária das contribuições devidas à Ordem dos Advogados do Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1895, 8 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11693>. Acesso em: 21 out. 2018.

Notícia: Dilma sanciona lei que reduz valor das anuidades da OAB. Revista Consultor Jurídico. Brasília, 31 de out de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-out-31/lei-limita-500-valor-anuidade-conselhos-profissionais>. Acesso em: 22 de out de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 015.720/2018. Acórdão nº 2573/2018-Plenário-TCU. Órgão/Entidade: não há. Interessados/Responsáveis: não há. Relator: Min. Bruno Dantas, 07 de novembro de 2018, paginas 19 e 20. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/11/art20181107-12.pdf>. Acesso em: 30.03.2018.

BRASIL. Lei 8.906/1994, de 4 de julho de 1994.Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 5 jul. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 27 fev. 1967.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Constitucional Tributário. 6ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. DireitoAdministrativo Brasileiro. 18ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 32.924/DF. Reclamante: Conselho Federal da OAB. Reclamado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5614909>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 405267. Plenário. Recorrente: Município de belo Horizonte. Recorrido: Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748459645>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 527.077/SC. Primeira Seção. Embargante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina. Embargado: Francisco Mendes de Melo. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 11 de maio de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=547903&num_registro=200302197128&data=20050627&formato=PDF>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 449.760/SC. Segunda Turma. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina – 5ª Subseção de Chapecó. Recorrida: Cynthia da Rosa Melim e Outros. Relator: Min. Franciulli Neto, 25 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=445113&num_registro=200200867304&data=20040412&formato=PDF>. Acesso em: 1º de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36.376/DF. Impetrante: Conselho Federal da OAB. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial, pags. 03 e 04. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5614909>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O EMBATE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE NO MUNDO DIGITAL

Giovanna Costa Passos

RESUMO

O presente artigo busca debater sobre o direito ao esquecimento na internet a partir da jurisprudência dos Tribunais Superiores. A metodologia que foi utilizada para alcançar o objetivo foi levantamento de julgados no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF); pesquisa em livros doutrinários e pesquisas jurídicas realizadas, além de artigos e revistas jurídicas. Esta pesquisa pretende demonstrar que o direito ao esquecimento vem se desenvolvendo de modo cauteloso, por meio da jurisprudência do STJ e do STF, estabelecendo certos critérios quanto a quem é a pessoa (pública ou não) e o tipo de lesão que causa (somente sentimental ou também social). A internet ocupa um posto importante na sociedade, tornando-se necessária e abrindo a possibilidade de divulgação e acesso a informações de maneira instantânea e universal, permitindo novos horizontes para o exercício da liberdade de expressão. Porém, a liberdade de expressão se limita pelos direitos da personalidade e, com as novas fronteiras concedidas pela internet, não se encontra tão bem definido até aonde se encontra o alcance dessa limitação. Nesse limite que divide os dois direitos se encontra o direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento diz quanto ao direito pessoal de não ser julgado por um fato pretérito que pode não corresponder mais a realidade e nem tem um interesse social justificável sobre ele. O desenvolvimento e estudo acerca desse direito se torna necessário ao passo que com a internet há um acesso e replicação facilitada à diversas informações. Sendo assim é preciso desenvolver mecanismos capazes de proteger o direito ao esquecimento na internet. Ocorre que não há legislação previsão expressa desse direito, fazendo com que ele seja tutelado pelas decisões do Superior Tribunal

de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Em análise aos julgados, foi possível perceber que pode haver responsabilização de empresa nacional que faça com que o usuário a confunda com sua sócia internacional, real hospedeira do conteúdo; não há responsabilização por mensagem ofensiva inserida por terceiros em provedor; compromissos assumidos por conciliação que são impossíveis de serem cumpridos podem ser convertidos em perdas e danos; não configura inércia quando o provedor é notificado acerca de certo conteúdo por via judicial e decide não tomar providência extrajudicial.

Palavra-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Liberdade de expressão. Privacidade. Sociedade em rede.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende discutir o direito ao esquecimento no âmbito da Internet, pautado na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Diante do papel que a internet tem alcançado, não só no Brasil, mas também no mundo, é de se esperar que não só soluções surjam de acordo com seu desenvolvimento, mas problemas também[1].

Um deles são as informações colocadas online que desrespeitem o direito à privacidade individual. Porém, nem todas as informações que violem tal direito devem ser censuradas[2], uma vez que as outras pessoas também têm seu direito à liberdade de expressão[3].

[1] Divulgação de informações em larga escala sem permissão; o "*revenge porn*", previsto no art. 218 - C do Código Penal, incluído pela Lei nº13.718/2018

[2] Constituição Federal

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[3] Constituição Federal

Dessa forma, busca-se entender o caminhar do direito ao esquecimento no Brasil e como ele se aplica na internet.

A internet é tida como uma das maiores descobertas da humanidade, sendo comparada com muitos com a descoberta do fogo[4]. O ambiente virtual passou a ser uma realidade integrada ao mundo físico, devendo ser regulada e garantido que em seu âmbito haja respeito aos direitos do mundo real.

Uma das caraterísticas da internet é a fácil propagação de informações[5] (que tem ocupado um papel importante quanto ao poder das pessoas, países e empresas, sendo consideradas uma nova moeda de alto valor) e o caráter eterno que adquire ao entrar na rede, ficando salva para sempre em uma nuvem e não havendo como deletar[6]. Dessa forma, se uma informação for colocada na internet, pode vir a causar prejuízos quase que instantâneos a alguém, ou após anos de sua publicação.

Sendo assim, é de grande importância e relevância que o Direito se preocupe em proteger as pessoas dos prejuízos que podem vir da internet e das informações nela propagadas, fazendo-se necessário o desenvolvimento do direito ao esquecimento. Surgindo a partir do conflito entre os direitos fundamentais da

---

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[4] MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[5] CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 952, p.85-119, fev. 2015

[6] CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 952, p.85-119, fev. 2015

privacidade e liberdade de expressão, o direito ao esquecimento busca uma forma de um indivíduo não ser penalizado de forma eterna.

A pergunta que se busca responder através desse artigo é "Como se daria o direito ao esquecimento no âmbito da internet segundo os Tribunais Superiores brasileiros?".

Para respondê-la, o artigo será estruturado em dois capítulos.

No primeiro capítulo, pretende-se mostrar a relação da internet com a sociedade e a sua importância na propagação da informação, que hoje tem uma relevância enorme tanto para os governos dos países quanto para as empresas.

Ainda no primeiro capítulo, busca-se apresentar o conflito entre os direitos fundamentais da privacidade e da liberdade de expressão, conhecido como o "direito ao esquecimento". Para finalizar, pretendo apresentar como o direito ao esquecimento se daria no âmbito da internet.

No segundo capítulo, irei apresentar seu desenvolvimento na jurisprudência das cortes superiores; além de realizar a análise de algumas decisões e processos encontrados.

A metodologia que pretendo utilizar para alcançar tal objetivo será um levantamento de julgados no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF); pesquisa em livros doutrinários e pesquisas jurídicas realizadas, além de artigos e revistas jurídicas.

Esta pesquisa pretende demonstrar que o direito ao esquecimento vem se desenvolvendo de modo cauteloso, por meio da jurisprudência do STJ e do STF,

estabelecendo certos critérios quanto a quem é a pessoa (pública ou não) e o tipo de lesão que causa (somente sentimental ou também social).

Pode-se concluir que quando aplicado à internet, ainda sofre com as barreiras técnicas devido à complexidade da ferramenta e à fácil e rápida reprodução das informações.

As respostas encontradas para a pergunta desta pesquisa foram que a solução que tem sido utilizada para garantir o direito ao esquecimento pode ser através da limitação dos buscadores (Google, Bing, Yahoo) de exibir certas respostas de pesquisa, o que não retira a informação do site que a hospeda, mas dificulta o acesso a tal informação. Em relação ao site que hospeda a informação, pode-se denunciar o conteúdo ao provedor de hospedagem, que não terá a obrigação de retirar o conteúdo que não viole suas Políticas de Uso, e só haverá sua responsabilização caso a questão seja judicializada e este descumpra decisão judicial determinando a retirada do conteúdo[7].

1 DIREITO AO ESQUECIMENTO: A SOCIEDADE EM REDE E O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A internet integra a realidade e o dia a dia da sociedade, conforme será melhor explicado.

[7] Marco Civil da Internet

"Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário". BRASIL. Lei nº 12.965, 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

Através dela, há a possibilidade de acessar e colocar diversos conteúdos na rede, que passam a ficar disponíveis de forma instantânea. Ocorre que com essa nova liberdade, tem- se novos limites jurídicos a serem estabelecidos.

Dentre eles, encontra-se o direito ao esquecimento, que resulta do conflito entre a liberdade de expressão de um e os direitos de personalidade de outro, que encontrou na internet um campo fértil para se desenvolver.

1.1 Sociedade em rede: a integração da internet na sociedade

A evolução da humanidade pode ser medida a partir de seu desenvolvimento tecnológico, começando a partir da revolução industrial, iniciada no século XVIII; passando pela era eletrônica, onde houve a criação dos computadores; atravessando a era da informação, onde os computadores se conectaram através de redes de informações, inclusive os domésticos; chegando à era digital na qual se vive, onde a conexão por rede é algo que se torna corriqueiro[8].

A sociedade reagiu a essas inovações tecnológicas, incorporando-as em suas vidas e criando o modelo da "Sociedade em Rede"[9]. Esse tipo de sociedade se caracteriza pela produção intensificada de conhecimento, tornando a internet o

[8] ZANELLATO Marco Antonio. CONDUTAS ILÍCITAS NA SOCIEDADE DIGITAL. Revista de Direito do Consumidor, [S.L.], v. 44 p.206-261 out./dez. 2002

[9] BRATEN, 1981 *apud* MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

veículo necessário[10]. O acesso à tal meio se dá através de computadores, tornando possível gravar, recuperar, transmitir e manipular dados[11].

A integração entre a realidade e o virtual é tamanha que há quem creia[12] que haja um mundo paralelo ao nosso: o ciberespaço, uma espécie de mundo virtual. Tal "realidade" suprime as barreiras físicas, interligando pessoas de todo mundo; mas permite que o indivíduo crie uma espécie de "personagem" de si mesmo, nem sempre correspondente à realidade do mundo físico. Dessa forma, abre-se espaço para que ao digitalizar a realidade, o verdadeiro venha a se tornar falso, e vice-versa.

Com o desenvolvimento dos instrumentos e da segurança na internet, cada vez mais atividades passaram a ser realizadas online, fazendo com que atividades que geram um maior contato social, tal como fazer compras em uma loja, passassem a ser realizados pela internet. Além disso, os instrumentos que dão acesso à internet, como smartphones e computadores, passaram a ter grande importância para aqueles inseridos nessa sociedade.

Os computadores conectados à rede se tornaram instrumentos de trabalho necessários às mais variadas profissões. Os smartphones abrem a oportunidade de o indivíduo ter controle de sua vida em sua mão, literalmente, tornando-se a agência bancária, a agenda eletrônica, o mapa, o livro, e tantas quantas funções que couberem no dispositivo.

[10] MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[11] CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 952, p.85-119, fev. 2015

[12] ZANELLATO Marco Antonio. CONDUTAS ILÍCITAS NA SOCIEDADE DIGITAL. Revista de Direito do Consumidor, [S.L.], v. 44 p.206-261 out./dez. 2002

Todas essas atividades que se utilizam da internet para trazer uma melhor funcionalidade à vida das pessoas, geram vários tipos de informações, que podem ficar guardadas nos cookies[13] ou em outros meios de armazenamento do provedor acessado para realizar tais atividades.

Tais informações assumem um papel de importância, tornando-se uma espécie de moeda, despertando os interesses dos particulares, das empresas e dos países[14].

A utilização dessas informações pode trazer benefícios (como empresas de plano de saúde que obtém informações na internet e oferecem planos mais baratos a pessoas que realizam periodicamente competições corridas e tem bom desempenho) mas também podem trazer malefícios (como revelar o passado de uma mulher que se tornou da alta sociedade após abandonar a prostituição), gerando um campo de conflito que necessita da preocupação jurídica.

A nível dos Estados Nacionais, essas informações representam a possibilidade de um maior controle de entrada e saída de pessoas

Após o atentado de "11 de setembro", o mundo vive um "Estado de Vigilância"[15].

[13] Cookies: pequenos documentos de textos, que dependem do site visitado para salvar determinadas informações, tais como preferência de idiomas, endereço IP, usuário e senha de acesso ao site acessado, entre outras, aplicando as mesmas informações quando o site for acessado novamente. Podem ter validade variando entre minutos e anos. GUGIK, Gabriel. O que são Cookies? Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/web/1069-o-que-sao-cookies-.htm. Acesso em 09. out. 2018

[14] MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[15] No 'Estado de Vigilância', o 'governo usa a vigilância', a mineração de dados, o seu agrupamento e sua

Uma vez que os Estados têm buscado reter um volume maior de informações sobre seus habitantes e sobre potenciais ameaças[16], tendo um episódio marcante e preocupante no cenário mundial: a denúncia de Edward Snowden, ex-analista da Agência de Segurança Nacional (NSA) dos Estados Unidos, sobre a espionagem em massa promovida pelo governo norte-americano[17].

A preocupação gira em torno dos limites dessa vigilância, não só em escala macro, como por Estados, mas também em escala local, por colegas e amigos, tendo em vista que tal prática se tornou uma afronta aos Direitos Humanos, ao Estado de Direito e à Democracia[18].

Atividades cotidianas como comprar pão na padaria ou andar de bicicleta, podem gerar informações que o próprio usuário não tenha ciência. Os cookies salvos ao utilizar um site, podem ser utilizados em outro site para selecionar a propaganda de um terceiro site que se encaixe naquilo que vem sendo procurado naquele dispositivo, através de um tipo de publicidade chamado de "remarketing", mas as vezes acaba gerando uma sensação de "perseguição"[19].

---

respectiva análise para identificar e evitar potenciais ameaças, mas, também, para melhor administrar e prestar serviços sociais". MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[16] MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[17] PRESSE, France. As principais revelações de Edward Snowden. Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/as-principais-revelacoes-de-edward-snowden.html. Acesso em: 17 abr. 2019

[18] MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48

[19] TAGIAROLI, Guilherme. Propagandas 'perseguem' você na web? Saiba como esses anúncios funcionam. Disponível

O simples fato de ter um smartphone conectado à internet o dia todo, gera a possibilidade de saber onde a pessoa foi, qual o provável meio de transporte, a velocidade média e até onde parou o carro. Inclusive, em 2016, o público tomou conhecimento de que smartphones com o sistema operacional Android gravam conversas e falas que se deem perto dele, sem que o usuário tenha ativado o Google Voice, sob a justificativa de aprimorar a ferramenta de reconhecimento de idioma[20].

Esses são apenas alguns exemplos conhecidos sobre como atividades simples, pequenas e inocentes praticadas pelos usuários acabam gerando informações que são utilizadas pelos mesmos que as captam ou por terceiros. Mas vale lembrar que, do mesmo modo que essas informações podem ser utilizadas para beneficiar o usuário, podem ser utilizadas para controlar, invadir a privacidade ou monitorar os cidadãos.

Para que se possa controlar tal invasão de privacidade, deve-se reconhecer que o ciberespaço tem um funcionamento e uma lógica próprios, nem sempre correspondendo à realidade. A partir disso, deve-se criar uma sistemática de direitos e deveres próprios, lembrando sempre que, por mais que o mundo real e o cibernético sejam distintos, para que o segundo funcione, é necessária a interação por parte de uma pessoa.

No Brasil, tal movimento jurídico já se iniciou, através da edição do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)[21] e de edições de legislações esparsas[22].

---

em:https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2014/07/18/propagandas-perseguem-voce-na-web- saiba-como-esses-anuncios-funcionam.htm. Acesso em: 13 out. 2018

[20] PAYÃO, Felipe. O seu smartphone grava as suas conversas sem que você saiba. Disponível em:https://www.tecmundo.com.br/google/109776-smartphone-grava-conversas-voce-saiba.htm. Acesso em: 13 out. 2018

[21] BRASIL. Lei nº 12.965, 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

É importante lembrar que a utilização de informações obtidas através da internet é uma ferramenta importante para investigação e repressão de crimes, que deve ser feita respeitando o devido processo legal. Um exemplo se deu em 2016, quando a Polícia Federal, através de autorização judicial, monitorou e prendeu uma célula do grupo terrorista Estado Islâmico que planejava um ataque durante as Olimpíadas no Rio deJaneiro[23].

O fácil acesso à internet e à criação de informações em seu âmbito, abre espaço para que diversas informações sobre várias pessoas sejam captadas, geradas e compartilhadas de forma indevida. Nesses casos, pode haver abuso da liberdade de expressão em face dos direitos de personalidade de alguém, o que será melhor explicado a seguir.

1.2 Conflito entre direitos fundamentais: personalidade x liberdade de expressão.

Com o acesso facilitado às informações através da internet, tem-se aumentado a preocupação em relação de como os direitos de personalidade, tais como a honra, imagem e vida privada, tem se relacionado com a liberdade de expressão e de

[22] Um exemplo é a Lei nº 13.718/2018, que inclui o art. 218-C no Código Penal, assim redigido: "Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação". Grifos próprios. BRASIL. Lei nº 13.718, de 2018. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 21 abr. 2019

[23] COUTINHO, Filipe; ESCOSTEGUY, Diego. Polícia Federal prende célula do Estado Islâmico que planejava atentado nas Olimpíadas. 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/07/pf-prende-celula-do-estado-islamico-que-planejava-atentado-na-rio-2016.html. Acesso em: 13 out. 2018.

informação. O conflito entre tais direitos fundamentais foi nominado de direito ao esquecimento[24].

O direito ao esquecimento surgiu devido a necessidade de não permitir que alguém seja julgado por um erro que cometeu de forma eterna[25], sendo esta a forma que o direito possui de proteger a vida passada do indivíduo, desde que sobre esse fato não haja interesse público legítimo[26].

Os direitos à personalidade encontram-se previstos no art. 5º, V e X Constituição Federal[27]. Podem ser divididos em dois grupos, sendo eles (i) os direitos à integridade física e (ii) os direitos à integridade moral[28].

[24] MIRANDA, Victor Vasconcelos. O direito à privacidade na era digital e as tutelas assecuratórias. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. maio/ago. 2016. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=244287. Acesso em: 1 abr. 2019

[25] FRAJHOF, Isabella Zalcberg. As consequências do "Direito ao Esquecimento" para a liberdade de expressão. 2015. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc- rio.br/26725/26725.PDF. Acesso em: 07 jun. 2018

[26] CARVALHO, Waldir Araújo. O direito ao esquecimento e o habeas data "negativo": uma analise a partir da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal. Revista Espaço Acadêmico, v. 18, n. 212, p.113- 125, jan. 2019. Disponível em: http://eduemojs.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41025/751375138999. Acesso em: 27 mar. 2019

[27] Constituição Federal/1988

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[28] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.

Para o estudo aqui estabelecido, interessam apenas os componentes do segundo

grupo. Abarcados pelos direitos à integridade moral, encontram-se o direito à vida privada, honra, intimidade e imagem, que são considerados invioláveis por força do art. 5º, X, da Constituição Federal.

O direito à vida privada, ou à privacidade, também é chamado de "direito de ficar sozinho"[29], porém, é flexibilizado quando se trata de pessoa pública, a depender de seu grau de exposição[30]. O direito à intimidade não costuma ter relação com direitos de terceiros por se tratar do íntimo do indivíduo[31]. O direito à honra se refere a reputação, objetiva (perante a sociedade) ou subjetiva (como a pessoa se vê), de cada indivíduo[32]. Já o direito à imagem versa sobre a aparência física representada em fotos, vídeos, pinturas e outros meios de reprodução de imagem[33].

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

[29] MOTA, Lise Nery. Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. jan./mar. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57038. Acesso em: 1 abr. 2019

[30] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019.

[31] MOTA, Lise Nery. Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. jan./mar. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57038. Acesso em: 1 abr. 2019

[32] MOTA, Lise Nery. Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. jan./mar. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57038. Acesso em: 1 abr. 2019

[33] MOTA, Lise Nery. Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. jan./mar. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57038. Acesso em: 1 abr. 2019

Essa inviolabilidade atribuída pela Constituição não é absoluta e pode vir a ser restrita pelo Poder Judiciário ou Legislativo[34]

O direito à liberdade de expressão se encontra previsto no art. 220, da Constituição Federal[35]. No dispositivo, a própria Constituição limita essa liberdade ao inserir "observado o disposto nesta Constituição", estando em harmonia com o disposto no direito de resposta previsto no art. 5º, V, da Constituição Federal, caso o indivíduo cause algum dano à imagem de outrem por meio de sua liberdade de expressão, por exemplo.

O direito de liberdade de expressão da imprensa se encontra tutelado no §1º do mesmo artigo[36]. A Constituição prevê que, por via de regra, não será possível que nenhuma lei restrinja a liberdade da imprensa, mas autoriza que o legislador regule a liberdade de imprensa para que haja respeito a outros comandos constitucionais, tais como a proibição do anonimato, o direito de resposta, respeito aos direitos de personalidade, livre exercício do trabalho e o acesso à informação.

---

[34] MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 122, p.297-301, maio/jul. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence%20=3. Acesso em: 15 out. 2018

[35] Constituição Federal/1988

"Art. 220. A manifestação o do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[36] Constituição Federal/1988

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

O direito à informação se encontra dentro do direito à liberdade de expressão, sendo ela o direito do indivíduo se comunicar livremente e o direito difuso de ser comunicado sobre algo[37].

O direito à liberdade de expressão e à informação são fundamentais para o exercício de outros direitos, tendo ela uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individuais[38].

Sendo assim, é possível chegar à conclusão de que os direitos da personalidade podem limitar o direito à liberdade de expressão, mesmo este tendo posição preferencial. Ocorre, porém, que os direitos de personalidade têm um caráter muito subjetivo, tendo em vista que tratam de aspectos relacionados à individualidade das pessoas. Dessa forma, por não haver critérios objetivos para que se determine de forma clara o alcance dos direitos de liberdade para que haja uma limitação da liberdade de expressão, sem que haja seu cerceamento ou uma censura, tem-se uma colisão de direitos fundamentais.

Para a solução do conflito entre esses direitos fundamentais, é necessário que se estabeleçam critérios ou parâmetros.

Os critérios tradicionais (hierarquia, temporalidade e especialidade) não são cabíveis quando se trata de direitos fundamentais[39], devendo o intérprete recorrer à

[37] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

[38] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

[39] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.

técnica de ponderação das normas, fazendo concessões de ambos os lados e visando preservar o conteúdo de cada[40].

Deverão ser observados aspectos tais como[41]:

a veracidade do fato (pois apenas informações verdadeiras têm a proteção constitucional);

meio licito na obtenção da informação;

local (há uma proteção maior quando o fato ocorre em lugar reservado do que em lugar público) e natureza do fato (se o fato é de interesse jornalístico independente do agente envolvido);

interesse público (devendo o interessado demonstrar que seu interesse privado se sobressai);

interesse público quanto fatos ligados à atuação de órgãos públicos (levando em consideração que todos os atos do Poder Público devem ser públicos, inclusive a prestação jurisdicional);

preferência sobre outras sanções que não recaiam sobre proibição de prévia divulgação (uma vez que há meios civis e penais para lidar com a exposição indevida,

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

[40] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

[41] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019

levando em consideração que há hipóteses que a simples divulgação já causa um dano irreparável).

Dessa forma, o julgador deve tentar manter a liberdade de expressão ao máximo, desde que não ultrapasse os limites dos direitos de personalidade.

Ocorre que, com o advento da internet, tem ocorrido um abuso da liberdade de expressão, o que gerou novas tipificações penais[42] que visam lidar com os excessos absurdos; além do acesso facilitado às informações pretéritas, fazendo com que informações indevidamente divulgadas no passado, ou que foram divulgadas de forma justa, mas não correspondem mais à realidade, se tornem acessíveis e tenham um impacto novo e indevido na vida de seus agentes. A esse conflito, dá-se o nome de direito ao esquecimento.

[42] A Lei 13.718/2018 acrescentou ao Código Penal o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia como "Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave". BRASIL. Lei nº 13.718, de 2018. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.
Inclui-se nessa tipificação a "pornografia de vingança", ato pelo qual um companheiro(a) divulga imagens (liberdade de expressão) das relações com o outro(a) companheiro(a) visando denegrir a imagem deste (direito à personalidade).

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), que regula o uso da internet no Brasil, possui previsão bem rasa de tutela a esse direito (que não se encontra explícito no texto). Visando preencher a lacuna legal, já foi fixado um Enunciado sobre o tema na VI Jornada de Direito Civil; por parte do Legislativo, já há projeto de Lei para que haja a previsão e regulação expressa na legislação do direito ao esquecimento; e, por parte do Poder Legislativo, o STJ e o STF já vêm desenvolvendo debate sobre o tema.

O Marco Civil da Internet prevê em seu art. 21[43] que o provedor de internet que disponibilize conteúdo elaborado por terceiro, será responsabilizado de forma subsidiária por violação da intimidade caso receba notificação pelo ofendido e não venha tornar indisponível o conteúdo. Também prevê que a necessidade de que seja indicado de forma específica o conteúdo.

Na VI Jornada de Direito Civil, foi fixado o Enunciado nº 531[44], o qual prevê que o direito ao esquecimento se encontra dentro da tutela da dignidade humana na sociedade da informação. O enunciado se refere ao art. 11, do Código Civil[45]. A

[43] Marco Civil da Internet

"Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido". BRASIL. Lei nº 12.965, 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[44] Enunciado 531, VI Jornada de Direito Civil: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". BRASIL. Enunciado nº 531, de 2013. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 31 mar. 2019

[45] Código Civil

justificativa do Enunciado traz que o direito ao esquecimento surge do direito penal e das condenações criminais, sendo ele parte importante para a ressocialização do condenado. Ressalta que o direito ao esquecimento não inclui o direito a "apagar" fatos pretéritos ou reescrever sua história, mas traz a possibilidade de haver discussão quanto a finalidade e a forma do uso de informação pretérita.

Há na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei (PL 8443/2017)[46],de autoria do Deputado Luiz Lauro Filho (PSB-SP), que visa alterar o Marco Civil da Internet para que o direito ao esquecimento passe a ser previsto e regulado legalmente.

Em seu art. 2º, o Projeto traz que todos têm direito de pleitear a remoção de veículo de comunicação em massa de dados pessoais que considere que sejam indevidos ou que prejudicam sua imagem, honra ou nome. Também determina que não haverá aplicação desta Lei para aqueles que são detentores de mandato eletivo, agentes políticos, estejam respondendo a processo criminal ou tenham sentença penal condenatória (art. 3º, §4º), sendo estas as exceções.

O Projeto prevê a possibilidade de tutela do direito ao esquecimento pelas vias extrajudiciais, estabelecendo o período de 48 horas para a análise do pedido pelo veículo que divulgou a informação em questão, devendo haver a comunicação da decisão em até 24 horas após proferida (art. 3º, *caput* e §3º). Caso deferido o pedido, o veículo terá o prazo de um ano para deixar de armazenar os dados pessoais

---

"Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019

[46] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8443, de 2017 do Deputado Luiz Lauro Filho.
Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979. Acesso em: 31 mar. 2019

alcançados pela decisão (art. 4º). Caso indeferido, poderá pleitear o direito por via judicial (art. 6º).

Traz uma tutela diferenciada para pessoas públicas, que deverão buscar a tutela jurisdicional sobre seu direito ao invés da extrajudicial, tendo a faculdade de optar pela tramitação do processo em segredo de justiça (art. 3º, §2º, e art. 6º).

Por fim, através dos arts. 5º e 8º, traz alterações nos arts. 7º e 19 do Marco Civil da Internet.

Em relação à nova redação do art. 19 do Marco Civil da Internet e cria novos parágrafos no artigo[47]. O caput passa a prever o prazo de 48h, a partir de notificação judicial ou extrajudicial para que haja a retirada do conteúdo; o §1º determina que

[47] O art. 19 e seus parágrafos passariam a ter a seguinte redação: "Art. 19 Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após o prazo de quarenta e oito horas de notificação, judicial ou extrajudicial, de retirada do conteúdo ilícito, não o remover. § 1º No referido prazo de quarenta e oito horas, o provedor deverá promover a suspensão preventiva da informação e, posteriormente, analisar o teor do requerimento no prazo máximo de um mês. § 2º Após a análise, o provedor poderá excluir a informação, caso entenda ser indevida, ou permitir que esta tenha livre circulação novamente. § 3º A notificação de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 4º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos autorais ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. § 5º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados a honra, a reputação ou a direitos da personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 6º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. § 7º Os conteúdos relacionados a detentores de mandato eletivo, a agentes políticos e a pessoas que respondam a processos criminais ou tenham contra elas sentença penal condenatória não estão sujeitos a suspensão preventiva ou retirada do banco de dados do provedor de internet". CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8443, de 2017 do Deputado Luiz Lauro Filho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979. Acesso em: 31 mar. 2019

deverá haver a suspensão preventiva para a análise do conteúdo em até 1 mês e, ao decidir, deverá excluir a publicação ou coloca-la em livre circulação (§2º); o §3º prevê a necessidade de indicação clara e específica do conteúdo; o §4º prevê a necessidade de legislação específica para que haja a aplicação do dispositivo pela violação de direitos autorais e conexos; o §5º prevê que poderão ser apresentados aos juizados especiais as causas que visem ressarcimento pelo dano causado por publicações que tenham ferido os direitos à personalidade; no caso do §3º, o §6º prevê a possibilidade de que seja antecipada a tutela, existindo prova inequívoca e levando em consideração o interesse coletivo na disponibilização do conteúdo; o §7º determina que os conteúdo ligados à detentores de mandato eletivo, agentes políticos, pessoas que estejam respondendo a processo criminal ou tenham sentença criminal condenatória não estão sujeitos à suspensão de conteúdo ou retirada de informações de bancos de dados.

A mudança trazida em relação ao art. 7º do Marco Civil da Internet, que trata sobre os direitos do usuário da internet, é a inclusão do inciso XVI[48], que traz a previsão do direito a ter informação que se refira à pessoa que tenha interesse, retirada, condicionado a ausência de interesse público e que a pessoa não seja detentora de mandato eletivo; agente político; estar respondendo a processo criminal ou tenha sentença criminal condenatória.

[48] XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em aplicações de internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e o interessado não seja detentor de mandato eletivo, agente político e não responda a processo criminal ou tenha contra ele sentença penal condenatória" CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8443, de 2017 do Deputado Luiz Lauro Filho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979. Acesso em: 31 mar. 2019

Na justificação do PL, o deputado aponta que, devido ao caráter universal da internet, é importante que o Brasil também passe a regulamentar esse direito, assim como fizeram outros países, tal como a Espanha.

Aponta que traz a via extrajudicial para que seja tutelado o direito ao esquecimento por esta ser uma via mais célere e amigável, correspondendo de uma forma mais próxima à velocidade em que é divulgada a informação, do que a judicial, sendo através dela a única forma de assegurar, de fato, a tutela de forma efetiva.

Por fim, justifica o tratamento diferenciado de pessoas públicas por entender a necessidade da atuação de um agente neutro, o juiz, para que haja o equilíbrio entre o direito ao esquecimento do cidadão e o direito à informação e da liberdade de imprensa.

A última ação legislativa constante da página oficial da Câmara dos Deputados destinada a este Projeto de Lei[49], foi a retirada do Projeto da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em face do deferimento de requerimento.

Conforme exposto anteriormente, a internet proporciona a seus usuários um acesso facilitado às informações colocadas na rede, que tem um caráter perpétuo, e possuem uma fácil propagação, o que tem gerado problemas entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão.

Os direitos de personalidade se encontram previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal e abarcam o direito à vida privada, à honra; à intimidade; e à

[49] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8443, de 2017 do Deputado Luiz Lauro Filho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979. Acesso em: 31 mar. 2019

imagem. Tais direitos podem sofrer flexibilização quando se tratar de pessoa pública, dependendo de seu grau de exposição.

Já o direito à liberdade de expressão encontra-se no art. 220, da Constituição Federal, e o próprio artigo o limita ao que estiver previsto no texto constitucional. A liberdade de imprensa se encontra no §1º do mesmo artigo, tendo a previsão de que poderá ser regulada para que sejam respeitados outros direitos. Por mais que haja limitação imposta pelo próprio artigo, a liberdade de expressão possui uma posição de preferência em relação a outros direitos constitucionais.

Ocorre que, devido às características da internet apresentadas, tem-se um solo fértil para que haja o conflito entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão, tendo em vista que qualquer um com acesso à rede consegue postar o que quiser sobre alguém. Nesse ponto, nasce o direito ao esquecimento.

Para tentar solucionar o conflito e regular o direito ao esquecimento, há em tramitação na Câmara dos Deputados o PL 8.443/17, que traz alterações no Marco Civil da Internet e a previsão legal explícita do direito ao esquecimento e o procedimento a ser adotado visando proteger esse direito. Também foi fixado enunciado 531, na VI Jornada de Direito Civil, que inclui o direito ao esquecimento dentro da tutela dos direitos humanos.

Diante à inexistência de previsão legal, os casos de direito ao esquecimento acabam sendo levados ao Poder Judiciário, alcançando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Devido a isso, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial que será apresentada no próximo capítulo.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O art. 21, do Marco Civil da Internet, traz uma forma de lidar com o conflito de direitos fundamentais. Porém, muitos casos ainda chegam no STJ e no STF, quem lidam com diversos casos que não são abrangidos pela previsão do Marco Civil da Internet.

Dessa forma, uma pesquisa de jurisprudência foi realizada no STJ e no STF e a análise de alguns julgados visando entender as tutelas jurisdicionais proferidas.

2.1 Pesquisa de jurisprudência nos tribunais

Para saber como o direito ao esquecimento vem se desenvolvendo, foi realizada uma pesquisa de jurisprudência nos sites do Superior Tribunal de Justiça (http://www.stj.jus.br/SCON/index.jsp?novaPesquisa) e Supremo Tribunal Federal (http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp). As pesquisas foram realizadas buscando apenas os acórdãos que versam sobre o assunto, não foi estabelecido lapso temporal para a pesquisa. Os resultados aqui expostos correspondem aos disponíveis nos sites até 08.02.2019.

Foram elaboradas tabelas apresentando os resultados das pesquisas em cada tribunal, tendo sido analisados quatro julgados encontrados no STJ e um processo encontrado no STF. Em ambos os sites foram utilizados os critérios "esquec$ e internet"; "(exclusão ou retira$) prox conteúdo e internet"; "retirada url"; "retirar prox conteúdo adj internet"; "(desfazer ou retirar) prox vínculo e internet"; "fato (verdadeiro ou verídico) e retirada adj

internet" e "conteúdo ofensivo e retirada".

Para que fossem escolhidos os critérios, levou-se em consideração que, para que um conteúdo postado na rede, devido ao exercício da liberdade de expressão,

não continue a causar dano ao atingido, haveria a necessidade da retirada de tal conteúdo da internet

Durante a pesquisa foram encontrados alguns termos técnicos, tais como URL50 e provedor de serviço de internet51, que se subdivide em provedor de aplicação52 e provedor de busca[53]

2.1.1 Superior Tribunal de Justiça

Na pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça, os critérios "retirar prox conteúdo adj internet"; "(desfazer ou retirar) prox vínculo e internet" e "fato (verdadeiro ou verídico) e retirada adj internet" não apresentaram resultado.

---

[50] URL: "*Uniform Resource Location*", ou Localizador Uniforme de Recursos (em livre tradução), é o endereço eletrônico virtual dos sites (ambientes virtuais). VELLOSO, Fernando de Castro. Informática: Conceitos básicos. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yFcaBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=conceitos+b%C3%A1sicos+internet&ots=HBfKODlrym&sig=kLfYkJtRz5fp_hZS2uIYJwue1xI#v=onepage&q=url&f=false. Acesso em: 21 nov. 2018

[51] Provedor de serviços de Internet: são pessoas naturais ou jurídicas que prestam serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou de serviços que se dão por meio dela. Provedor de serviços de Internet é o gênero. LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. [S.L.]: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=MC_WToUcRc8C&oi=fnd&pg=PT11&dq=conceitos+internet+provedor&ots=3c6jghjwiD&s ig=5U6rXnTym2uj6QBOouRbXL-O8Og#v=onepage&q=provedor%20de%20aplica%C3%A7%C3%A3o&f=false. Acesso em: 21 nov. 2018

[52] Provedor de aplicação: conjunto de funcionalidades oferecidas no meio online, de forma profissional (tal como o YouTube, plataforma que oferece a possibilidade de compartilhar e assistir vídeos) ou amadora (como blogs pessoais). CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet. Acesso em: 21 nov. 2018

[53] Provedor de busca: ferramenta que realiza a procura de informações presentes na internet de acordo com os termos procurados pelo usuário, criando uma espécie de "índice remissivo". MORAES, Hélio Ferreira. Responsabilidade dos buscadores. São Paulo: Visual, 2012. [11 slides, color.] Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia-tecnologia/artigos. Acesso em: 23 nov. 2018

Os critérios "esquec$ e internet"; "(exclusão ou retira$) prox conteúdo e internet"; "retirada url"; e "conteúdo ofensivo e retirada" apresentaram 48 resultados.

Os resultados encontrados estão discriminados no Quadro 1:

QUADRO 1 – Resultado da pesquisa jurisprudencial no STJ.

Data	Processo	Recorrente / Agravante	Recorrido	Assunto	Provimento
13.11.2018	EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1.471.164/MG	Michel Raul Araújo	Google Brasil Internet LTDA	Necessidade de indicação da URL na decisão judicial para que haja a retira do conteúdo supostamente ofensivo	Não provido
29.10.2018	**AgInt no AREsp 1.177.619/SP**	Google Brasil Internet LTDA	Executer Career Coatching and Partners LTDA - ME	Além da impossibilidade do cumprimento da decisão judicial, discute-se a inexistência de legislação que obrigava o provedor a armazenar dados.	Não provido
23.10.2018	**REsp 1.728.069/MG**	Antonio José Pereira de Souza	-Camila Gomes Godinho Pimenta -Google Brasil Internet LTDA	Danos morais pela criação de uma comunidade no site de relacionamentos Orkut, que visava a chacota e humilhação do recorrente, que era deficiente mental	Parcialmente provido
14.08.2018	**AgInt nos EDcl no REsp 1.471.164/MG**	Michel Cristian de Freitas	Google Brasil Internet LTDA	Manutenção das astreintes por demora no cumprimento da retirada de URLs	Não provido

19.06.2018	**REsp 1.694.405/RJ**	-Anna Paula Burlamaqui Soares -Google Brasil Internet LTDA	-Anna Paula Burlamaqui Soares -Google Brasil Internet LTDA	Por parte de Anna Paula, violação dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil, alegando valor mínimo fixado à título de danos morais. Por parte do Google, violação ao art. 19 do Marco Civil da Internet; apontando ainda haver a existência de dissídio jurisprudencial	Não providos, com ressalva. Não se pode interpretar o acórdão recorrido de forma a beneficiar Anna Paula de indicar diretamente ao Google outros conteúdos para serem retirados, além daqueles constantes nas URLs indicadas
08.05.2018	**REsp 1.660.168/RJ**	-YAHOO! do Brasil Internet LTDA -Google Brasil Internet LTDA	D P N	Rompimento do vínculo de busca, estabelecido pelos recorrentes, entre o nome do recorrente e a notícia indicada nos autos	Parcialmente providos, para reduzir a multa diária para R$ 1.000,00
03.04.2018	**AgInt no REsp 1.651.719/MG**	Google Brasil Internet LTDA	Gacieli Soares Aleixo	Remoção indevida de conteúdo de blog, pois a decisão que determina a retirada deve conter identificação clara e precisa do conteúdo, através da indicação da URL	Não provido

13.03.2018	**REsp 1.679.465/SP**	Google Brasil Internet LTDA	Ministério Público do Estado de São Paulo	A ordem judicial que determinou a remoção do vídeo não aponta de forma clara e específica o conteúdo tido como infringente, nem permite sua localização de forma inequívoca. Há dissídio jurisprudencial, pois, o TJSP não aplicou o entendimento do STJ no caso	Provido, na parte em que foi conhecido. Reformou a decisão recorrida e afastou a obrigação do recorrente em realizar prévio monitoramento e retirada do conteúdo ilegal independente da indicação da URL
13.03.2018	**REsp 1.698.647/SP**	Google Brasil Internet LTDA	Cristiane Leal de Oliveira	Necessidade da indicação específica do conteúdo a ser retirado, através da URL	Provido
12.12.2017	**REsp 1.501.603/RN**	Google Brasil Internet LTDA	Sandra Maria Escócia Rosado	A determinação de suspensão de endereço eletrônico que continha conteúdo ofensivo à recorrida não seria possível, além de configurar censura	Não provido

17.10.2017	**AgInt no AgInt no AREsp 956.396/MG**	-Everson Ferreira Leite -Sônia Regina Calada Ferreira Leite -Rodrigo Azevedo Ferreira Leite -Everton Calado Ferreira Leite	Facebook Serviços Online do Brasil LTDA	Há a possibilidade da retirada do conteúdo sem a indicação do URL, pois o agravado dispões de meios tecnológico para tal.	Não provido
12.09.2017	**EREsp 1.642.560/SP**	K F	Google Brasil Internet LTDA	Necessidade da indicação de URL para o cumprimento da ordem judicial e se a recorrente seria solidariamente responsável por conteúdos gerados por terceiros	Provido. Foi afastada a obrigação de remoção do conteúdo e a responsabilidade do recorrente
12.09.2017	**REsp 1.642.997/RJ**	Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.	Fernando Candido da Costa	Responsabilidade solidária da recorrente. Recorrido teve sua imagem compartilhada na rede social, mantida pela recorrente, com dizeres injuriosos, que não foram retirados após o uso dos mecanismos fornecidos pela recorrente	Provido
22.08.2017	**REsp 1.629.255/MG**	Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.	Marcia Roselly Soares	Ofensa ao art. 19, do Marco Civil da Internet, e aos arts. 14, V, e 461, §4º, ambos do CPC	Provido

25.04.2017	AgInt no REsp 1.599.054/RJ	José Roberto Portugal Compasso	Google Brasil Internet LTDA	Ofensa ao art. 5º, da LICC, e art. 286, II, CPC/73. Afastar o entendimento do acórdão recorrido de que houve entendimento cumprimento integral da decisão judicial, que previa a exclusão das páginas indicadas na inicial, além de não ter havido desrespeito ao princípio da congruência	Não provido
10.11.2016	AgInt no REsp 1.593.873/SP	Google Brasil Internet LTDA	S M S	Necessidade de indicação clara e individualizada do conteúdo a ser retirado, não havendo a possibilidade de bloqueio de expressões	Provido
02.08.2016	RMS 49.920/SP	Eduardo Silveira Machado	-Ministério Público Federal -Estado de São Paulo	Retirar do site da Polícia Federal o nome do recorrente, por ter sido denunciado pelo crime previsto no art. 241, da Lei 8.069/90 c/c art. 70, CP, e art. 241-B, da Lei 8.069/90 (crimes que o processo corre em segredo de justiça)	Não provido
07.06.2016	AgRg no AREsp 440.506/RJ	Google Brasil Internet LTDA	Cláudia da Silva Bizzo	Ausência de responsabilidade do provedor caso o conteúdo ofensivo não seja retirado sem ordem judicial	Não provido
05.04.2016	EREsp 1.568.935/RJ	R H da C L F	Google Brasil Internet LTDA	Fornecimento de dados e do número IP de usuário que publicou comentários ofensivos ao recorrente	Parcialmente provido

18.08.2015	AgRg no AREsp 89.372/PR	Polynda Eventos e Promoções LTDA	Google Brasil Internet LTDA	Responsabilidade pela não retirada de conteúdo.	Não provido

25.5.2015	AgRg no AREsp 495.503/RS	Google Brasil Internet LTDA	João Batista Karpinski	Dano moral pela não retirada imediata de perfil falso no site de relacionamentos Orkut	Não provido
13.05.2015	REsp 1.512.647/MG	Google Brasil Internet LTDA	Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica	Reforma do acórdão impugnado em relação ao valor da multa aplicada pelo julgamento dos embargos declaratórios	Parcialmente provido.
7.5.2014	AgRg no AREsp 229.712/RJ	Google Brasil Internet LTDA	Antonio dos Santos Penna	Responsabilização do provedor pela por permanecer inerte, não retirando conteúdo ofensivo	Não provido
19.12.2013	AgRg nos EDcl no REsp 1.284.096/MG	Google Brasil Internet LTDA	Amanda Barbosa Matola	Responsabilidade de provedor da internet por não ter retirado as informações falsas associadas a um perfil de certo usuário em período razoável após requerimento; redução do valor da indenização	Não provido
17.12.2013	REsp 1.306.157/SP	Google Brasil Internet LTDA	Loducca Publicidade LTDA e Outro	Obrigação do site hospedeiro, o YouTube no caso, de retirar novas postagens de vídeos com conteúdo que já haviam sido notificados serem ofensivos.	Parcialmente provido, apenas em relação ao valor das astreintes

21.11.2013	AgRg no AREsp 416.593/RJ	Google Brasil Internet LTDA	Viviane de Souza Gabrig	Dever do provedor em responder juntamente com o autor do dano, caso não tenha retirado de forma imediata o conteúdo moralmente ofensivo	Não provido
21.11.2013	REsp 1.338.214/MT	Google Brasil Internet LTDA	Roger Eduardo Sassaki	Responsabilidade do provedor em remover o conteúdo potencialmente ofensivo uma vez que a controvérsia foi submetida ao Poder Judiciário	Provido
21.11.2013	REsp 1.407.271/SP	-K R C -Google Brasil Internet LTDA	-K R C -Google Brasil Internet LTDA	Limite da responsabilidade dos provedores de pesquisa pelo conteúdo resultante das buscas	Não provido

07.11.2013	REsp 1.396.417/MG	Google Brasil Internet LTDA	Automax Comercial LTDA	Responsabilidade dos provedores de hospedagem de sites de relacionamento por conteúdo de postagens, que notadamente violam direitos autorais, pelos usuários.	Provido
22.10.2013	REsp 1.403.749/GO	Google Brasil Internet LTDA	Robson de Oliveira Pereira	Retirada de conteúdo do YouTube com imagens não autorizadas, vinculando a imagem do recorrido à "informações mentirosas e falsas".	Não provido

15.10.2013	REsp 1.328.706/MG	Google Brasil Internet LTDA	Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica	Responsabilidade de provedores de hospedam de blogs pelo conteúdo das informações postadas, em especial aos anúncios de produtos e serviços que violam direitos autorais	Parcialmente provido, para determinar ao recorrente que exclua dos blogs indicados na Petição Inicial e qualquer anúncio de comercialização do curso Tele-Jur
15.10.2013	REsp 1.406.448/RJ	Google Brasil Internet LTDA	Geraldo do Carmo da Costa Lima Júnior	Responsabilidade de provedores de hospedam de blogs pelo conteúdo das informações postadas	Parcialmente provido, para que o recorrente exclua de forma preventiva os posts que venham ser reputados como ofensivos pelo recorrido
17.9.2013	AgRg no AREsp 240.713/MG	Google Brasil Internet LTDA	Rafael Ferraz Andrade	Responsabilidade do provedor em face de dano causado devido à vítima não ter conservado sua senha em sigilo e em relação à não retirada do conteúdo ofensivo devido à não observância ao procedimento correto para tal	Não provido
27.08.2013	AgRg no AREsp 342.597/DF	Google Brasil Internet LTDA	Afonso Luciano Gomes Amâncio	Inaplicabilidade da Teoria do Risco aos provedores de hospedagem na internet; necessidade de ordem judicial para a remoção ou bloqueio de conteúdo hospedado	Não provido

27.08.2013	AgRg no AREsp 293.951/RS	Google Brasil Internet LTDA	Leonir Antônio Bortulini	Responsabilidade do provedor de internet em responder solidariamente com o autor do conteúdo ofensivo, caso não retire de forma imediata o material em questão. A empresa afirmou que, após análise do conteúdo, haveria a necessidade de decisão judicial para a retirada do conteúdo para não ferir direitos fundamentais do autor	Não provido
06.08.2013	**AgRg no AREsp 334.496/RS**	Google Brasil Internet LTDA	Regina Adriana Wulff	Análise em relação à responsabilidade civil subjetiva, e sus excludentes, da agravante, devendo ser reconhecida a ausência do dever de indenizar da agravante por conteúdo publicado em sua rede social Orkut	Não provido
06.08.2013	AgRg no AREsp 230.095/RS	Google Brasil Internet LTDA	Tiago Valenti	Indispensabilidade de indicação das URLs das páginas com conteúdo considerado ofensivo	Não provido
28.05.2013	REsp 1.334.097/RJ	Globo Comunicações e Participações S/A	Jurandir Gomes de França	Não ser cabível o direito ao esquecimento para aqueles que se relacionaram a um fato histórico, a Chacina da Candelária no caso, além de não haver dano moral ou indenização, de forma subsidiária	Não provido

14.05.2013	AgRg no AREsp 308.163/RS	Google Brasil Internet LTDA	G S de M, menor representado (a) por A S de M	Responsabilidade do provedor por ato de terceiro, sendo necessário que haja ordem judicial para remoção de conteúdo por não ter os meios para realizar a análise subjetiva do conteúdo	Não provido
16.04.2013	AgRg no AREsp 259.482/MG	Google Brasil Internet LTDA	Sette Informações Educacionais LTDA	Responsabilidade do provedor pela não retirada de material didático disponibilizado sem autorização do autor	Não provido
11.12.2012	AgRg no AREsp 231.883/RJ	Google Brasil Internet LTDA	C R P, menor representado (a) por M V R R da S	Responsabilidade do provedor em relação à demora para excluir um perfil em sua rede social Orkut que causou danos morais à parte agravada	Não provido
26.06.2012	AgRg no REsp 1.309.891/MG	Google Brasil Internet LTDA	Jéssica Carla Leite Rodrigues	Responsabilidade do provedor pela não exclusão imediata de perfil fraudulento, mesmo após ter sido notificado mais de uma vez pela recorrida através dos meios próprios	Não provido
12.06.2012	REsp 1.192.208/MG	Google Brasil Internet LTDA	Roberto Santos Barbieri	Responsabilidade do provedor de hospedagem de blogs em relação ao conteúdo publicados nas páginas	Não provido
08.05.2012	REsp 1.308.830/RS	Google Brasil Internet LTDA	Eduardo Bresolin	Responsabilidade do provedor de rede social em relação ao conteúdo das informações veiculadas na página	Não provido

17.04.2012	REsp 1.306.066/MT	Google Brasil Internet LTDA	Mauro Sergio Pereira de Assis	Responsabilidade do provedor por mensagens ofensivas inseridas no site por usuário	Provido

23.08.2011	REsp 1.186.616/MG	Google Brasil Internet LTDA	Alexandre Magno Silva Marangon	Condenação do recorrente ao pagamento de danos morais mesmo tendo o tribunal de origem reconhecido que não houve participação na criação de perfil onde foram veiculadas mensagens ofensivas.	Provido
14.12.2010	REsp 1.193.764/SP	I P da S B	Google Brasil Internet LTDA	Responsabilidade do provedor quanto à suposta falha de identificação dos usuários, gerando a fomentação do anonimato	Não provido
07.10.2008	REsp 1.021.987/RN	Yahoo! do Brasil Internet LTDA	Lidiane de Souza Santana	Possibilidade de haver a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Yahoo! do Brasil Internet LTDA para que seja determinada que a sócia Yahoo! Inc. cumpra decisão judicial, sendo que a página que gerou o litígio é fruto de serviço oferecido pela sócia	Não conhecido

Fonte: elaboração própria.

Dentre os 48 acórdãos encontrados, foi possível constatar os seguintes dados:

Em relação às decisões dos colegiados: 64,5% (31) não foram providos; 20,8% (10) foram providos; e 14,5% (7) foram providos parcialmente.

Dentre os providos, uma decisão determinou que houvesse a retirada de conteúdo ofensivo à marca Automax Comercial LTDA54. Dois casos discutiam sobre a necessidade de indicar URL para que se processe a retirada do conteúdo55.

[54] REsp 1.396.417/MG (Google Brasil Internet LTDA x Automax Comercial LTDA).

[55] REsp 1.698.647/SP (Google Brasil Internet LTDA x Cristiane Leal de Oliveira); REsp 1.629.255/MG (Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. X Marcia Roselly Soares)

Quatro afastam a responsabilidade do provedor56. Uma ação reconheceu a ilegitimidade passiva do provedor57. Uma ação reconheceu que o provedor não deveria pagar danos morais à recorrida por não ter recebido ordem judicial determinando a retirada de conteúdo, não estando obrigado a fazê-lo58. Uma decisão afastou a obrigação do provedor em monitorar e retirar conteúdo ilegal, independente de indicação da URL59.

Em relação às partes, que configuram tanto o polo ativo quanto o passivo, de um total de 106 participantes[60], sendo as participações expostas na seguinte tabela 1:

Tabela 1 – Partes dos processos encontrados no STJ.

Partes	Ativo	Passivo	Total
Google	34	10	44
Facebook	2	1	3
Yahoo!	2	0	2
Bing	0	0	0
Outras PJs	1	6	7
Pessoas Físicas	14	32	46
Ministério Público	0	2	2

[56] REsp 1.642.997/RJ (Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. X Fernando Candido da Costa); Resp /MT (Google Brasil Internet LTDA x Mauro Sergio Pereira de Assis); REsp 1.186.616/MG (Google Brasil Internet LTDA x Alexandre Magno Silva Marangon); EREsp 1.642.560/SP (K F x Google Brasil Internet LTDA)

[57] AgInt no REsp 1.593.873/SP (Google Brasil Internet LTDA x S M S)

[58] REsp 1.338.214/MT (Google Brasil Internet LTDA x Roger Eduardo Sassaki).

[59] REsp 1.679.465/SP (Google Brasil Internet LTDA x Ministério Público do Estado de São Paulo).

[60] A empresa Google Brasil Internet LTDA e Anna Paula Burlamaqui Soares configuram, ao mesmo tempo, polo ativo e polo passivo no REsp 1.694.405/RJ, tendo sido computadas suas participações em ambos os polos. K R C e Google Brasil Internet LTDA configuram, ao mesmo tempo, o polo ativo e o polo passivo no REsp 1.407.271/SP, tendo sido computadas as participações em ambos os polos

Globo	1	0	1
Estado de São Paulo	0	1	1
Total:	54	52	106

Fonte: elaboração própria.

Por via de regra, os particulares ingressam contra os provedores nas ações originárias buscando o reconhecimento de alguma obrigação de fazer (muitas vezes corresponde à retirada de conteúdo) e a indenização frente ao dano sofrido em face de violação de direito da personalidade.

Em contra partida, pessoas jurídicas de direito privado protocolaram 39 recursos encontrados nesta Corte. A empresa Google figura o polo ativo em 34 processos, e em apenas 6 processos, figuram o polo ativo as empresas Globo, Facebook, Yahoo! e Polynda Eventos e Promoções LTDA[61].

Em 7 casos, ocorreu de pessoas jurídicas de direito privado moverem ações em face de outras pessoas jurídicas de direito privado, estando a empresa Google Configurando o polo ativo em 6 dessas ações[62] Ocorreu uma vez de uma pessoa jurídica de direito privado, a Google, mover ação em face de uma pessoa jurídica de direito público, o Ministério Público de São Paulo[63]

Foram encontradas decisões entre 2008 a 2018, estando os resultados discriminados na tabela 2:

[61] As empresas Google e Yahoo! figuram simultaneamente o polo ativo no REsp 1.660.168/RJ.

[62] AgInt no AREsp 1.177.619/SP (Google Brasil Internet LTDA x Executer Career Coatching and Partners LTDA – ME); AgRg no AREsp 89.372/PR (Polynda Eventos e Promoções LTDA x Google Brasil Internet LTDA); REsp 1.512.647/MG (Google Brasil Internet LTDA x Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica); REsp 1.306.157/SP (Google Brasil Internet LTDA x Loducca Publicidade LTDA e Outro); REsp 1.396.417/MG (Google Brasil Internet LTDA x Automax Comercial LTDA); REsp 1.328.706/MG (Google Brasil Internet LTDA x Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica); AgRg no AREsp 259.482/MG (Google Brasil Internet LTDA x Sette Informações Educacionais LTDA).

[63] REsp 1.679.465/SP (Google Brasil Internet LTDA x Ministério Público do Estado de São Paulo).

Tabela 2: Total de julgados encontrados no STJ por ano.

Ano	Número de julgados
2018	9
2017	6
2016	4
2015	3
2014	1
2013	17
2012	5
2011	1
2010	1
2009	0
2008	1
Total:	**48**

Fonte: elaboração própria.

Em 2013 houve um pico de julgados encontrados. Nos julgados, a empresa Google se encontrava apenas no polo ativo 15 vezes; duas vezes se encontrava tanto no polo ativo quanto no passivo, juntamente a KRC; e uma vez a empresa Globo figurou o polo ativo.

O crescimento pode estar ligado ao Marco Civil da Internet. Ocorre que a lei foi publicada em abril de 2014 e entrou em vigor em junho do mesmo ano. Dessa forma, há a possibilidade de que o crescimento reflita a estratégia de defesa da empresa Google, que poderia considerar a jurisprudência do STJ mais benéfica a seus interesses do que a nova lei, à época.

Conforme é possível perceber através da tabela 1, a empresa Google se encontra presente no polo ativo na maioria dos processos encontrados, não estando

presente em apenas seis processos. Dessa forma, demonstra-se interessante que seja realizada análise quanto aos resultados encontrados

2.1.2 Análise dos resultados em relação à Google

A empresa "Google Brasil Internet LTDA" está presente em 42 processos encontrados, motivo pelo qual serão analisados os resultados encontrados em relação a esta empresa.

Dentre os 42 processos, a empresa se encontra no polo passivo em 8; no polo ativo, em 32; e em dois processos[64], configura tanto o polo passivo, quanto o ativo.

Dentre os acórdãos em que configurou como polo ativo, teve suas ações providas em 7; parcialmente providas em 5; e não providas em 22. Dentre as que configurou polo passivo, 7 não foram providas, 2 foram parcialmente providas e apenas 1 foi provida.

No Quadro 2 foram expostas as decisões providas das quais a empresa figurava parte e qual foi a decisão proferida.

Quadro 2: Resultados quanto à Google. Recursos providos

Processo	Decisão
REsp 1.396.417/MG	Determinou que houvesse a retirada de conteúdo ofensivo à marca Automax Comercial LTDA
REsp 1.698.647/SP	Necessidade da indicação da URL para remoção do conteúdo
REsp 1.306.066/MT REsp 1.186.616/MG EREsp 1.642.560/SP[65]	Afastaram sua responsabilidade

[64] REsp 1.694.405/RJ e REsp 1.407.271/SP

[65] A empresa figurou polo passivo neste processo

REsp 1.338.214/MT	O provedor não deveria pagar danos morais à recorrida por não ter recebido ordem judicial determinando a retirada de conteúdo, não estando obrigado a fazê-lo

REsp 1.679.465/SP	Afastou a obrigação do provedor em monitorar e retirar conteúdo ilegal, independente de indicação da URL

Fonte: elaboração própria

Já no Quadro 3, foram expostos os processos nos quais a empresa faz parte e foram parcialmente providos, além da decisão proferida.

Quadro 3: Resultados quanto à Google. Recursos parcialmente providos.

Processo	Decisão
REsp 1.660.168/RJ REsp 1.306.157/SP	Diminuiu o valor da multa.
REsp 1.512.647/MG	Afastou a condenação em indenização moral, suprimiu multa e restringiu a obrigação de apresentar IP e remover URL aos endereços indicados
REsp 1.406.448/RJ	Determinou a exclusão preventiva de conteúdo (post) considerado ofensivo pelo autor
REsp 1.328.706/MG	Determinou a exclusão de blogs indicados na inicial e de anúncios publicitários quanto à comercialização do Tele-Jur.
EREsp 1.568.935/RJ	Afastou a condenação em danos morais e materiais, além da obrigação de impedir novas postagens ofensivas a outra parte

Fonte: laboração própria.

A decisão que deu parcial provimento ao REsp 1.728.069/MG, condenou Camila Gomes Godinho Pimenta, que figurava polo passivo juntamente a empresa, ao pagamento de danos morais ao recorrente. Também foi afastada a responsabilização da empresa quanto às ofensas proferidas por Camila.[66]

[66] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.728.069/MG. 1. Debate-se nos autos a configuração de dano moral decorrente de ato de criação de comunidade virtual com divulgação de imagem pessoal e incitação à publicação de conteúdo vexatório relativo à pessoa portadora de deficiência. 2. A criação de comunidade virtual no intuito de expor, para além dos limites de sua cidade, conduta pública inadequada e vexatória atribuída à deficiência do desenvolvimento mental da vítima caracteriza grave desrespeito à condição humana dos portadores de deficiência, acarretando dano moral indenizável. 3. A exclusão da comunidade após a citação, ainda que seja circunstância a ser considerada

O fato de a empresa Google ter um número de participações muito grande, principalmente no polo ativo, pode indicar a estratégia de defesa da empresa, que prefere manter no judiciário as questões ao invés de optar por vias extrajudiciais ou conciliações e mediações.

Tal fato pode ter relação que em um dos julgados encontrados, REsp 1.407.271/SP, a empresa só foi condenada ao pagamento de R$50.000,00 por, através de conciliação, assumir compromisso impossível de ser cumprido, o gerou a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos[67] Dessa forma, a empresa pode ter adotado a postura de seguir apenas o que for determinado pelo Poder Judiciário, recorrendo das decisões enquanto não se sentir satisfeita com o resultado por hesitar tomar atitude fora da tutela jurisdicional e acabar por ter decisão desfavorável contra si por consequência da atitude extrajudicial, que não teria caso estivesse sob a tutela do Poder Judiciário.

2.1.3 Análise das decisões de alguns julgados

para fins de quantificação da indenização, não afasta o dever de compensar pelos danos causados. 4. A ausência de inércia da empresa provedora de conteúdo, que nem sequer foi comunicada previamente para retirada do conteúdo ofensivo, afasta a caracterização de conduta ilícita e a pretensão de responsabilização. 5. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Antonio José Pereira de Souza. Recorridos: Camila Gomes Godinho Pimenta e Google Brasil Internet LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87162935&num_registro=201703136813&data=20181026&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25. abr. 2019

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.407.271/SP. 1. Ação ajuizada em 04.05.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 30.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa virtual pelo conteúdo dos respectivos resultados. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário [...].Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637892&num _registro=201302398841&data=20131129&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

Devido a quantidade de julgados encontrados, não será possível a análise individual de todos. Sendo assim foram separados os seguintes julgados com o intuito de esclarecer a evolução do direito ao esquecimento no âmbito da internet e importantes aspectos e considerações quanto a como se dá a remoção de conteúdo da internet e a responsabilização dos envolvidos.

O REsp 1.306.066/MT foi escolhido por apontar a jurisprudência da Corte no sentido de que conteúdo ofensivo inserido por terceiro não configura risco inerente a atividade de provedor de conteúdo.

O REsp 1.407.271/SP foi escolhido por apontar que as plataformas de busca apenas apontam em quais sites que se encontram as informações buscadas e que ao simplesmente impedir que sejam mostrados resultados com os termos indicados, haveria censura, pois, os termos poderiam estar presentes em notícias e nas decisões judiciais sobre o caso.

O REsp 1.338.214/MT foi escolhido por reafirmar a jurisprudência apresentada no REsp 1.306.066/MT. Além disso, a decisão afasta outra jurisprudência da Corte (que entende pela necessidade de remoção preventiva do conteúdo apontado no prazo de 24h para que haja tempo para apreciar a veracidade das alegações) pois a recorrente recebeu apenas notificação judicial em relação ao conteúdo e decidiu por esperar comando do Poder Judiciário quanto ao conteúdo.

REsp 1.306.066/MT

Trata-se do Recurso Especial nº 1.306.066, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, interposto pela Google Brasil Internet LTDA contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que deu parcial provimento à apelação cível interposta pela recorrente.

Ocorre que o recorrido, Mauro Sergio Pereira de Assis, ajuizou uma ação de danos morais por ter tido sua imagem exposta indevidamente e denegrida na rede social "Orkut", pertencente à recorrente. Ou seja, houve dano quanto à violação ao direito da personalidade do recorrido, o direito à imagem de forma específica, de modo que este pleiteou a reparação ao dano, utilizando-se de seu direito constitucional a fazê-lo.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a recorrente ao pagamento de R$12.000,00 a título de danos morais ao recorrido, além de ter determina a retirada do perfil e a comunidade apontados, além das declarações feitas pelo perfil, sob pena de multa diária.

Neste Recurso, a recorrente alega que não foi comprovado que houve sua participação no evento que causou o dano para que houvesse sua responsabilidade pelo pagamento de indenização por danos morais. Também apontou que o acórdão recorrido foi omisso quanto às matérias constitucionais suscitadas.[68]

Os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram, em unanimidade, a dar provimento ao REsp nos termos do Ministro Relator[69]

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.306.066/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21079084 &nu m_registro=201101271210&data=20120502&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.306.066/MT. 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano. 3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio

Em seu voto, o Ministro Relator reconheceu que em relação à violação ao art. 927, do Código Civil[70], a recorrente tinha razão. Isto porque a jurisprudência da Corte era no sentido de que as mensagens ofensivas inseridas por terceiros não se encontram abarcadas pelo que seria o risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, não sendo aplicada a responsabilidade objetiva a estes. Porém, também conclui que há a obrigação da recorrente de fazer cessar a ofensa.

Dessa forma, o valor fixado a título de danos morais foi reduzido para R$6.000,00[71]

REsp 1.407.271/SP

Trata-se do Recurso Especial nº 1.407.271/SP interposto por Google Brasil Internet LTDA e por K R C, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O processo teve origem quando K R C ajuizou uma ação em face da Google Brasil Internet LTDA pedindo para que fosse removido do serviço de pesquisa, Google Search, e da rede social, Orkut, qualquer menção ao seu nome, de forma isolada ou de forma relacionada à empresa que trabalhava, além de que lhe fossem fornecidos os dados relativos aos autores da publicação. K R C foi empregada de uma emissora de televisão e foi demitida em virtude de ter sido descoberto um vídeo, em

---

Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21084681&nu m_registro=201101271210&data=20120502&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[70] Código Civil
"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.306.066/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21079084&nu m_registro=201101271210&data=20120502&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

seu e-mail corporativo, com cenas íntimas gravado dentro da empresa, que veio a ser divulgado, estando disponível no Google Search e Orkut.

Na primeira audiência de conciliação, ficou acordado que a Google deveria excluir as páginas que continham certas referências à K R C, ressalvadas as novas postagens, que seriam condicionadas à prévia indicação desta. Já na segunda audiência de conciliação, K R C se comprometeu a fornecer as URLs das páginas para tornar viável a remoção.

O juízo de primeiro grau reconheceu que não seria possível remover todas as páginas que continham o vídeo de K R C, convertendo a obrigação da Google em perdas e danos, condenando a empresa ao pagamento de indenização no valor de R$50.000,00. O TJSP negou os recursos das partes e manteve a sentença. Neste Recurso Especial, ambas as partes alegam haver dissídio jurisprudencial, sendo que a Google alega violação aos arts. 884, 944 e 945 do Código Civil[72]; e K R C alega violação ao art. 461, §1º, Código de Processo Civil[73] [74]

---

[72] Código Civil.

"Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido". "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019

[73] [73]Código de Processo Civil

"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente". BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, seguir o voto da Ministra Relatora e negar provimento ao Recurso Especial de ambas as partes[755]

Em seu voto[76], a Ministra Nancy Andrighi diz que os provedores de busca não podem ser obrigados a excluir os resultados de certa busca tendo em vista que seus mecanismos apenas facilitam o acesso a páginas públicas que se encontram na internet, apontando ser esse o entendimento da Terceira Turma. Indica também que como a Google celebrou dois acordos com K R C, a situação deve ser analisada levando em consideração as obrigações por ela assumidas. A empresa se comprometeu a retirar do ar páginas que continham certas expressões e, após comunicação de K R C, retirar novas páginas que possuem as mesmas referências, porém, devido a dificuldades técnicas, um novo acordo foi celebrado onde K R C se comprometia a informar as URLs das páginas.

Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 26 mar. 2019

[74] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.407.271/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637934&nu m_registro=201302398841&data=20131129&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[75] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.407.271/SP. 1. Ação ajuizada em 04.05.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 30.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa virtual pelo conteúdo dos respectivos resultados. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário [...].Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637892&nu m_registro=201302398841&data=20131129&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[76] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.407.271/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637934&nu m_registro=201302398841&data=20131129&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

A Ministra também apontou que a tecnologia disponível à época só respondia a comandos objetivos, não sendo capaz de identificar as variações advindas da criatividade da mente humana para continuar a propagar o vídeo (tal como colocar espaço ou pontos entre as letras das expressões). Também diz que a simples retirada de todo conteúdo que continha as expressões significaria a restrição do direito da coletividade à informação, pois haveria o impedimento os usuários de encontrarem notícias e informações de interesse público sobre o tema, inclusive a própria decisão do STJ quando ao caso.

Segundo a Ministra, mesmo que a autora considere satisfatório o resultado do acordo, não haveria a possibilidade legal para que a Google de fato cumprisse as obrigações por ela assumidas pois significaria na restrição do direito constitucional à informação. Aponta também que com as inovações trazidas pela internet e pelo desenvolvimento tecnológico, o direito à privacidade é diretamente afetado, tendo em vista que o grau de exposição da vida, tanto pública quanto particular, aumentou e que as informações trafegam em tempo real, estando o conteúdo disponível a partir do momento em que for publicado e sujeito à reprodução por parte de outros usuários.

Aponta ainda que K R C agiu de forma ingênua ao manter o vídeo em sua caixa de correio eletrônico, que é notoriamente violável, e que, por mais que esteja claro que ela sofreu um furto de suas imagens, não poderia querer responsabilizar a empresa Google pela disseminação do conteúdo. Além do mais a autora agiu de forma equivocada ao incluir no polo passivo apenas a Google para que tentasse diminuir o acesso ao conteúdo, tendo em vista que o serviço de busca oferecido por esta não ser o único disponível. A Ministra informou que consultou os sites de pesquisa Cadê e Bing (mantidos pela Yahoo e Microsoft) e conseguiu encontrar mais

de 100.000 resultados utilizando as expressões que foram objeto do acordo firmado entre as partes.

Ressaltou que as plataformas de pesquisa e busca apenas indicam onde se encontra o conteúdo que possui aqueles termos de pesquisa indicados, sendo que este conteúdo se encontra em outros sites de acesso público. Dessa forma, por mais que o buscador deixe de exibir os resultados de certas expressões, o conteúdo irá continuar disponível ao livre acesso nos sites que o hospedam, devendo a vítima se voltar ao responsável pela publicação do conteúdo caso seu objetivo seja evitar que o conteúdo continue sendo propagado pela internet. Aponta ainda que, no presente caso, encontrar quem furtou as imagens acaba sendo mais fácil uma vez que a lista de suspeitos é reduzida apenas para os funcionários do departamento de informática onde K R C trabalhava à época.

A Ministra ainda observa ser corriqueiro o ajuizamento de ações em face de provedores de conteúdo que apenas ofertam os meios para divulgação de informações (não tendo controle sobre o conteúdo postado por terceiros), sendo mais grave quando movidas contra os buscadores, uma vez que nem sequer hospedam o conteúdo em si, apenas indicam os links onde o conteúdo está disponível. Isso pode estar acontecendo devida a facilidade de identificar o provedor e pelo poder econômico que possuem, tornando mais fácil que haja a solvabilidade da condenação.

Também destaca que em um dos acordos, K R C se compromete indicar as URLs das páginas que continham o vídeo, tendo assim a possibilidade de agir para identificar os usuários que propagam as imagens e excluindo-as em sua origem. Chama atenção para o fato de que muitas vezes, as vítimas acabam por relevar a

conduta daquele que é o causador do dano e voltam-se apenas contra o provedor pela conveniência, facilidade de encontrá-lo e pela indenização certa, mesmo que acabe por não imputar a eles culpa pelos eventos danosos.

Conclui que o objetivo real de K R C ao mover a ação apenas em face da Google não seria a simples retirada do vídeo de circulação, como havia dito, principalmente se levar em consideração que ao celebrar o segundo acordo, K R C não abriu mão do direito à multa por descumprimento do acordo.

Por fim, a Ministra também aponta que os compromissos assumidos pela Google são impossíveis de serem cumpridos, sob pena de configurar ameaça à liberdade de informação, devendo serem convertidos em perdas e danos. Assentou que o valor de R$50.000,00 estipulados pelas instâncias ordinárias não é excessivo.

No caso, o direito à vida privada de K R C foi violado por terceiros. A empresa Google, ao exercer sua atividade como buscador, facilitava acesso às páginas que continham o nome da outra parte. Ocorre, porém, que a empresa não realizou nenhum ato que violasse a privacidade de K R C ao apontar onde se encontravam conteúdos que correspondiam às chaves de busca, pois o conteúdo se encontrava em páginas públicas na internet.

Dessa forma, K R C não se dirigiu àquele que abusou de seu direito à liberdade de expressão, o causador do dano em si, mas contra a empresa que, através das atividades que desempenha regularmente, apenas indica onde se encontra o conteúdo. Ao querer que a Google deixasse de exibir todos os resultados que continham os termos indicados, e a Google se comprometendo a tal, ambos estariam promovendo uma restrição à liberdade de expressão, uma censura, incompatível com o dano sofrido, pois, ao deixar de exibir todos os resultados que apresentassem

os termos, estariam restringindo o acesso a matérias de jornal e decisões judiciais, por exemplo.

Dessa forma, tem-se que o direito à vida privada pode restringir à liberdade de expressão, mas que essa restrição não possa ser tamanha ao ponto de adentrar o outro direito e feri-lo de modo desproporcional ao necessário para fazer cessar o desrespeito ao direito à vida privada.

REsp 1.338.214/MT

Trata-se de Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde o recorrente é a empresa Google Brasil Internet LTDA e o recorrido é Roger Eduardo Sassaki. No relatório[77] consta que recorrido entrou com uma ação de indenização por danos materiais e morais em face da Mercado Livre.com Atividades de Internet LTDA[78] e da Google Brasil Internet LTDA.

O recorrido havia adquirido um equipamento eletrônico de um anunciante do site do Mercado Livre.com. Ocorre que seus dados pessoais foram utilizados para colocá-lo como representante legal da empresa Import Star, uma das anunciantes do

[77] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.338.214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638094 &nu m_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[78] Em consulta ao site da Mercado Livre.com Atividades de Internet LTDA, a própria plataforma define seu objeto como "Os serviços objeto dos presentes Termos e condições gerais consistem em (i) ofertar e hospedar espaços nos Sites para que os Usuários anunciem à venda seus próprios produtos e/ou serviços e (ii) viabilizar o contato direto entre Usuários vendedores e Usuários interessados em adquirir os produtos e serviços anunciados, por meio da divulgação dos dados de contato de uma parte à outra. O Mercado Livre, portanto, possibilita aos Usuários se contatarem e negociarem entre si diretamente, sem qualquer intervenção do Mercado Livre, na negociação ou na concretização dos negócios. Desta forma, ressalta-se que o Mercado Livre não fornece quaisquer produtos ou serviços anunciados pelos Usuários nos Sites". LTDA, Mercado Livre.com Atividades de Internet. Termos e condições gerais de uso do site. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409. Acesso em: 26 mar. 2019

site. Após isto, o recorrido passou receber inúmeras ligações e e-mails de usuários interessados do Mercado Livre.com, identificando-o como o proprietário da empresa anunciante e cobrando o envio de aparelhos eletrônicos adquiridos.

Ocorre que a revolta dos usuários era tamanha, que o recorrido passou a receber mensagens em sua página na rede social Orkut, mantida pela Google, e foi criada uma comunidade nesta plataforma social com o único intuito de ofender e ameaçar o recorrido por ser o suposto responsável da Import Star, que estava praticando estelionatos.

Em sua sentença, o juiz de primeiro grau condenou o Mercado Livre.com a pagar R$1.938,91 a títulos de danos morais; a Google e o Mercado Livre.com ao pagamento de R$30.000,00 a título de danos morais; e a Google a retirada dos comentários ofensivos ao recorrente. A Mercado Livre.com realizou a transação, que foi homologada com ressalva à Google, permitindo que a ação prosseguisse com o trâmite normal.

A recorrente alega violação ao art. 535 do CPC/73[7980]; art. 14, § 3º, II, do CDC[81]; e arts. 186 e 927 do CC/02[81], além de dissídio jurisprudencial.

---

[79] Código Civil

"Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor"; " Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019

[80] Código de Defesa ao Consumidor

"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto da Ministra Relatora.[82]

Em seu voto[82], a Ministra diz que não houve negativa de prestação jurisdicional por parte do TJ/MT. Isso porque o julgador não é obrigado a examinar toda matéria posta pelas partes, mas o faz de acordo com seu livre convencimento (art. 131, CPC/73)[83]. Mesmo assim, aponta que o Tribunal de origem levou em consideração a alegação de que a Google não havia sido citada sobre o conteúdo, ao apontar que a empresa tomou conhecimento ao ser citada na ação e permaneceu inerte quanto ao problema e não verificou se haviam irregularidades na comunidade.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 26 mar. 2019

[81] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.338.214/MT. 1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012. 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638068&nu m_registro=201200396460&data=20131202&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[82] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.338.214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638094&nu m_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019

[83] Código de Processo Civil/1973

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 09 mar. 2019

Em relação à responsabilidade, a Ministra ainda ressalta que a empresa estaria atuando como provedora de rede social de relacionamento, espécie do gênero provedor de conteúdo, limitando-se a disponibilizar espaço para os usuários criarem perfis, se expressarem e compartilharem informações. Dessa forma, devem garantir funções ligadas a seu serviço, tal como a segurança, sigilo e inviolabilidade dos dados cadastrais, devendo também zelar pelo funcionamento e manutenção da rede social.

Sendo assim, não seria possível a responsabilização da Google pela falta de fiscalização do conteúdo postado pelos usuários, uma vez que a inserção de material ofensivo não integra o risco inerente à atividade, não podendo o provedor ser responsabilizado por serviço defeituoso (art. 14, CDC) e nem responder pelo dano moral, uma vez que não é aplicada a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, CC).

A Relatora ainda faz a ressalva quanto à jurisprudência da Segunda Turma do STJ, que prevê a necessidade de remoção preventiva do conteúdo apontado no prazo de 24h para que haja tempo para apreciar a veracidade das alegações. Ocorre que no presente caso, por ter sido notificada do conteúdo ao ser citada na ação, a Google optou por manter a questão no judiciário, pedindo a antecipação de tutela ao invés de tomar providência extrajudicial. Dessa forma, não houve inércia por parte da Google, uma vez que a parte que estava sendo prejudicada levou a judicialização da demanda e passou a se sujeitar ao que fosse deliberado pela autoridade judicial.

Também ressaltou que a Google cumpriu a ordem judicial que determinou a remoção do conteúdo, encontrando obstáculo apenas quanto a remoção do perfil pelo próprio usuário. Dessa forma, afastou a condenação de indenização à título de danos morais pela Google.

Em leitura aos julgados encontrados, foi possível perceber que o STJ tem entendimento no sentido de que é necessário indicar a URL para que se preceda a retirada do conteúdo[84]; os provedores não são obrigados a monitorar previamente as informações presentes nos resultados das pesquisas[85]; não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, a inserção de mensagens, pelo usuário, com

[84] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp nº 1.698.647/SP. 1. Ação ajuizada 08/04/2011. Recurso especial interposto em 06/08/2015 e atribuído a este Gabinete em 13/03/2017. 2. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ. 3. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. 4. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores. 5. A ordem que determina a retirada de um conteúdo da internet deve ser proveniente do Poder Judiciário e, como requisito de validade, deve ser identificada claramente [...]. Recorrente: Google Brasil de Internet Ltda. Recorrida: Cristiane Leal Oliveira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80110022&nu m_registro=201700478406&data=20180215&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.679.465/SP. 1. Ação ajuizada em 20/11/2012. Recurso especial interposto em 08/05/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Na hipótese, o MP/SP ajuizou ação de obrigação de fazer, em defesa de adolescente, cujo cartão de memória do telefone celular foi furtado por colega de escola, o que ocasionou a divulgação de conteúdo íntimo de caráter sexual, um vídeo feito pela jovem que estava armazenado em seu telefone. 3. É cabível o recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento em hipóteses de antecipação de efeito da tutela, especificamente para a delimitação de seu alcance frente à legislação federal. 4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de março de 2018 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81305102&nu m_registro=201602042165&data=20180319&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 abr. 2019

conteúdo ofensivo no site[86]; os provedores de aplicação devem manter um sistema de identificação de seus usuários minimamente eficaz, sendo a eficácia avaliada em cada caso[87]; a responsabilidade dos provedores de busca é afastada quanto ao resultado das pesquisas pois é reconhecida a impossibilidade de lhes atribuir a função de censor, o que impõe ao prejudicado direcionar sua pretensão contra o provedor de conteúdo que disponibiliza o conteúdo indevido, havendo situações excepcionais nas quais o Judiciário deve intervir pontualmente[88].

---

[86] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.338.214/MT. 1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012. 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02 [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638068&nu m_registro=201200396460&data=20131202&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019

[87] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.629.255/MG. 1. Ação ajuizada em 08/06/2015. Recurso especial interposto em 29/08/2016 e atribuído a este gabinete em 28/09/2016. 2. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso". 3. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Recorrido Marcia Roselly Soares. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75609052&nu m_registro=201602570364&data=20170825&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2017

[88] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.660.168/RJ. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet

O STJ ainda tem o entendimento de que, nos casos excepcionais, quando for necessária a intervenção do Poder Judiciário nos casos envolvendo provedores de busca, os direitos à intimidade, ao esquecimento e à proteção aos dados deverão prevalecer para permitir que os envolvidos possam seguir suas vidas com anonimato razoável[89].

O Tribunal também aponta que, àqueles que tenham sido absolvidos ou que tenham cumprido suas penas de forma integral, podem ter seu direito ao

entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo [...]. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrido D P N. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83459361&nu m_registro=201402917771&data=20180605&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019

[89] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.660.168/RJ. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo [...]. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrido D P N. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83459361&nu m_registro=201402917771&data=20180605&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019

esquecimento reconhecido por dar direito à esperança à pessoa. Há uma ressalva quanto aos fatos históricos, oportunidade na qual o interesse público e social, que deve perdurar pelo tempo, prevalece sobre o individual. No caso concreto presente no REsp 1.334.097/RJ, o nome e a imagem do recorrido apareceram em um programa da recorrente, Globo Comunicações e Participações Ltas., sobre a Chacina da Candelária. Ocorre que o recorrido foi absolvido quanto aos crimes que haviam sido a ele imputados no caso e, com a exibição do programa anos depois, voltou a sofrer as consequências sociais por ter sido réu em um crime histórico. O Tribunal entendeu que, caso a imagem e o nome do recorrido fossem ocultados, não seria ferida a liberdade de imprensa, tão pouco a honra do recorrente.[90] Dessa forma, ambos os direitos poderiam conviver de forma harmônica.

[90] O acórdão aponta que nem todas as conclusões feitas no caso se aplicam à internet tendo em vista as diferenças técnicas existentes entre este meio e o meio televisivo, o presente no caso. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 1.334.097/RJ 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação

2.1.4 Supremo Tribunal Federal

Na pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, os termos "esquec$ e internet"; "(exclusão ou retira$) prox conteúdo e internet"; "retirada url"; "retirar prox conteúdo adj internet"; "(desfazer ou retirar) prox vínculo e internet" e "fato (verdadeiro ou verídico) e retirada adj internet" não apresentaram resultado.

QUADRO 2 - Resultado da pesquisa jurisprudencial no STJ.

Data	Processo	Recorrente / Agravante	Recorrido	Assunto	Provimento

internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. [...] 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019

22.03.2012	ARE 660861 RG	Google Brasil Internet LTDA	Alliandra Cleide Vieira	Discute a responsabilidade civil do provedor em relação à publicação de mensagens ofensivas no site e relacionamentos Orkut	Não houve ainda o julgamento da ação tendo em vista ter sido fixado o Tema 533 da Repercussão Geral91

Fonte: elaboração própria.

Por ter sido o único processo encontrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de acordo com os critérios estabelecidos, será analisado o ARE 660.861 RG.

ARE 660.861 RG

O Agravo em Recurso Extraordinário interposto pela empresa Google Brasil Internet LTDA contra acórdão da 1ª Turma Recursal Cível da Comarca de Belo Horizonte versa sobre a comunidade "Eu Odeio a Aliandra", criada no Orkut, rede social da recorrente, que teria lesado a honra e a imagem da recorrida, direitos fundamentais da personalidade, tendo sido imposto o dever de indenizar está no montante de R$10.000,00 (dez mil reais) por ter a recorrente se omitido ao não atender o pedido de retirada do conteúdo.

[91] Tema 533 - "Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral nº 533. Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4155926&n umeroProcesso=660861&classeProcesso=ARE&numeroTema=533. Acesso em: 21 abr. 2019. Paradigma substituído pelo RE 1.057.258

Em 22.03.2012 foi reconhecida por maioria a Repercussão Geral da questão no Plenário Virtual[92], restando vencido o Min. Marco Aurélio.

O Relator Ministro Luiz Fux, destacou pontos do acórdão recorrido onde não é acolhida a preliminar indicada pela recorrente quanto sua ilegitimidade passiva em relação ao pedido de indenização por ter o Tribunal entendido que ao permitir a publicação de mensagens sem que haja algum tipo de controle ou dispositivos de segurança que visem evitar a publicação de conteúdos ofensivos, ou que permitam a identificação do responsável pela publicação, o prestador deve ser responsabilizado pelos riscos inerentes a tal serviço. O acórdão recorrido também não acolhe o argumento de que, pela recorrente não ser a autora do conteúdo publicado, ela não seria responsável por eventuais danos causados. Isto porque mesmo que o conteúdo tendo sido elaborado por terceiro respeitando as políticas internas do site, não haveria a exclusão da responsabilidade da recorrente devido à natureza do serviço prestado, uma vez que a recorrente deveria ter mecanismos capazes de impedir que conteúdos ofensivos fossem publicados. Alega também o recorrente que a prévia censura do conteúdo publicado na plataforma seria vedada pelos art. 5º, IV, IX, XIV, XXXIII e art. 220, §1º, §2º e §6º, todos da CF/88[94] por tornar vulnerável a liberdade de expressão e o direito à informação

Em 11.06.2012 a Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso sob o fundamento de que não constatou prejuízo à liberdade de expressão ou que houve a imposição de censura prévia, restando apenas a

[92] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). Acórdão. ARE nº 660.861/MG. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 de março de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

responsabilização de forma subjetiva do provedor tendo em vista sua ciência quanto aos conteúdos passíveis de prejudicar a imagem e honra da recorrida e, mesmo assim, optou por permanecer inerte. Apontou que ao analisar o conteúdo da comunidade, exerceu juízo de valor e chegou à conclusão de que o conteúdo não violaria de forma clara as normas do mundo real e nem as políticas de uso da plataforma, filiando-se assim aos terceiros autores da publicação. Ocorre que, ao realizar tal juízo de valor, a empresa não poderia ter relevado a publicação de foto da recorrente de forma não autorizada, tão pouco os comentários satíricos e ofensivos[93] Dessa forma, a recorrente optou por prestigiar a liberdade à expressão de terceiros em face dos direitos de personalidade da recorrida, de maneira extrajudicial.

Em 25.10.2012, a empresa Artigo 19 solicitou sua participação na ação como *amicus curiae*, tendo sida aprovada pelo Min. Relator em 20.02.2013[94]. Buscando apresentar os padrões internacionais em relação aos direitos humanos e a liberdade de expressão online, além da demonstração de que a responsabilização do intermediário pelo exercício de tal direito colide com tais padrões. Sustenta que o direito à liberdade de expressão é uma garantia da democracia, sendo que os padrões internacionais também são aplicados à realidade virtual, devendo haver uma análise rigorosa para que haja a restrição de tal direito. Dessa forma, sustenta que os

[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer Procuradoria-geral da República, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 11 de junho de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 02 mar. 2019

[94] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019 [97]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Amicus Curiae nº 55818, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de outubro de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

provedores não poderiam ser responsabilizados por conteúdos publicados por terceiros, uma vez que não possuem conhecimento jurídico suficiente para realizar a avaliação das restrições, além de que a contratação de advogados para a realização de tal serviço seria de alto custo. Caso os provedores pudessem ser responsabilizados, iriam suprimir postagens que se encontram dentro da legalidade, uma vez que iriam procurar evitar o risco de arcar financeiramente com eventuais infrações.[97]

Em 14.11.2012, a Associação Brasileira de Centro de Inclusão Digital (ABCID) protocolou petição solicitando que fosse aceita sua participação na ação como *amicus curiae*, tendo sido aceita pelo Min. Relator em 21.08.2014[95]. Aponta que os provedores de serviço de internet, na qual se encaixa a recorrente, propicia os meios pelos quais os usuários comuniquem-se, sem intervir na utilização de tais serviços. Aponta que a jurisprudência nacional não é unificada quanto à responsabilidade dos provedores, tendo sido adotados três entendimentos de forma frequente: a não responsabilização por condutas de terceiros; aplicação da responsabilidade objetivo, pelo risco da atividade desenvolvida; e a responsabilidade subjetiva pela não retirada do conteúdo ou pelo não cumprimento de decisão judicial que ordena a retirada. Aponta que, na época, haviam mais de 15 anos em que a internet estava disponível ao acesso público no Brasil, mas que ainda não havia legislação específica regulando as relações na rede, fazendo com que os tribunais apliquem de forma errada o art. 927, parágrafo único, CC, ou o CDC para que fosse

[95] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho nº 2, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019. [99]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Amicus Curiae nº 59552, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de novembro de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

configurada a responsabilidade objetiva dos provedores, que devida a sua extensão de aplicabilidade, leva a qualquer um que exerça alguma atividade que represente um risco (todas ou quase todas) responde objetivamente. Aponta também não ser cabível a responsabilidade objetiva por defeito no serviço prestado pelo provedor tendo em vista que não houve defeito na prestação e nem foi prestado com a segurança abaixo do esperado, sendo que não seria razoável que houvesse exigência de conduta por parte do provedor. Aduz que, ao aplicar a responsabilidade objetiva aos provedores, pode-se trazer prejuízo quanto ao grau de inovação por eles trazidos; aos custos gerados aos provedores devido às ações judiciais e devidas precauções jurídicas; e ao desenvolvimento, em colaboração, de aplicações com base em conteúdo de terceiros, em especial por parte das pequenas empresas. Destaca que o termo "provedor" tem a aplicação muito ampla, variando desde lan-houses até empresas de serviços online (como o Orkut), passando por redes sem-fio municipais e de lugares públicos (tais como shoppings e aeroportos), fazendo com que a oneração devida pela sua responsabilidade gere redução da oferta e variedade de serviços. Diz não ser cabível a responsabilização subjetiva no caso pois significaria a transferência da competência do poder judiciário em solucionar conflitos entre direitos fundamentais, da liberdade de expressão e dos direitos de personalidade, para os provedores de internet. Traz como exemplo a forma com o sistema judiciário dos Estados Unidos têm lidado com conflitos semelhantes: os provedores não são considerados autores de conteúdo, sendo apenas um meio de exibição[99].

As considerações feitas pela empresa encontram-se em concordância com a informação presente no primeiro capítulo, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário poderia limitar o direito à liberdade de expressão.

Em 16.05.2013, a empresa MDR Conteúdo e Publicidade na Internet LTDA-ME solicitou a participação no processo como assistente[96], tendo sido negada pelo Min. Relator em decisão monocrática publicada em 26.05.2017, sob o argumento de que a simples interposição de Recurso Extraordinário sobre o mesmo tema não permite que seja aceito como sujeito indiretamente interessado[97].

Diante da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o Min. Relator solicitou manifestação das partes, assim como da PGR, em especial em relação aos arts. 18 a 21, que versam sobre o tema tratado nos autos[98]

Em sua manifestação, a recorrente diz entender que não há mais a questão constitucional, conduzindo ao cancelamento da Repercussão Geral devido a perda do objeto[99]

Em 27.06.2017 o processo foi reautuado para o RE 1.057.258 por decisão do Min.

Relator que determinou a conversão do Agravo em Recurso Extraordinário[100]

---

[96] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Assistente nº 23205, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de maio de 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

[97] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 de maio de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

[98] BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 1, ARE nº 660.861. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DJe nº 111. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311875214&ext=.pdf>. Acesso em: 09 mar. 201

[99] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição de manifestação nº 34151, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

[100] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 de maio

Em 06.09.2017, ainda nos autos do ARE 660.861, a PGR apresentou nova manifestação concordando com a decisão que determinou a substituição do paradigma para o RE 1.057.258[101]

Em 03.07.2017, a recorrida prestou esclarecimentos apontando que o Marco Civil da Internet trouxe poucas inovações jurídicas e muitas insuficiências e deficiências. Aponta que ficou definido que o usuário, autor do conteúdo, tem responsabilidade primária sobre o dano que causar, enquanto o provedor responde junto àquele que causa o dano quando descumprir ordem judicial. Aponta que a situação discutida neste processo não se encontra abarcada pela lei, uma vez que o provedor de aplicação foi notificado, exerceu juízo de valor e optou por manter as publicações, o que traria a responsabilidade civil. Aponta que foram violados todos os direitos protegidos pelo art. 5º, X, CF/88[102], tendo em vista a utilização da imagem de forma não autorizada, sendo assim, não haveria como alegar que estaria havendo apenas o exercício da liberdade de expressão[103]

---

de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O parecer da Procuradoria-Geral da República, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux Brasília, 06 de setembro de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

[102] Constituição Federal/1988

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição de esclarecimento nº 37487, RE nº 1.057.258/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux.

Em 19.10.2018 deu-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, não havendo outras movimentações processuais após tal feito[104]

Em suma, diante das informações prestadas e das decisões proferidas, pode-se ser extraídas as seguintes informações: a discussão acerca da responsabilidade civil do provedor em retirar conteúdos ofensivos diante da notificação do ofendido encontra obstáculo (i) na dificuldade técnica dos provedores em determinar o que seria conteúdo ofensivo e o que seria a liberdade de expressão, sendo necessária a contratação de especialistas no assunto, sem que isso garantisse precisão em relação a decisão de retirada do conteúdo, ou não; (ii) a proteção constitucional à liberdade de expressão poderia estar sendo restrita por ente privado que não teria a competência para suprimir direito fundamental, sendo apenas o judiciário competente para tal feito; (iii) qual seria a responsabilidade do provedor por conteúdo ofensivo produzido por terceiro; (iv) a legislação atual, o Marco Civil da Internet, não estaria protegendo de forma completa aos usuários que se encontram na necessidade de retirada do conteúdo ofensivo, uma vez que continuariam sofrendo com as consequências da publicação até que fosse proferida a decisão judicial determinando a retirada.

Diante de tudo o que foi exposto, creio que no processo ainda haverá extensas discussões nos autos do processo e que, ao final, a Corte pode chegar a uma das seguintes conclusões: (i) há a responsabilidade do provedor que não retira o conteúdo ofensivo quando notificado desde que (a) o usuário aponte situações análogas nas

---

Brasília, 3 de julho de 2017. Disponívelem: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273. Acesso em: 09 mar. 2019

[104] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho nº 1, RE nº 1.057.258/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de julho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273. Acesso em: 09 mar. 2019

quais o judiciário determinou a retirada, ou (b) que seja um caso claro de desrespeito aos direitos fundamentais de personalidade[105], ou (c) não suspenda, em determinado prazo, o acesso à publicação para que haja uma averiguação quanto às alegações; ou que (ii) não há a responsabilidade do provedor que não retira o conteúdo ofensivo quando notificado, podendo ou não haver ressalva quanto ao caso claro de desrespeito aos direitos fundamentais depersonalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta a ser respondida neste trabalho é "Como se daria o direito ao esquecimento no âmbito da internet segundo os Tribunais Superiores brasileiros?".

O direito ao esquecimento consiste no embate entre os direitos à personalidade e os direitos à liberdade de expressão.

Os direitos à personalidade consistem em direitos à imagem, honra, vida privada e intimidade. Esses direitos, ao meu ver, encontram-se ligados intrinsecamente a quem a pessoa é e vão além da percepção do mundo quanto a pessoa, também envolvem a percepção da pessoa quanto a si própria e sua identidade. Todas as pessoas possuem sua esfera de personalidade que deve ser respeitada e que varia entre cada pessoa a depender de seu grau de exposição. Vale lembrar que até as

[105] Para exemplificar o que seria um caso claro de desrespeito aos direitos fundamentais de personalidade, trago o caso de Grayson Smith, um menino que possui uma doença chamada de craniossinostose, que faz com que a criança tenha uma aparência diferente à das outras crianças, além de diversas outras doenças. A mãe criou uma página em uma rede social contando como é a vida da criança e descobriu que passaram a utilizar a foto da criança como "memes", comparando-o a um cachorro e fazendo comentários ofensivos a sua aparência. A mãe então solicitou aos diversos sites em que as imagens estavam sendo divulgadas de forma ofensiva para que fossem retiradas. Alguns sites retiraram, outros ignoraram o pedido. O Facebook não retirou as imagens alegando que não haveria desrespeito a seus Padrões de Comunidade, só retirando após a mãe preencher um formulário de violação de direito autoral. YATES, Will. A mãe que luta contra memes que usam fotos de seu filho de 3 anos com doença terminal. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-38378717. Acesso em: 09 mar. 2019.

pessoas públicas possuem sua esfera de personalidade, menor que a de pessoas "anônimas", que deve ser respeitada.

Os direitos à liberdade de expressão, dentro os quais se encontram o direito pessoal de liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e direito à informação. Esse direito encontra grande importância na sociedade democrática em que vivemos, especialmente se levarmos em consideração as grandes censuras sofridas durante o período militar. Para demonstrar o tamanho da importância deste direito, usa-se de exemplo a repercussão quanto a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, STF, que determinou a retirada do ar de reportagens da revista Crusoé e do site O Antagonista que versavam sobre emails do empresário Marcelo Odebrecht, no âmbito da Operação Lava Jato, que citavam o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli[106]

Dessa forma, tem-se que ambos os direitos são de grande importância, individual e coletiva. Porém, são dois direitos que se encontram em rota de colisão, uma vez que enquanto um pode usar sua liberdade de expressão para dizer o que sabe ou pensa sobre alguém, a pessoa a quem a opinião versa sobre pode ter algum de seus direitos da personalidade feridos. Para equilibrar a relação entre ambos direitos, cria-se o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento busca uma relação saudável entre ambos direitos, procurando impedir que a liberdade de expressão fira a esfera da personalidade de

[106] PASSARINHO, Nathalia. Vítima, investigador e juiz em um só: inquérito de Toffoli deixa fraturas na relação do STF com os outros poderes: Os últimos desdobramentos do inquérito aberto pelo presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), José Dias Toffoli, para investigar suspeitas de ameaças, ofensas e "fake news" contra ministros da Corte conseguiram um feito inesperado: uniram o presidente da República, parlamentares, militares, a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e o Ministério Público em críticas ao tribunal.. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47992337. Acesso em: 25 abr. 2019

alguém, mas sem deixar que a personalidade se torne soberana sobre a liberdade de expressão.

Esse direito encontra solo fértil com a internet para se desenvolver, tendo em vista que esta ferramenta permite a propagação, produção e acesso a todos os tipos de informações. Ocorre que muitas dessas informações versam sobre alguém, ferindo seus direitos à personalidade.

Dessa forma, cria-se a realidade jurídica de precisar lidar com a situação.

O Poder Legislativo tratou sobre o tema de forma superficial na lei conhecida como Marco Civil da Internet, através de seu art. 21, que atribui responsabilidade subsidiária de provedor de internet caso receba intimação sobre conteúdo ofensivo e não torne o conteúdo indisponível.

Diante da insuficiência legislativa, cabe ao Poder Judiciário lidar com as situações envolvendo o direito ao esquecimento, motivo pelo qual se realizou a pesquisa de jurisprudência nos Tribunais Superiores.

Em leitura aos casos encontrados no STJ foi possível perceber que tem havido um maior zelo em relação aos direitos da personalidade, sem deixar de observar e ter zelo necessário com à liberdade de expressão. Creio que o motivo para isso seja o fato de que, com a internet, tem havido um fenômeno de "hiperinformação" na sociedade e que os limites à liberdade de expressão não se encontram tão claros. A nova ferramenta proporciona uma nova forma de ser exercida a liberdade de expressão, o que traz novas fronteiras para o direito e que necessitam ser definidas para que não haja desrespeito a outros direitos, em especial aos direitos de personalidade, tendo em vista que, com a internet, também encontrou novas

fronteiras, pois é um ambiente que, até pessoas comuns, passam a ter maior exposição.

Dessa forma, a jurisprudência da Corte se desenvolveu ao passo de dar preferência aos direitos à intimidade, ao esquecimento e à proteção aos dados uma posição de preferência quando o dissídio envolver provedor de busca, para que haja a preservação do anonimato da pessoa até certo grau, para que possa seguir sua vida. Mas também oferece tutela jurisdicional diferente quando se tratar de fato histórico por envolver o interesse público duradouro, que deverá prevalecer sobre o individual, e faz ressalva quanto à necessidade, ou não, de se exibir nomes e fotos sobre aqueles que estiveram envolvidos em crimes históricos, mas foram inocentados ou já cumpriram suas penas na integralidade.

No STF, só foi encontrado um caso, mas por se encontrar em repercussão geral, é possível entender que a Corte possui interesse no tema e reconhece sua importância.

Com a realização deste trabalho, percebi que o direito ao esquecimento vem se desenvolvendo na internet de modo a tornar viável a "remoção" do conteúdo ofensivo em questão, mas, ainda muitas vezes, depende da discricionariedade dos provedores de internet. Isto porque só há uma remoção ou bloqueio do conteúdo a partir de uma decisão judicial, em diversos casos. Como a internet é um ambiente de acesso global que permite o alcance de conteúdo em tempo real, uma resposta jurisdicional, mesmo por decisão liminar ou tutela antecipada, acaba por ser lenta frente à celeridade e facilidade que essa notícia pode se disseminar e causar dano à vítima. Para a solução desse problema, creio que há a necessidade de que haja a discussão e aprovação do Projeto de Lei 8.443/2017, principalmente por causa da sua

previsão de solução de problemas em relação postagens com conteúdo indevido por vias extrajudiciais. O Projeto não é muito extenso em termos de quantidade de artigos, mas me parece suficiente para lidar com as situações encontradas no momento por tratar da possibilidade da solução de conflitos por via extrajudicial; trazer tutela diferenciada para pessoas públicas; trazer a impossibilidade de retirada de informações ou suspensão de conteúdo ligados à detentores de mandato eletivo, agentes políticos, pessoas que estejam respondendo a processo criminal ou tenham sentença criminal condenatória; além de condicionar a remoção do conteúdo à falta de interesse público na publicação.

A aprovação do Projeto poderá significar uma diminuição na judicialização dos conflitos e, nos casos de judicialização, um suporte legal à parte prejudicada. Mas como havia citado anteriormente, a internet traz novas fronteiras à liberdade de expressão e, para acompanhar o desenvolvimento das ferramentas na internet, deverá haver debates e interesse do Poder Legislativo em atualizar a Lei, caso o Projeto seja aprovado, em observação às demandas e respostas do Poder Judiciário, e do ritmo em que surgirão novasdiligências.

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Enunciado nº 531, de 2013. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 2018. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acessoem: 26 mar. 2019.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.306.066/MT. 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano. 3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21084681&num_registro=201101271210&data=20120502&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.407.271/SP. 1. Ação ajuizada em 04.05.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 30.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa virtual pelo conteúdo dos respectivos resultados. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário [...].Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637892&num_registro=201302398841&data=20131129&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Acórdão. REsp nº 1.338.214/MT. 1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012. 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 4. A fiscalização

prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do

CC/02. [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638068&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.306.066/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21079084&num_registro=201101271210&data=20120502&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.407.271/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32637934&num_registro=201302398841&data=20131129&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Relatório. REsp nº 1.338.214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia



l=32638094&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.306.066/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Mauro Sérgio Pereira de Assis. Relator: Ministro Sidnei Beneti Brasília, 2 de maio de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia l=21079084&num_registro=201101271210&data=20120502&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.407.271/SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda; KRC. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia l=32637934&num_registro=201302398841&data=20131129&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Voto. REsp nº 1.338.214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia l=32638094&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Voto, REsp 1.021.987. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrida: Lidiane de Souza Santana Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 9 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia l=3946074&num_registro=200800024438&data=20090209&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.338.214/MT. 1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012. 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de

provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02 [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sassaki. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638068&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.629.255/MG. 1. Ação ajuizada em 08/06/2015. Recurso especial interposto em 29/08/2016 e atribuído a este gabinete em 28/09/2016. 2. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso". 3. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna- se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Recorrente: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Recorrido Marcia Roselly Soares. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75609052&num_registro=201602570364&data=20170825&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp nº 1.660.168/RJ. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado,nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo [...]. Recorrente: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. Recorrido D P N. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83459361&num_registro=201402917771&data=20180605&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Resp nº 1.679.465/SP. 1. Ação ajuizada em 20/11/2012. Recurso especial interposto em 08/05/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Na hipótese, o MP/SP ajuizou ação de obrigação de fazer, em defesa de adolescente, cujo cartão de memória do telefone celular foi furtado por colega de escola, o que ocasionou a divulgação de conteúdo íntimo de caráter sexual, um vídeo feito pela jovem que estava armazenado em seu telefone. 3. É cabível o recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento em hipóteses de antecipação de efeito da tutela, especificamente para a delimitação de seu alcance frente à legislação federal. 4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a

rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas [...]. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de março de 2018 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81305102&num_registro=201602042165&data=20180319&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.728.069/MG. 1. Debate-se nos autos a configuração de dano moral decorrente de ato de criação de comunidade virtual com divulgação de imagem pessoal e incitação à publicação de conteúdo vexatório relativo à pessoa portadora de deficiência. 2. A criação de comunidade virtual no intuito de expor, para além dos limites de sua cidade, conduta pública inadequada e vexatória atribuída à deficiência do desenvolvimento mental da vítima caracteriza grave desrespeito à condição humana dos portadores de deficiência, acarretando dano moral indenizável. 3. A exclusão da comunidade após a citação, ainda que seja circunstância a ser considerada para fins de quantificação da indenização, não afasta o dever de compensar pelos danos causados. 4. A ausência de inércia da empresa provedora de conteúdo, que nem sequer foi comunicada previamente para retirada do conteúdo ofensivo, afasta a caracterização de conduta ilícita e a pretensão de responsabilização. 5. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Antonio José Pereira de Souza. Recorridos: Camila Gomes Godinho Pimenta e Google Brasil Internet LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87162935&num_registro=201703136813&data=20181026&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 25. abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp nº 1.334.097/RJ 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso

infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. [...] 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomiado recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. [...]. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp nº 1.698.647/SP. 1. Ação ajuizada 08/04/2011. Recurso especial interposto em 06/08/2015 e atribuído a este Gabinete em 13/03/2017. 2. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente.



Precedentes deste STJ. 3. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinar a remoção de conteúdo na internet. 4. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores. 5. A ordem que determina a retirada de um conteúdo da internet deve ser proveniente do Poder Judiciário e, como requisito de validade, deve ser identificada claramente [...]. Recorrente: Google Brasil de Internet Ltda. Recorrida: Cristiane Leal Oliveira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 6 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80110022&num_registro=201700478406&data=20180215&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24. abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). Acórdão. ARE nº 660.861/MG. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 de março de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 de maio de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho nº 1, RE nº 1.057.258/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de julho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho nº 2, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux.

Brasília, 20 de fevereiro de 2013 . Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer da Procuradoria-Geral da República, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 06 de setembro de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer Procuradoria-geral da República, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 11 de junho de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Amicus Curiae nº 55818, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de outubro de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Amicus Curiae nº 59552, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de novembro de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Assistente nº 23205, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de maio de 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição de esclarecimento nº 37487, RE nº 1.057.258/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de julho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5217273. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição de manifestação nº 34151, ARE nº 660.861/MG. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Agravado: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de junho de 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4155926. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral nº 533. Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incide nte=4155926&numeroProcesso=660861&classeProcesso=ARE&numeroTema=533. Acesso em: 21 abr. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8443, de 2017 do Deputado Luiz Lauro Filho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979. Acesso em: 31 mar. 2019.

CARVALHO, Waldir Araújo. O direito ao esquecimento e o habeas data "negativo": uma analise a partir da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal. Revista Espaço Acadêmico, v. 18, n. 212, p.113-125, jan. 2019. Disponível em: http://eduemojs.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41025/751375138999. Acesso em: 27 mar. 2019

CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-

Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet. Acesso em: 21 nov. 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 952, p.85-119, fev. 2015.

COSTA, Nery André Brandão. Direito ao Esquecimento na Internet: a scarlet letter digital. *In*: SCHREIBER, Anderson (coord). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. P. 184-206.

COUTINHO, Filipe; ESCOSTEGUY, Diego. Polícia Federal prende célula do Estado Islâmico que planejava atentado nas Olimpíadas. 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/07/pf-prende-celula-do-estado-islamico-que- planejava-atentado-na-rio-2016.html. Acesso em: 13 out. 2018.

FRAJHOF, Isabella Zalcberg. As consequências do "Direito ao Esquecimento" para a liberdade de expressão. 2015. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26725/26725.PDF. Acesso em: 07 jun. 2018.

GUGIK, Gabriel. O que são Cookies? Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/web/1069-o-que-sao-cookies-.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

LEITE, Fábio Carvalho Leite. Liberdade de Expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. *In*: CLÉVE, Clemérson Merlin; FREIRA, Alexandre (coord.). Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora dosTribunais, 2014. P. 395-407.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. [S.L.]: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=MC_WToUcRc8C&oi=fnd&pg=PT11&dq=conceitos+internet+provedor&ot s=3c6jghjwiD&sig=5U6rXnTym2uj6QBOouRbXL-O8Og#v=onepage&q=provedor%20de%20aplica%C3%A7%C3%A3o&f=false. Acesso em: 21 nov. 2018.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 33, p. 110-124, out/dez. 2000.

LTDA, Mercado Livre.com Atividades de Internet. Termos e condições gerais de uso do site. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais- de-uso_1409. Acesso em: 26 mar. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 122, p.297-301, maio/jul. 1994. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf?sequence%20=3. Acesso em: 15 out. 2018.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. O direito à privacidade na era digital e as tutelas assecuratórias. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. maio/ago. 2016. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=244287. Acesso em: 1 abr. 2019.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado Estado de Vigilância. *In*: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (org.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29-48.

MORAES, Hélio Ferreira. Responsabilidade dos buscadores. São Paulo: Visual, 2012. [11 slides, color.] Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia- tecnologia/artigos. Acesso em: 23 nov. 2018.

MOTA, Lise Nery. Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. jan./mar. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57038. Acesso em: 1 abr. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. Vítima, investigador e juiz em um só: inquérito de Toffoli deixa fraturas na relação do STF com os outros poderes: Os últimos desdobramentos do inquérito aberto pelo presidente do STF (Supremo Tribunal

Federal), José Dias Toffoli, para investigar suspeitas de ameaças, ofensas e "fake news" contra ministros da Corte conseguiram um feito inesperado: uniram o presidente da República, parlamentares, militares, a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e o Ministério Público em críticas ao tribunal.. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47992337. Acesso em: 25 abr. 2019.

PAYÃO, Felipe. O seu smartphone grava as suas conversas sem que você saiba. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/google/109776-smartphone-grava-conversas-voce-saiba.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

PRESSE, France. As principais revelações de Edward Snowden. Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/as-principais-revelacoes-de-edward-snowden.html. Acesso em: 17 abr. 2019.

TAGIAROLI, Guilherme. Propagandas 'perseguem' você na web? Saiba como esses anúncios funcionam. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2014/07/18/propagandas-perseguem-voce-na-web-saiba-como-esses-anuncios-funcionam.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

VELLOSO, Fernando de Castro. Informática: Conceitos básicos. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yFcaBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=conceitos+b%C3%A1sicos+intern
et&ots=HBfKODIrym&sig=kLfYkJtRz5fp_hZS2uIYJwue1xI#v=onepage&q=url&f=false. Acesso em: 21 nov. 2018.

YATES, Will. A mãe que luta contra memes que usam fotos de seu filho de 3 anos com doença terminal. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/salasocial- 38378717. Acesso em: 09 mar. 2019.

ZANELLATO Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, [S.L.], v. 44 p.206-261 out./dez. 2002.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO ÂMBITO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL

Jairo Mendes de Araújo

RESUMO

A Administração Pública supre uma parte substancial de suas demandas por meio de contratações junto a terceiros, as quais, em regra geral, são efetivadas por meio de contratos administrativos. Tais contratos possuem, por força tanto da legislação específica quanto da tradição de predomínio da vontade público-administrativa sobre a do particular, cláusulas que mitigam a autonomia de vontades entre as partes, sendo denominadas de "cláusulas exorbitantes". À luz do estudo realizado, ganha notoriedade a capacidade da própria Administração Pública em sancionar seus fornecedores inadimplentes, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. A União, por meio da Lei de Licitações, cumpriu previsão constitucional e estabeleceu normas gerais nacionalmente uniformes para licitações e contratos administrativos. Porém, também a Constituição, pelo regime jurídico próprio às competências concorrentes (art. 24), também facultou aos demais entes federados legislar sobre aqueles temas. O Distrito Federal, até o presente momento, não aprovou uma lei específica, contudo, editou o Decreto nº 26.851/06, a fim de disciplinar a aplicação das sanções administrativas. Os princípios, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade, são importantes limitadores da pretensão punitiva do Estado. Ao longo da presente pesquisa buscou-se verificar, por meio da análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, a adequação do referido Decreto Distrital a esses princípios. Ao fim do estudo, concluiu-se que há reparos a serem feitos na legislação distrital.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Cláusulas exorbitantes. Sanções administrativas. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Decreto Distrital nº 26.851/06.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro possui uma forte atuação junto à sociedade por meio da implantação de políticas públicas, seja nas áreas da saúde, educação, segurança, infraestrutura, meio-ambiente dentre outras. Isso e outras ações estatais demandam, em maior ou menor grau, bens, serviços e obras para o seu implemento, os quais, por exemplo, no ano de 2017, as compras do Governo Federal de Entes que utilizaram o Sistema Comprasnet[1], movimentaram R$ 60,43 bilhões ou 0,92% do Produto Interno Bruto (PIB) [2].

Diante de tal cifra, é compreensível a iniciativa privada enxergar o Estado como um importante cliente, entretanto, diferentemente do que ocorre entre particulares, os contratos firmados com o Governo devem ser lastreados por algumas precauções adicionais. Felizmente, a maior parte das contratações transcorrerão normalmente, ensejando a entrega do seu objeto e o recebimento do valor devido. Por outro lado, algumas, por motivos diversos, apresentarão algum tipo de intercorrência, comprometendo a sua conclusão conforme o pactuado.

As diversas aquisições realizadas pelo Setor Público, como regra geral, são formalizadas por meio de contratos específicos, denominados contratos administrativos, os quais se encontram precipuamente regidos pela Lei nº 8.666/93, que instituiu as normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

1 Sistema de Compras Governamentais, formalmente denominado de Sistema de Serviços Gerais – SISG, tem como objetivo dinamizar o processo de compras públicas, proporcionando maior eficiência, transparência e controle do gasto público, além de benefícios econômicos com ganhos de escala e escopo.

2 Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Boletim de Compras Públicas. Brasília: Enap, 2018. Disponível em https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGIAL/Boletim_de_Compras_Publicas.pdf

Assim, os Entes Federados também estão aptos a legislar concorrentemente sobre o tema, desde que respeitados os limites gerais fixados pela Constituição.

Em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, os contratos administrativos contêm diversas cláusulas que exorbitam daquilo que é comumente pactuado entre particulares, em especial, a possibilidade do ente público, diante de um inadimplemento contratual da parte contrária, diretamente aplicar penalidades.

Nessa esteira, alguns Entes Federados normatizaram procedimentos específicos a fim de uniformizar a sua atuação, tais como, Paraná (Lei nº 15.608/07), Bahia (Lei nº 9.433/05) e Minas Gerais (Lei nº 13.994/01). No âmbito do Governo do Distrito Federal, todavia, buscou-se regular a aplicação das sanções administrativas previstas nas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02 por meio da edição do Decreto Distrital nº 26.851, de 30 de maio de 2006,

A existência do normativo por si só certamente não encerra a discussão sobre o tema, isto porque caberá sempre aprimoramentos, de modo a se alcançar um equilíbrio entre as necessidades do Estado em contratar e, ao mesmo tempo, inibir o inadimplemento contratual de maneira não abusiva. Assim, este trabalho buscou compreender os instrumentos sancionatórios à disposição do Distrito Federal, à luz dos princípios constitucionais-administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os contratos administrativos, estudados no âmbito do Direito Administrativo, revestem-se de importância diante do momento histórico em que vivemos, onde as irregularidades nas contratações públicas são expostas na mídia diariamente, indicando a ocorrência de algum tipo de inadimplemento contratual, o que, em tese, implicaria na aplicação de sanções às contratadas. Os limites desta

prerrogativa estatal trazem inquietações, pois é necessário, ou pelo menos deveria ser observado, um equilíbrio entre o caráter punitivo-educativo e a sobrevivência econômica da contratada.

O inadimplemento traz consequências danosas ao Estado e à sociedade, muitas vezes afetando, por exemplo, o acesso digno de milhões de pessoas aos sistemas de saúde e educação, direitos básicos de todo cidadão brasileiro. Por outro lado, o seu sancionamento não possui o condão de impedi-lo, e, se for abusivo, ainda poderá representar um óbice adicional à entrega do objeto contratado, ao submeter seus fornecedores a pesadas e desproporcionais sanções.

O Governo Federal, por exemplo, lançou em novembro de 2017, o "Programa Avançar", com o objetivo de finalizar 7.439 obras públicas, em diversas áreas, tais como saneamento, creches, unidades básicas de saúde, recuperação de pistas de aeroportos e duplicação de rodovias, entre outras iniciativas, a um custo estimado de R$ 130,9 bilhões[3]. Evidentemente, há inúmeras razões que levam à paralização de uma obra, mas, de certo, o inadimplemento figura como uma das mais importantes, seja do contratado, seja do contratante.

Já no âmbito do Distrito Federal, por exemplo, é recorrente a falta de medicamentos na rede hospitalar, principalmente os de alto custo, comprometendo a perspectiva de vida de centenas de pessoas. Os motivos, conforme exposto pela Secretaria de Saúde, são diversos, mas todos permeiam, além da falta de gestão, algum descumprimento de cláusula contratual[4].

[3]http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/governo-lanca-programa-para-concluir-mais-de-74-mil-obras-paralisadas

[4]https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/02/interna_cidadesdf,677621/cerca-de-25-dos-medicamentos-de-alto-custo-estao-em-falta-no-df.shtml

Como se verifica, é cristalino o alto impacto do inadimplemento contratual no cotidiano das pessoas e na própria rotina administrativa do Estado. Assim, o inadimplemento e o seu posterior sancionamento implicam em um conflito entre o Estado e o particular, no qual a participação do advogado é essencial para a sua solução, a fim de evitar eventuais abusos, principalmente por parte do Ente Estatal.

No Distrito Federal, o processamento das licitações se dá de forma híbrida, ou seja, centralizada e descentralizada. Em 1999 houve uma tentativa do governo em centralizar todas as suas compras governamentais na Central de Compras[5], entretanto, ao longo do tempo, a legislação sofreu reiteradas alterações, a fim de permitir que diversos órgãos realizassem os seus próprios processos de licitação. Deste modo, atualmente, as licitações são realizadas de forma descentralizada por diversos órgãos (Companhia Energética de Brasília, Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal, Corpo de Bombeiros, etc.) e centralizada, por meio da Central de Compras (até dezembro de 2018, denominada de Subsecretaria de Compras Governamentais), para os demais órgãos e entidades do Complexo Administrativo do Governo do Distrito Federal (GDF).

Os valores envolvidos nas compras governamentais locais, por sua vez, não são desprezíveis. De acordo com o Relatório de Prestação de Contas do Governador do Distrito Federal, as despesas da Administração Direta com materiais, serviços e investimentos em 2017 totalizaram R$ 2,2 bilhões, as quais foram executadas mediante a formalização prévia de um contrato administrativo[6].

[5] Lei Distrital nº 2.340, de 12 de abril de 1999. Cria na estrutura administrativa do Governo do Distrito Federal, a Coordenadoria de Seguros do Distrito Federal e a Central de Compras do Governo do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 70, de 13/04/99.

[6] http://www.transparencia.df.gov.br/arquivos/PCA_BALANÇO%20GERAL_2017.pdf

Desta maneira, buscou-se ao longo de todo o trabalho responder ao seguinte questionamento: o sancionamento do inadimplemento decorrente de contratos administrativos, no âmbito do Distrito Federal, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade?

A pesquisa desenvolvida balizou-se pelo objetivo geral de analisar os princípios constitucionais norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade no sancionamento do inadimplemento contratual.

A aplicação das sanções administrativas previstas nas Leis de Licitações e do Pregão, no âmbito do Distrito Federal, foi disciplinado, conforme antes referido, pelo Decreto nº 26.851/06, no entanto, diante da aplicação fática do instrumento, é possível que dúvidas e questionamentos ainda emerjam diante dos parâmetros norteadores adotados.

A contrário, o Tribunal de Contas da União[7] e outros órgãos, como a Presidência da República[8] e o Ministério do Planejamento[9], vêm buscando pautar o sancionamento de empresas inadimplentes pelo princípio da proporcionalidade, impondo sanções pesadas para as condutas gravosas e punições leves para as infrações brandas.

De forma complementar ao atingimento do objetivo geral buscar-se-á atingir aos seguintes objetivos específicos:

[7]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de Pregão Eletrônico. Disponível em http://portal.tcu.gov.br/comunidades/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/

[8] BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Instrução Normativa nº 01, de 13 de outubro de 2017. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 out. 2017. Seção 1, p. 05-06.

[9] BRASIL. Ministério do Planejamento. Caderno de Logística. Sanções Administrativas. Diretrizes para formulação de procedimentos administrativo específico. Disponível em https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf.

- Compreender a legislação relativa à aplicação de penalidades administrativas, no âmbito Federal e do Distrito Federal; e

- Identificar os parâmetros adotados pelo Distrito Federal para o sancionamento de eventuais inadimplementos contratuais.

O desenvolvimento de uma pesquisa necessita de um norteamento ao longo de suas etapas e isto se dá por meio da adoção, desde a sua gênese, de um método. Lakatos e Markoni (2003, p. 83) nos auxiliam nesta empreitada, ao definirem método como sendo:

> "um conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo-conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista."

O estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, mais adequado ao escopo do trabalho, uma vez que buscou compreender a doutrina e a legislação atinentes à situação problema proposta e, a partir disso, analisar as especificidades existentes no âmbito do Distrito Federal.

O levantamento de dados, primeiro passo de qualquer pesquisa científica, conforme Lakatos e Markoni (2003, p. 174), foi realizado por meio de pesquisas documental e bibliográfica.

A pesquisa documental compreendeu a consulta à legislação disponível, em especial às Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02, ao Decreto Distrital nº 26.851/06, bem como a Portarias e Manuais disponíveis em órgãos da Administração Pública, como o Tribunal de Contas da União e o Ministério do Planejamento.

O presente trabalho foi dividido em cinco partes. A primeira delas consiste na apresentação introdutória da pesquisa, a relevância do estudo, o seu escopo, traduzido pela explicitação do problema de pesquisa e seus objetivos (geral e específicos), a delimitação temática, além da explanação sobre a metodologia utilizada no estudo.

O primeiro capítulo propriamente dito destinou-se ao estudo do contrato administrativo, ao seu inadimplemento e às sanções administrativas dele decorrentes, a partir do olhar doutrinário.

No segundo capítulo buscou-se a compreensão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na tentativa de delimitá-los inclusive quanto à fronteira tênue que os separa.

Posteriormente, no capítulo 3, analisou-se o Decreto Distrital nº 26.851/06, a fim de se compreender sua dinâmica executiva, bem como verificar possíveis inconsistências quanto aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A quinta e última etapa, a partir da análise dos elementos colhidos ao longo de todo o estudo realizado, destina-se ao arremate conclusivo do trabalho e em especial da situação problema proposta.

Ao final, o nosso objetivo é compreender a sistemática de aplicação de sanções administrativas pelo Governo do Distrito aos seus fornecedores de bens e serviços, e assim aferir se a mesma se dá de maneira harmônica com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E AS SANÇÕES A ELE APLICÁVEIS

O Estado brasileiro é um demandante contumaz de bens, serviços e obras na busca da promoção do bem comum, os quais, em regra, são obtidos por meio de um processo licitatório ou contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação), conforme a situação fática.

Desta maneira, considerando a impossibilidade do Estado ser autossuficiente, conforme discorrem Mastrodi e Brito (2017, p. 91), há a necessidade de se recorrer a terceiros estranhos à Administração Pública, de modo a selecionar, conforme o procedimento adequado, a proposta mais vantajosa para o Poder Público. Vencida esta etapa, a formalização da avença por meio de um contrato é uma consequência natural comum ao cabo deste processo.

Carvalho Filho (2014, p. 173) entende como substrato comum a todos os contratos o acordo de vontades entre as partes visando a consecução de um determinado fim, por meio de um comprometimento mútuo com o intuito de honrar as obrigações ajustadas.

Diante da multiplicidade de objetos e fins a que se destinam, a Administração Pública possui competência para celebrar diversos tipos de contratos com terceiros, observadas as particularidades do objeto e das disposições legais aplicáveis ao caso. Diante dessa diversidade contratual, o contrato administrativo certamente é o mais rotineiro no serviço público, sendo a competência para o seu regramento por meio de normas gerais estipulado na Constituição, conforme o art. 22, XXVII, define como competência privativa da União legislar sobre normas de licitação e contratação, nos seguintes termos:

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> [...]

> XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municipal, obedecido o disposto no art. 37,
>
> [...]
>
> XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III;"

Complementa o art. 37, XXI da Constituição Federal:

> "Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios [...] e, também ao seguinte:
>
> [...]
>
> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratos mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Assim, atribuiu-se à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais sobre contratação, que assim procedeu por meio da Lei nº 8.6666, de 21 de junho de 1993, facultando implicitamente aos entes federados a possibilidade de legislarem também sobre o tema, desde que em consonância com a norma geral.

Entretanto, essa repartição de competências não está pacificada, pois conforme observa Di Pietro (2014, p. 376), a Lei nº 8.666/93, em seu art. 1º, já define que todas as suas disposições possuem natureza de normas gerais, determinado, conforme no art. 118, que Estados, Distrito Federal, Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de se adaptarem as suas normas sobre

licitações e contratos ao "disposto nesta lei", não possibilitando que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo.

1.1 Contrato Administrativo

Avenças entre particulares e o Estado são algo bastante remoto na história humana, entretanto o contrato administrativo como o conhecemos hoje, diferenciando-se dos demais contratos, é algo um pouco mais recente.

Somente entre os anos de 1870 a 1920, na França, conforme nos auxilia Horbach (2016, p. 57), é que ocorreu o desenvolvimento de uma inovadora jurisprudência pelo Conselho de Estado francês, da qual emergiram diversos institutos do direito administrativo, em especial, o próprio contrato administrativo.

Os posicionamentos deste Conselho, continua Horbach (2016, p. 57), repercutiram pela Europa e países latino-americanos, dando origem a Teoria dos Contratos Administrativos, a qual estabeleceu os pressupostos diferenciadores do contrato administrativo, apartando-o do direito civil, com vistas a assegurar a supremacia do interesse público na relação contratual.

Atualmente, os contratos celebrados pela Administração compreendem os contratos de Direito Privado da Administração e os contratos administrativos, conforme bem assinala Bandeira de Mello (2008, p. 609). Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e aos efeitos essencialmente pelo Direito Privado e os segundos regem-se pelo Direito Administrativo.

Sendo de nosso interesse o segundo enfoque, resta a pergunta: afinal, o que é um contrato administrativo? Iniciamos com a definição apresentada por Carvalho Filho (2014, 175), no qual trata-se de um "ajuste firmado entre a Administração

Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público".

Na mesma sintonia, Meirelles (2016, p. 239) entende que se trata de um "ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração".

Horbach (2016, p. 57), partindo de premissas semelhantes, formula de uma maneira mais exaustiva o seguinte conceito:

> "Contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado pela administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas – com terceiros, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, submetido a um regime de direito público que garanta prerrogativas para a Administração e voltado à realização de um interesse público".

Tais contratos possuem suas peculiaridades, de modo que Di Pietro (2014, p. 273) sintetizou suas características principais nos seguintes termos:

> "1. Presença da Administração Pública como Poder Público;
>
> 2. Finalidade pública;
>
> 3. Obediência à forma prescrita em lei;
>
> 4. Procedimento legal;
>
> 5. Natureza *intuitu personae*;
>
> 6. Presença de cláusulas exorbitantes;
>
> 7. Mutabilidade".

Assim, alguns aspectos, como a sempre necessária presença da Administração Pública como uma das partes, sob o manto dos princípios e das normas do Direito

Administrativo e dispondo de privilégios em relação à outra parte, evidenciam diferenças substanciais entre os contratos administrativos e os contratos firmados entre particulares.

Entretanto, é importante registrar o alerta feito pela própria Di Pietro (2014, p. 268), para a qual nem sempre essa diferenciação poderá ser simples, pois em seu entendimento mesmo os contratos de Direito Privado firmados pela Administração são derrogados parcialmente pelo Direito Público, imprimindo-lhes algumas características que também existem nos contratos administrativos propriamente ditos.

Desta maneira, diante de tais características, certamente a de maior relevância ao presente estudo é aquela atinente à presença das cláusulas exorbitantes. O termo "exorbitantes" pode até parecer depreciativo ou abusivo, mas segundo Mazza (2014, p. 449), ao contrário, tais cláusulas recebem tal denominação porque são dispositivos incomuns, atípicos, anormais para a lógica igualitária dos contratos de Direito Privado.

Isto posto, a presença de cláusulas exorbitantes é um diferenciador dos contratos administrativos e implica, segundo Meirelles (2016, p. 241), a participação da Administração em condição de supremacia de poder na relação contratual, permitindo, complementa Horbach (2016, p. 52), a submissão do particular a condições que são estranhas ao Direito Civil.

Por conseguinte, para Meirelles (2016, p. 241), tais cláusulas não seriam lícitas num contrato privado, pois desigualariam as partes na execução, entretanto são válidas no contrato administrativo, desde, ressalta o autor, que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa.

Dois traços essenciais, apontados por Horbach (2016, p. 53), caracterizam uma cláusula exorbitante. O primeiro deles é a existência de prerrogativas, em favor da própria Administração, ligadas ao interesse público, que retiram a igualdade natural entre as partes observada nos contratos privados. O segundo é a verificação de limitações à liberdade contratual, que restringem a atuação do Poder Público.

O interesse público norteia, lembra Carvalho Filho (2014, p. 34), o desenvolvimento das atividades administrativas do Estado, para o benefício da coletividade. Assim, continua o autor, não é em si o indivíduo o destinatário final, mas sim o grupo social como um todo.

Binenbojm (2005, p. 3) é cético sobre tal entendimento, pois compreende que tal princípio visou tão somente a manutenção do *status quo* existente antes da Revolução Francesa. Para o autor, o que se busca é a quebra da isonomia entre as partes, de modo semelhante como ocorria na França absolutista, onde as relações entre o soberano e seus súditos aconteciam sob o dogma da verticalidade (privilégio) e não da horizontalidade (direito).

Por sua vez, Ferreira (2018, p. 207) reconhece que os contratos administrativos são regidos por princípios e regras de ordem pública colocando a Administração Pública em posição de superioridade, entretanto, alerta que tal situação por vezes prejudica o particular ou até mesmo o bom andamento do serviço público.

No caso da Administração Pública, continua Ferreira (2018, p. 207) não se pode deixar de mencionar que a incidência do princípio da supremacia do interesse público opera como uma "blindagem" à intervenção do Direito Privado nas relações jurídicas de Direito Público, em especial em suas contratações. A doutrina

tradicional sempre há de trazer esse princípio como obstáculo à superação da dicotomia entre Direito Público e Privado, mas a doutrina mais moderna, segundo o autor, vem afastando esse entendimento.

Apesar das discussões doutrinárias sobre o tema, o fato é que as cláusulas exorbitantes estão positivadas em nosso ordenamento jurídico, no que tange aos contratos administrativos, enumeradas no arts. 56, 58, 78, XV da Lei nº 8.666/93, compreendendo:

Exigência de garantia: com a finalidade de garantir a plena execução do contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público, preservando o interesse público, a Administração Pública poderá - ou seja, é uma faculdade - exigir do contratado, até mesmo na fase de licitação (art. 31, §2º, Lei nº 8.666/93), a apresentação de garantia, a qual, em regra, não poderá ultrapassar o correspondente a cinco por cento do valor do contrato;

Alteração unilateral do objeto: essa prerrogativa permite a Administração Pública promover alterações quantitativas ou qualitativas, os termos do inciso I, do art. 65 da Lei nº 8.666/93[10];

Rescisão unilateral: a possibilidade da rescisão unilateral do contrato pela Administração está prevista no artigo art. 58, II, c/c arts. 79, I e 78, I a XII, devendo ser motivada e precedida de ampla defesa (art. 78, parágrafo único), podendo para Bandeira de Mello (2008, p. 622), a rescisão ocorrer por razões de interesse público obviamente fundadas e justificadas, sem falta do contratado, caso em que este fará

[10] Isto não significa, no entendimento de Bandeira de Mello (2008, p. 621), total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, o que implicaria em burla ao instituto da licitação. Estas modificações, segundo o autor, só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, onde novas circunstâncias acabam por impedir a realização do escopo inicial, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações;

jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido (§2º do art. 79 da Lei nº 8.666/93), ou por falta do contratado, nas hipóteses a que se reportam os artigos mencionados;

Fiscalização: trata-se de prerrogativa do Poder Público, prevista no art. 58, III, e disciplinada mais especificamente no seu art. 67, que exige ser a execução contratual acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especificamente designado;

Retomada do objeto: para Di Pietro (2014, p. 287), a retomada do objeto tem por objetivo assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público e, principalmente, ao andamento de serviço público essencial - trata-se, neste último caso, de aplicação do princípio da continuidade do serviço público;

Restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus):* somente a partir de atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração, decorrentes de obras, serviços ou fornecimento já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, é fica assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das suas obrigações, até que seja normalizada a situação, nos termos do inciso XV, do art. 78 da Lei de Licitações. Assim, segundo Di Pietro (2014, p. 288), no Direito Administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular. Em regra, o que se pode fazer é requerer, administrativamente ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que

obtenha ordem da autoridade competente para paralisá-lo. Frisa a autora, que a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de rescisão unilateral apenas por parte Administração (art. 79, I), sendo que em nenhum outro dispositivo confere tal direito ao contratado;

Aplicação de penalidades: a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa de aplicar sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre as indicadas no art. 87 da Lei de Licitações.

Certos comportamentos agressivos ao interesse público, conforme Bandeira de Mello (2008, p. 634), praticados em relação aos contratos administrativos são qualificados como crime. Na Lei de Licitações, a partir de seu art. 89, encontram-se tipificadas diversas condutas como crime, tais como, de contrato efetuado sem licitação, prorrogação contratual fora das hipóteses admissíveis, fraude, etc. As penas estabelecidas são de detenção, que varia de três meses a seis anos, conforme a figura delituosa, e multa entre dois e cinco por cento do valor do contrato.

1.2 Inexecução Contratual e Sanções Administrativas

O ideal na vida e nos contratos seria que tudo aquilo pactuado inicialmente entre as partes fosse de fato adimplido, mas infelizmente, ao longo da execução, não é raro que fatos novos emerjam e alterem a dinâmica do cumprimento do contrato, levando ao inadimplemento total ou parcial do originalmente ajustado.

O inadimplemento contratual, nos termos de Meirelles (2016, p. 267), compreende a inexecução contratual decorrente do descumprimento de suas cláusulas, seja no todo ou em parte, podendo ocorrer por meio de uma ação ou

omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado.

Na inexecução culposa, conforme Carvalho Filho (2014, p. 208), em função de toda uma gama de intensidade de conduta, extremam-se o dolo e a culpa, ambos agrupados, no Direito Civil, na culpa civil (art. 186, Código Civil). Assim sendo, significa dizer que é irrelevante lesar a parte agindo com dolo (ânimo intencional de descumprir) ou culpa (ação ou omissão com imprudência, imperícia ou negligência): sendo desobedecido o ajuste e inexistindo motivo determinante para a exclusão da culpa, a parte poderá ser considerada inadimplente.

Já a inexecução sem culpa, segundo o mesmo Carvalho Filho (2014, p. 212), ocorre quando uma das partes não consegue cumprir o contrato nas condições em que foi firmado, em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do objeto do contrato. Correspondem a situações excepcionais, e a eles não deu causa a parte inadimplente. Por isso tratam-se de excepcionalidades com capacidade para influenciar negativamente a macha da execução contratual.

A inexecução de um contrato trará sempre transtornos às partes, uma vez que o fim que se pretendia não será alcançado em sua plenitude. Porém, a depender da situação fática o contratado poderá ser responsabilizado de diversas maneiras, como bem sintetiza Madeira (2014, p. 819):

> "a. Responsabilidade civil: que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial; pode provir de lei, do ato ilícito e da inexecução do contrato;
>
> b. Responsabilidade administrativa: é a que resulta da infringência de norma da Administração estabelecida em lei

> ou no próprio contrato, impondo um ônus ao contratado para com qualquer órgão público;
>
> c. Suspensão provisória: é a sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade;
>
> d. Declaração de inidoneidade: é a pena aplicável por faltas graves do contrato inadimplente, para impedir que continue contratando com a Administração. É sanção administrativa. Só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos. O que caracteriza é o dolo ou a reiteração de falhas".

Inicialmente, a Lei de Licitações traz em seu bojo o rol das penalidades aplicáveis aos contratados que violarem as obrigações assumidas perante a Administração Pública. Assim, a inexecução total ou parcial do contrato dá à Administração a prerrogativa, independentemente de autorização judicial, de aplicar e executar por ato próprio, sanções de natureza administrativa (art. 58, IV), dentre aquelas indicadas a seguir no art. 87 da Lei de Licitações.

> "I - advertência;
>
> II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
>
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
>
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior".

Em 2002, a Lei nº 10.520, responsável pela instituição da modalidade de licitação denominada pregão, aumentou, conforme disposto no seu art. 7º, o prazo máximo para a suspensão temporária de dois para até cinco)anos, quando da prática de atos contrários ao certame do pregão e/ou ao contrato decorrente do mesmo, nos temos fixados naquela lei, mas não trouxe previsão para a sanção de advertência e de inidoneidade: porém, trouxe a previsão de descredenciamento do sancionado do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF)[11], providência esta não disposta na Lei nº 8.666/93.

Tais sanções são compreendidas por Carvalho Filho (2014, p. 221) como uma série de atos administrativos, de caráter punitivo, sendo as mais leves, as penas de advertência e de multa, e as mais graves, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Portanto, ao observar as sanções administrativas previstas na legislação para o eventual inadimplemento contratual é notório perceber a existência de gradação entre as penalidades, partindo de uma penalidade mais leve, como a advertência, até chegar a uma penalidade mais gravosa, como a declaração de inidoneidade. Entretanto, não há uma vinculação entre a conduta e a sanção aplicável.

A existência de um rol de sanções na legislação veda à Administração criar novas maneiras de apenar o inadimplente, não sendo possível, por exemplo, como

[11] O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF tem por finalidade cadastrar e habilitar parcialmente os interessados, mediante cadastramento único, pessoas físicas ou jurídicas, em participar de licitações realizadas por órgãos/entidades da Administração Pública Federal, bem como, acompanhar o desempenho dos fornecedores cadastrados e ampliar as opções de compra do Governo Federal. Fonte: <http://www.comprasnet.gov.br/Ajuda/siasg/FaqSicaf_Nov2006.htm#r1>. Acesso em: 20 mar. 2019.

explicitado em decisão do TCU[12] , a inserção de cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como punição em si mesma, tendo em vista que as disposições da Lei de Licitações não tratam tal providência como modalidade autônoma de apenação.

Lançado um olhar sobre os tipos de sanções, observa-se que a advertência é aquela que sem dúvida carrega o menor grau de restrição, é a mais branda delas, devendo ser reservada para as infrações mais leves, que não acarretam prejuízo de monta à Administração. Naturalmente, são cabíveis somente aos contratos ainda vigentes, pois segundo o Ministério do Planejamento (2015, p. 26), esta sanção possui um caráter mais educativo, devendo produzir um efeito pedagógico junto ao penalizado, cujo objetivo último é que surta um efeito positivo na qualidade da prestação dos serviços.

No Direito Privado, quando o consumidor quando é mal atendido, o produto entregue é de baixa qualidade, ou simplesmente não é entregue, além das medidas sancionatórias legais, possui o adquirente arbítrio de nunca mais adquirir qualquer coisa daquele estabelecimento. Infelizmente, para a Administração Pública esta não é uma decisão trivial, pois para assim proceder deverá sancionar a contratada por meio da suspensão temporária, a qual é conceituada por Meirelles (2016, p. 274) como sendo a "sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade".

Em relação à mesma sanção, Meirelles (2016, p. 274) ainda chama a atenção para o seu alcance. Seria restrita ao órgão sancionador ou abarcaria toda a

[12] Processo nº TC-012.916/1999-4. Decisão nº 621/01. Relator Ministro Marcos Vinicios Villaça. DOU, Brasília, DF, 11 set. 2001.

Administração Pública? De maneira breve, o que se verifica é que atualmente o Tribunal de Contas da União tem firmado entendimento de que tal sanção incide apenas sobre a Administração diretamente relacionada, ou seja, somente em relação ao órgão ou à entidade que contratou e penalizou a respectiva empresa, não se ampliando a toda Administração Pública, conforme se extrai a seguir do Acórdão nº 2.962/15-TCU-Plenário[13].

> "9.3.2. a jurisprudência deste Tribunal tem se sedimentado no sentido de que a penalidade de suspensão temporária e de impedimento de contratar prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 incide somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, a exemplo dos Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012 e 1.064/2013, todos do Plenário".

Justen Filho (2016, p. 342) posiciona-se no sentido de restringir a suspensão temporária a esfera federativa de aplicação da sanção, partindo de uma análise do próprio texto legal. O glossário contido no art. 6º (XI e XII) da Lei 8.666/93, define o termo "administração" como todo o conjunto de entidades estatais exercentes de função administrativa, enquanto a "administração pública" indica, no corpo da lei, apenas a entidade que participa da contratação.

Assim, conclui o autor, a suspensão do direito de participar de licitação deve produzir efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar, pois tal interpretação deriva da redação legislativa, uma vez que o inciso II, art. 87 da Lei de Licitações utiliza apenas o vocábulo "administração".

A declaração de inidoneidade está prevista no art. 87, IV da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

[13] Processo nº TC 019.168/2015-2. Acórdão nº 2.962/15. Relator Ministro Benjamin Zymler.

> "Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
>
> [...]
>
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
>
> [...]
>
> § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação".

É a penalidade aplicável, conforme Meirelles (2016, p. 274), na ocorrência de faltas graves do contratado, em que há dolo ou a reiteração de falhas do profissional ou da empresa, a fim de impedir que continue contratando com a Administração.

O art. 88 da Lei de Licitações especifica algumas condutas passíveis de sancionamento, tanto por suspensão temporária, quanto por declaração de inidoneidade, como se observa a partir de sua redação a seguir.

> "Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
>
> I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
>
> II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

> III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados".

O erro para Meirelles (2016, p. 274), é uma contingência humana e, quando não há má-fé ou reincidência decorrente de culpa grave, deve ser punido com penalidade mais branda que a declaração de inidoneidade, que pode acarretar a ruína do infrator, uma vez que pode privá-lo de seu principal cliente. Por isso, em regra, atribui-se competência a autoridades de hierarquia mais elevada, como é o caso de Ministros de Estado, do Secretários Estaduais ou Municipais, conforme o caso.

É importante observar, que se constatando a ocorrência de fraude à licitação, o Tribunal de Contas da União também possui competência para declarar a inidoneidade de empresa licitante para participar de licitação Pública Federal, em razão do disposto no art. 46 de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92):

> Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Uma outra barreira que se impõem ao particular declarado inidôneo é que a própria Lei de Licitações considera crime a contratação de empresa ou profissional considerado inidôneo, nos termos do art. 97, com previsão de detenção de seis meses a dois anos, além de multa.

Por fim, Carvalho Filho (224, p. 223) chama a atenção para uma questão de ordem prática sobre o alcance do efeito da aplicação dessa sanção administrativa, no que tange aos contratos em vigor celebrados com a sociedade punida. Sob a ótica do autor, tais contratos não estariam sujeitos à rescisão automática, devendo, se for ocaso, ser instaurado o devido processo administrativo para o desfecho contratual. Significa, pois, que os efeitos da punição são *ex nunc*, ou seja, incidem apenas para

licitações e contratações futuras. Outro aspecto é o de que nada impede que, a despeito da sanção, os demais contratos sejam regularmente cumpridos pelo contratado.

Assim, a declaração de inidoneidade, segundo Medeiros (2011, p. 3), diferencia-se da suspensão temporária, não pelo conteúdo, mas pela extensão, prazo e competência.

Quanto à multa, é a única que possui natureza pecuniária e ao mesmo tempo cumulável com as demais penalidades, nos termos dos arts. 86 e 87, §2º, da Lei nº 8.666/93.

A Lei de Licitações é regulada pelo Direito Público, mas isso não se dá de maneira estanque, uma vez que o Direito Privado é aplicado de maneira supletiva, nos termos de seu art. 54:

> "Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

O art. 389 do Código Civil, conforme assinala Carvalho Filho (2014, p. 201), dispõe que se não for cumprida a obrigação, "responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". A disciplina alcança todos os contratos, inclusive os contratos administrativos, eis que inexiste previsão a respeito de qualquer prerrogativa especial relativa aos efeitos da inadimplência contratual.

As consequências para o inadimplemento são previstas em cláusula específica denominada cláusula penal, assim definida por Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 361):

> "A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposo da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso mora".

Evidente que no contrato administrativo não há que se falar em um acordo sobre a cláusula penal, mas uma imposição da Administração ao particular. Para Stolze e Pamplona filho (2011, p. 361), a cláusula penal possui dois fins básicos: a pré-liquidação de danos e a função intimidatória. O primeiro, busca estabelecer de modo antecipado como se dará a indenização à parte prejudicada pelo inadimplemento contratual. O segundo, atuaria mais no âmbito psicológico do eventual devedor, influindo para que ele não deixe de solver o débito, no tempo e na forma estipulados.

A partir destes fins e da análise do art. 409 do Código Civil, Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 362) identificam duas espécies de cláusula penal:

a) Cláusula penal compensatória (estipulada para o caso de descumprimento da obrigação principal);

b) Cláusula penal moratória (estipulada para o caso de haver infringência de qualquer das cláusulas do contrato, ou inadimplemento relativo — mora).

Retornando à Lei de Licitações, observa-se que a cláusula penal nela prevista contempla as duas espécies referidas[14], a moratória no art. 86 e a compensatória no art. 87, II. Quanto aos percentuais aplicáveis, a lei é silenciosa, remetendo ao

[14] "Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
[...]
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"

disposto no instrumento convocatório ou contrato, o que em prejuízo parece possibilitar uma total discricionariedade do gestor público.

O Tribunal de Contas da União (2010, p. 753) recomenda que o contrato dever observar e especificar as condições e valores, os percentuais e a base de cálculo e o prazo máximo para recolhimento, após a ciência oficial. Ademais, o próprio Tribunal recomenda que na redação de cláusulas contratuais referentes à aplicação de multas, deve evitar-se o uso de expressões imprecisas ou que gerem dupla interpretação, a exemplo da seguinte informação "multa de ATÉ 5%".

Quanto ao pagamento da multa, o particular fornecedor, após regular procedimento e observado o contraditório e a ampla defesa, poderá ter seu valor descontado da garantia relativa ao objeto contratado e, se superior ao valor desta, o remanescente será descontado dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração, conforme previsão contida nos §§ 2º e 3º do art. 86 da Lei nº 8.666, de 1993, ou quando for o caso, cobrada judicialmente.

A Lei nº 12.846/13 estabeleceu a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contrários à Administração Pública nacional e estrangeira. Apelidada de "Lei Anticorrupção" (LAC) entrou em vigor 29 de janeiro de 2014.

Nesse sentido, trata-se de uma nova lei que busca combater a prática de condutas fraudulentas graves nas licitações e contratações públicas e a corrupção, de modo que sua aplicação vai muito além daquelas infrações gerais/ordinárias tratadas no âmbito da Lei de Licitações e desta forma, não será objeto de estudo neste trabalho, apesar de contar com alguns dispositivos inovadores, como a possibilidade de se firmar acordo de leniência, que dentre as suas particulares, permite a isenção

ou a atenuação das sanções aplicadas decorrentes dos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações.

Ao final deste capítulo compreendeu-se as diversas especificidades que cercam a celebração dos contratos administrativos pelas chamadas cláusulas exorbitantes. Ficou patente a posição de supremacia da Administração Pública frente aos seus fornecedores, em especial naquilo relativo à aplicação de sanções administrativas em virtude de possível inadimplemento contratual.

O rol de sanções previstas nas legislações confere à Administração Pública grandes poderes a fim de garantir o perfeito adimplemento de seus ajustes, entretanto, como ensina a sabedoria popular, a diferença entre o remédio e o veneno muitas vezes é a dose.

Desta maneira, diante da ausência de parâmetros cristalinos para a aplicação de tais sanções, o estudo dos princípios, em especial da razoabilidade e da proporcionalidade, no capítulo a seguir é essencial ao presente estudo, pois buscam conter os eventuais excessos praticados Administração Pública.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS DESTACÁVEIS

Segundo Silva (2005, p. 91) a palavra princípio aparece com diversos sentidos, apresentando uma ideia de começo, de início.

Em uma definição preliminar, abrangente e genérica, Cretella Júnior (1988, p. 7) compreende os princípios de uma ciência, como sendo "proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subsequentes". Assim, prossegue o autor, os princípios constituem os alicerces da ciência, a base, ou seja, é a essência que não se pode perder de vista.

Já Bandeira de Mello (2015, p. 54) ao tratar do assunto, e de acordo com Silva (2005, p. 91) sob um olhar sobre os princípios fundamentais da Constituição Federa de 1988, conceituou princípio da seguinte maneira:

> "Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico".

Os princípios possuem uma aplicação ampla no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a Teoria Geral do Direito, conforme Rocha (2015, p. 143), reconhece atualmente como espécies do gênero normas jurídicas, os princípios e as regras.

As normas, segundo Silva (2005, p. 91) são:

> "preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem".

Os trabalhos sobre os princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy tiveram larga repercussão e servem de importante referencial para o entendimento da dinâmica das normas jurídicas.

A distinção substancial entre princípios e regras pode ocorrer a partir, conforme Farias (1996, p. 24), a partir da ideia de peso ou importância dos princípios e a identificação dos princípios como mandados de otimização.

Ronald Dworkin (*apud* Farias, 1996, p. 25) entende que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância ausente nas regras. Essa característica se revela claramente para Dworkin quando dois ou mais princípios entram em colisão entre si. Nessa hipótese, a colisão seria solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio em cada contexto e momento, a fim de escolher qual(is) dele(s) no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o(s) outro(s).

Assim, conforme assinala Carvalho Filho (2014, p. 18), havendo a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, será necessário verificar, após o processo de ponderação de seus valores, qual princípio prevalecerá à hipótese concreta.

Ainda segundo Dworkin, as regras jurídicas não possuiriam tal dimensão, de modo que de um conflito dado entre duas regras, apenas uma delas poderá ser válida, cabendo ao intérprete identificá-la. Para levar a cabo esta decisão, os critérios norteadores devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico, como por exemplo, o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade.

Diversamente, Robert Alexy (*apud* Farias, 1996, p. 26) defende a concepção de que entre regras e princípios existe não só uma diferença gradual, mas qualitativa. Segundo o autor, os princípios são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios seriam "mandados de otimização" que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Ao revés, as regras são normas categóricas que apenas admitem ser cumpridas ou não, neste último caso dar-se-ia uma infração sancional. Se uma regra é válida,

contém, portanto, uma ordem peremptória que deve ser cumprida sem admitir graduação sobre ela própria ou outra regra válida pertinente assim o determinar.

Quanto ao Direito Administrativo brasileiro, o mesmo se vale de inúmeros princípios, dentre os quais, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. São princípios que não estão expressos no texto constitucional, mas estão inseridos no art. 2º da Lei nº 9.784/99, dispositivo que compreende um rol exemplificativo dos princípios que devem *a priori* serem observados pela Administração Pública Federal.

Neste sentido, pode-se aferir que os princípios são grandes norteadores da aplicação do Direito, e em especial do Direito Administrativo ao caso concreto, e que inexistem princípios absolutos e, portanto, colisões entre princípios, conforme apresentado por Dworkin, são fenômenos comuns à nossa sociedade presente.

As cláusulas exorbitantes, estudadas no capítulo anterior, implicam em uma supremacia da Administração Pública perante o particular, de modo que os conflitos são inerentes neste campo. A solução muitas vezes perpassará por diversas questões de ordem técnica ou jurídica, porém, na busca da solução mais adequada, dois princípios são indispensáveis, a razoabilidade e a proporcionalidade.

2.1 Princípio da razoabilidade

Sua origem, segundo Barroso (2009, p. 256), ocorre a partir da Carta Magna de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra da Inglaterra, em decorrência da cláusula *law of the land,* a qual procurou coibir os excessos praticados pelo Rei contra a nobreza. No mesmo nascedouro, também emergirá a garantia ao devido processo legal, cujo desenvolvimento influenciará o princípio da razoabilidade.

Foi, contudo, no direito estadunidense, continua Barroso (2009, p. 256), onde ocorreu desenvolvimento jurisprudencial do devido processo legal, consagrado nas 5ª e 14ª emendas da Constituição dos Estados Unidos, possibilitando que o princípio da razoabilidade surgisse como um parâmetro para o controle de constitucionalidade.

O princípio do devido processo legal pode apresentar dois sentidos: processual (ou adjetivo) e material (ou substantivo), conforme esclarece Netto (2000, p. 13):

> "Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos)".

Inicialmente, disserta Barroso (1996, p. 198), o devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases não excludentes: "a primeira onde se revestiu de caráter estritamente processual, e uma segunda, de cunho substantivo, que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional". Esta segunda fase, foi marcada por três fases bem distintas: prestígio, desprestígio e renascimento.

O prestígio e consolidação da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal ocorre no final do século XIX persistindo até o final da década de 30. É um momento, conforme Oliveira (2013, p. 123), em que a Suprema Corte americana está impregnada pelos ventos liberais da ausência de intervenção do Poder Público

nas questões econômicas e sociais. Entretanto, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, explica Oliveira (op.cit.) o Estado vê-se compelido a adotar uma série de medidas de intervenção no domínio econômico e social, encontrando forte reação contrária da Suprema Corte. A partir deste embate, o entendimento predominante à época foi alterado, deixando a Suprema Corte, a partir dali de efetuar controle substantivo das leis de cunho econômico e social.

Posteriormente, a partir de 1950, há um renascimento do devido processo legal substantivo, conforme observa Oliveira (2013, p. 124):

> "O devido processo legal substantivo e nasce com vigor, quando a Suprema Corte introduz em sua jurisprudência a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas (liberdades pessoais) [...]Enquanto na análise de casos envolvendo a liberdade econômica os tribunais deveriam evitar interferência, no julgamento das questões envolvendo liberdades pessoais."

Diante a consolidação do devido processo legal em seu caráter substantivo, Siqueira Castro (*apud* Barroso, 1996, p. 199), arremata que o mesmo "tornou-se um importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental". É por seu intermédio, segundo Siqueira Castro que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Para Ferraz Jr. (2016, p. 106) o princípio da razoabilidade compreende se tratar de um controle finalístico da lei e da adequação entre meios e fins por ela estabelecidos, com o que a legalidade é, de certo modo, entrelaçada com a razoabilidade.

Em nosso país, de acordo com Meirelles (2016, p. 99), o princípio da razoabilidade angaria dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Barroso (1996, p. 204) ao realizar uma análise sobre as dificuldades de conceituação do princípio da razoabilidade, defende que o mesmo é mais fácil de ser sentido do que conceituado, uma vez que se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva.

Deste modo, apesar de sua reconhecida importância, a razoabilidade é um princípio que pode gerar dúvidas e discussões infindáveis, por possuir diversas acepções. Ferraz Jr. (2016, p. 109) elenca algumas, a saber:

> "1. No âmbito da técnica (enunciados técnicos: se quer A, faz B) fala-se de meios razoáveis para obter certo fim (razoabilidade técnica).
>
> 2. Na axiologia jurídica (enunciados valorativos: a situação A é justa), diz-se que são razoáveis certas situações elas próprias com carga valorativa (cooperação, ordem, paz, segurança, etc.) quando se fundam na justiça, enquanto valor fundante e abarcante dos demais (razoabilidade axiológica).
>
> 3. Na ciência do direito (enunciados dogmáticos de busca de razão suficiente para uma conduta: a conduta A tem por fundamento a lei Y), a razoabilidade significa uma adequada subsunção: adequada essencialmente quando se dá em face de uma *standard* comportamental jurídico, adequada verdadeiramente, quando se dá em face de critério de justiça acolhido pelo ordenamento (razoabilidade jurídica)".

Conceitualmente, a razoabilidade, no entendimento de Carvalho Filho (2014, p. 41), é a "qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa".

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 99) compreende que tal princípio busca evitar excessos, de modo a compatibilizar os meios e os fins, a fim de evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração.

Assim, para Ferraz Jr (2016, p. 109), ao se falar da razoabilidade em *sentido lato*, por exemplo, em relação a um ato administrativo (como por exemplo, a aplicação de uma sanção por inadimplemento contratual) pensa-se, em geral, na razoabilidade jurídica, a qual admitirá duas espécies: a de ponderação e a de seleção.

Para o mesmo autor (2016, p. 110), partindo da hipótese de que as normas jurídicas são constituídas de um antecedente e um consequente (se ocorrer inadimplência, segue a sanção, por exemplo), estaríamos diante de uma razoabilidade de ponderação. Em termos de justiça, estaria em questão o equilíbrio entre o fato e a consequência.

Já a razoabilidade de seleção, entende Ferra Júnior (op. cit.), relaciona-se com a escolha dos conteúdos que integrarão o fato antecedente da norma (legal, judicial, administrativa). Aqui, a razoabilidade se refere não à imputação, mas ao imputado. Exemplifica o autor:

> "Na imputação subjetiva do cometimento de um ato criminoso, se os imputados de 16 anos devem ter o mesmo tratamento dos de idade superior. Ou seja, cada vez que o emissor de uma norma a estabelece, deve efetuar uma valoração de razoabilidade ao selecionar o alcance do fato antecedente (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 110)".

Conclui Ferraz Jr (2016, p. 113), que a avaliação do princípio da razoabilidade deve se iniciar pela razoabilidade dos fins perseguidos, para depois avaliar a razoabilidade do meio.

Durante a execução da lei pelo administrador, acrescenta Rocha (1997, p. 270), muitas situações fáticas dependerão da adoção de critérios interpretativos para se compreender qual interesse público deve ser preservado. A razoabilidade, deste modo, segundo a autora, incide sobre critérios interpretativos e o fim pretendido, de modo que somente seria alcançada pelas ações ou omissões adotadas pelos agentes públicos que fossem congruentes com as finalidades pré-determinadas pela lei.

Em sentido consonante, Carvalho Filho (2014, p. 42) vislumbra que o princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Para o autor, a ausência de razoabilidade é condicionada à existência de algum vício do comportamento estatal. Significa dizer, segundo o autor, que o princípio da razoabilidade somente seria violado quando houvesse uma violação do padrão vigente da licitude.

Em postura parcialmente diversa, Barroso (1996, p. 204) arremata que o princípio da razoabilidade é um "parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".

Para o autor, é razoável aquilo que se encontra em conformidade com a razão, a partir de uma noção de equilíbrio, moderação e harmonia, o que por sua vez, não se coaduna com algo arbitrário, correspondendo ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Importante, no entanto, atentar que a produção de normas jurídicas pelo Estado normalmente se dará ainda, conforme Barroso (2009, p. 232), diante de certas circunstâncias concretas, visando a realização de determinados fins, a serem

atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, conclui o autor, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios.

Enfim, para Barroso (2009, p. 232), a razoabilidade deve ser aferida da seguinte maneira:

> "Em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexiste qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação".

Assim, podemos compreender ao final que o princípio da razoabilidade, de uma origem anglo-saxônica, exprime no direito brasileiro uma relação entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. A ideia de proporcionalidade é inerente, mas só isto não basta, sendo necessária uma análise dos instrumentos disponíveis para a consecução de um fim e depois escolher os meios mais adequados para o seu atingimento. Exemplificando. O Estado brasileiro pode estabelecer diversos instrumentos que estimulem seus fornecedores a adimplir adequadamente suas obrigações, seja por estímulos negativos ou positivos. O princípio da razoabilidade perpassa este momento inicial de definição de tais instrumentos,

2.2 Princípio da proporcionalidade

Bonavides (2004, p. 398) afirma que a proporcionalidade é de conhecimento bastante antigo da humanidade, sendo, porém, redescoberta nos últimos duzentos anos, com o advento do Direito Administrativo, no qual possui atualmente uma aplicação já clássica e tradicional.

Sua redescoberta se dá na Alemanha, em um ambiente fortemente influenciado pelas ideias liberais, com o intuito delimitar a discricionariedade administrativa, conforme aponta Barroso (2009, p. 256), buscando evitar eventuais arbítrios do Poder Público, sobretudo no exercício do poder de polícia, complementa Oliveira (2013, p. 124).

Já na metade do século XX, diante do fim do regime nazista e de seus horrores, ficou evidente para a sociedade alemã, conforme demonstra Barros (2003, p. 7), a necessidade de uma legislação que zelasse pelos direitos fundamentais e que fosse capaz de impedir o cometimento de novas atrocidades. Assim, a Constituição Alemã, promulgada em 1949, buscou tutelar os direitos fundamentais frente aos poderes do Estado, utilizando-se dentre outros instrumentos, ainda que implicitamente, do princípio da proporcionalidade, ocorrendo assim, a sua incorporação ao Direito Constitucional.

Entretanto, é importante verificar que o princípio da proporcionalidade não traz consigo um conteúdo relativo à conduta humana, necessitando da complementação material de outras normas, conforme assevera Ávila (1999, p. 170), nos seguintes termos:

> "O dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele

> estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas. O dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras), e não o dever de proporcionalidade, algo diverso de uma norma de conduta ou mesmo de estrutura".

No que tange ao Brasil, a Constituição de 1988, ao trazer diversos direitos, garantias e princípios norteadores de sua aplicabilidade, também carrega a difícil missão em conciliá-los com a atuação estatal e a realidade fática da sociedade, advindo irremediavelmente em algum momento conflitos, os quais implicarão no dever de ponderação, cuja medida, nos termos de Ávila (1999, p. 170), só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade.

Assim, para a solução de tais conflitos, onde haja uma relação de causalidade entre o meio e fim, torna-se necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que de fato se atinja a finalidade almejada. Nesta esteira, a doutrina alemã ao se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade, de acordo com Oliveira (2013, p. 124), o compreendeu a partir de três subprincípios essenciais e interconectados, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por intermédio do subprincípio da adequação, conforme Zimmerli (*apud* Bonavides, 2004, p. 396), verifica-se se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, ou seja, a norma deve possuir aptidão para os fins a que se destina.

No entanto, segundo Ávila (2005, p. 116):

> "A compreensão da relação entre meio e fim exige resposta a três perguntas fundamentais: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?"

Para responder essas indagações, o mesmo Ávila (2005, p. 117) recomenda uma análise em termos quantitativos (intensidade), qualitativos (qualidade) e probabilísticos (certeza).

Já o subprincípio da necessidade, por sua vez, conforme explica Carvalho Filho (2014, p. 43), implica na exigibilidade da medida, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos.

O exame da necessidade para Ávila (2005, p. 122) envolve duas etapas de investigação. A primeira, o exame da igualdade de adequação dos meios, visando verificar se os meios alternativos promovem igualmente o mesmo fim. A segunda, o exame dos meios menos restritivos aos direitos fundamentais colateralmente afetados.

Em relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Hirschberg (*apud* Ávila, 1999, p. 171) o compreende como uma condição negativa, uma vez que exige que o meio e o fim devam estar em relação de proporção, ou, nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 43), "quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens".

Assim, nesse subprincípio é necessário julgar o grau de importância do fim e o grau de restrição, ou seja, as vantagens causadas pela promoção do fim, ou, as desvantagens decorrentes da adoção do meio.

Resumidamente, usando das palavras de Ávila (1999, p. 174), podemos compreender esses subprincípios da seguinte maneira:

> "Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos".

Para Ferraz Jr (2016, p. 117), o que se discute ao final é a aferição da compatibilidade justa entre os meios e fins. É essa compatibilidade, segundo o autor, que evoca padrões de proporcionalidade (lógica interna da estrutura meio/fim) e razoabilidade (bom senso, sentido criterioso do ato normativo) da lei.

Deste modo, sendo um determinado comando instituído por lei, o primeiro passo é verificar a sua necessidade diante da finalidade pretendida. Assim, a necessidade é o primeiro critério de justeza proporcional, pois se contrapõe ao supérfluo.

Atendido esse requisito, deve-se verificar se ele é funcionalmente adequado para obtenção do fim e, ademais, substancialmente adequado por não agredir outro valor protegido constitucionalmente. A justeza proporcional implica aqui harmonia.

Por fim, deve-se averiguar se, ainda que necessário e adequado, o dispositivo é proporcional estrito senso à finalidade a que se destina, não contendo excessos, para mais ou para menos. E o terceiro requisito, finaliza Ferraz Jr (op.cit), traz por fim à justeza proporcional da relação em sentido de prudência, pois nem tudo que é necessário e adequado é, por consequência, justo: a proporcionalidade exige o sopesamento próprio do julgamento virtuoso e, nesse sentido, razoável.

Assim, o princípio da proporcionalidade, conforme anota Rocha (1997, p. 271), busca evitar a prática de excessos pelo Poder Público, a fim de permitir que os atos praticados alcancem seus objetivos previstos na proporção demandada pela situação jurídica. Deste modo, o ato do administrador não deve ultrapassar, seja em intensidade ou extensidade, o necessário para atingir o interesse público.

Nessa perspectiva, Carvalho Filho (2014, p. 43) entende que o fundamento do princípio da proporcionalidade é justamente o excesso de poder que o Estado possui, e o fim a que tal princípio se destina é coibir a prática de atos de agentes públicos que ultrapassem os limites esperados. Evidentemente, conclui o autor, que o Poder Público tem o dever de atuar e de agir em determinadas situações, entretanto deve-se pautar pelo equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Curiosamente, conforme já anteriormente mencionado neste capítulo, o princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto na Constituição Federal, apesar de fazer parte do rol de princípios elencados na Lei nº 9.784/99, a qual dispõe:

> "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

A proporcionalidade é um princípio que deve ser observado pela Administração Pública. Assim, evidencia-se, por exemplo, que a dosimetria da sanção administrativa deve levar em conta a lesividade do bem protegido. Falta contratual de natureza leve não deve ser apenada acirradamente com a proibição de licitar (TRF 5ª Região. 1ª Turma. AC nº 19303/RN. Rel. Des. Ridalvo Costa. DJ 16. jul. 1993).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu que "embora tenha ocorrido atraso na execução do objeto, a utilidade para o contratante não justifica que o mesmo aplique a multa de 88,5% sobre o valor do contrato. Multa desproporcional. Apelação desprovida"[15].

Em ambos os casos apresentados, o princípio da proporcionalidade foi de essencial importância para análise do caso concreto, estabelecendo-se uma relação compatível entre a multa aplicável e a infração cometida.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de possuírem origens distintas, tanto o princípio da razoabilidade, quanto o da proporcionalidade, visam seguramente evitar o cometimento de abusos pelo Estado.

O princípio da razoabilidade, em síntese, exprime uma relação entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. No presente estudo, vislumbra-se como fim desejado o correto adimplemento das obrigações assumidas pelos fornecedores perante a Administração Pública, entretanto, diante do inadimplemento, as sanções administrativas constituem-se nos meios disponibilizados pelo legislador para punir, inibir e compensar a mesma Administração (total ou ao menos parcialmente) dos danos sofridos.

A escolha do meio mais eficiente para o atingimento deste fim perpassa necessariamente pelo exame de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, extremamente congruente com o princípio anterior, também se constitui em uma análise entre meios e fins desejados, atendidos aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, é necessário verificar se as

[15] TJDFT. 3ª Turma Cível. APC nº 4808798/DF. Acórdão nº 106302. Rel. Des. Campos Amaral. DJ 05.ago.1998 Seção 3, p. 99.

ações do fornecedor perante o inadimplemento se deu de forma culposa ou não, a sanção aplicada é condizente com a infração cometida e finalmente, e talvez a essência deste princípio se a intensidade da sanção (valor da multa, tempo de suspensão, por exemplo) é adequada com a infração cometida e com seus reflexos para a Administração para a Sociedade.

Os princípios ora analisados permeiam o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal e se irradiam pela legislação infraconstitucional visando, dentre outros fins, assegurar uma correta e adequada atuação estatal. De modo que as normas que regem as licitações públicas e os contratos administrativos não podem ou não poderiam se esquivar de observá-los.

No capítulo a seguir iniciaremos o estudo do Decreto Distrital nº 26.851/06, responsável por regulamentar a aplicação de sanções nos contratos administrativos no âmbito do Governo do Distrito Federal, a fim de verificar a sua adequação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3 AS SANÇÕES CONTRATUAIS NO ÂMBITO DO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL

O Governo do Distrito Federal, por meio do Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006, regulou a sua pretensão punitiva diante do inadimplemento de seus fornecedores, em consonância com as sanções previstas nas Leis nº 8.666/93 (Lei de Licitações) englobando assim, as sanções administrativas de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, observando os princípios elencados na Lei Federal nº 9.784/99, recepcionada no âmbito distrital pela Lei nº 2.834/01.

O art. 7º da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) prevê hipóteses para a aplicação da sanção de impedimento para licitar com a Administração Pública e descredenciamento do SICAF por até cinco anos. O Decreto Distrital menciona expressamente esta sanção em seu art. 2º, inciso III, entretanto as hipóteses de incidência presentes na Lei Federal foram recepcionadas no âmbito da sanção de suspensão temporária, limitando a sua duração a dois anos.

3.1 Advertência

Dentre o rol das penalidades, a primeira que emerge é a penalidade de advertência, tratada no art. 3º do Decreto Distrital. Basicamente, deu-se um tratamento genérico, limitando a norma a dois requisitos básicos à sua aplicação: a forma escrita e a existência de um descumprimento de qualquer obrigação avençada.

É evidente que uma advertência decorre de um descompasso entre aquilo que está previsto no contrato e o que de fato está sendo realizado, e deve, portanto, conter determinação expressa das medidas necessárias esperadas para a correção dos desvios, estipulando-se um prazo adequado para tal.

A advertência pode inicialmente transparecer uma ideia de não possuir desdobramentos posteriores, entretanto, o art. 5º, II, do Decreto Distrital em tela, demonstra que não é bem assim, pois possibilita que diante da inobservância da advertência aplicada pela Administração, poderá o contratado, ser penalizado com outra sanção ainda mais gravosa, a de suspensão temporária de contratar com a Administração por até noventa dias.

Assim, verifica-se que a Administração Pública poderia ter incorporado, visando a uma melhor redação do *caput* do art. 3º, do Decreto em tela, menção à

necessidade do estabelecimento das medidas corretivas necessárias e o prazo para o seu cumprimento: isso acarretaria uma maior eficiência da sanção aplicada, bem como, segurança ao contratado das medidas a serem implementadas.

3.2 Multa

A multa, como sendo a única sanção de natureza pecuniária, é aquela na qual se observa um maior cuidado em sua regulamentação. Como estudado anteriormente, poderá ser moratória (art. 86, Lei nº 8.666/93) ou compensatória (art. 87, II, Lei nº 8.666/93) e ambas são reguladas na Administração Pública do Distrito Federal por meio do art. 4º do Decreto nº 26.851/06.

O referido artigo dispõe de vários incisos e parágrafos, o quais tratam de temas relacionados com a multa, assim distribuídos:

1. .. Incisos I e II – multa moratória;
2. .. Inciso III – multa compensatória decorrente de atraso na entrega;
3. .. Inciso IV – multa compensatória decorrente da inexecução parcial ou total;
4. .. Inciso V – multa compensatória decorrente da inexecução de qualquer cláusula contratual;
5. .. Parágrafo §1º, incisos de I a III e parágrafo 2º – pagamento da multa;
6. .. Parágrafo 3º – contagem do prazo de atraso;
7. .. Parágrafo 4º, incisos I e II – hipóteses de desconsideração do atraso;
8. .. Parágrafo 5º – cumulatividade e observância da proporcionalidade;

9. .. Parágrafo 6º – rescisão contratual;

10.. Parágrafo 7º – hipótese de rescisão contratual sem aplicação de multa.

Desta maneira, os incisos e parágrafos do art. 4º trazem cinco situações passíveis de atrair a incidência de multa contratual. Duas em percentuais fixos (incisos III e IV) e outras três em percentuais variáveis (incisos I, II e V), a serem aplicadas conforme o número de dias de atraso ou as circunstâncias do caso concreto.

O atraso injustificado na entrega do objeto do contrato enseja a aplicação por parte da Administração da multa moratória. Contudo, antes de ingressarmos nessa seara, é sempre importante ter em mente que o fornecedor não é um inimigo da Administração, mas salvo em casos extremos e específicos, que inclusive devem ensejar sanções mais gravosas de outra natureza, um parceiro importante para o fornecimento de insumos necessários ao bom desenvolvimento das atividades do setor público.

A multa moratória é um estímulo à pontualidade do contratado no cumprimento de suas obrigações, caso contrário, de acordo com o referido inciso I do art. 4º do Decreto 26.851/06, estará sujeito a uma multa diária de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) sobre o montante das parcelas obrigacionais adimplidas em atraso. Tais percentuais não possuem uma padronização no âmbito da Administração Pública brasileira, uma vez que há grandes variações sobre a definição dos percentuais incidentes. Apenas, para efeito de uma breve comparação, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, no Edital do Pregão Eletrônico nº 21/18 adotou, em relação a multa moratória, um percentual de 0,10% (dez centésimos por

cento), por dia de atraso, entretanto, incidente sobre o valor do contrato[16]. Já o Tribunal de Contas da União, por sua vez, adota, conforme seu Manual de Pregão Eletrônico[17], um percentual de 0,50% (cinquenta centésimos por cento), por dia de atraso, também incidente sobre o valor do contrato.

Esse mesmo dispositivo normativo distrital limita a multa moratória em 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento), ou 30 dias de atraso. O TCDF limitou, no caso do pregão citado, a multa moratória a 10% do valor do contrato ou 100 dias de atraso. O TCU por sua vez, em seu manual, limita a multa moratória a 30% do valor do contrato, ou 60 dias de atraso.

Ultrapassado o teto máximo da multa moratória ficará caracterizado a inexecução contratual parcial ou total, o que poderá ensejar a rescisão contratual, nos termos dos arts 77 c/c 78, I, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, o atraso injustificado superior a 30 dias, implica como regra geral, no cancelamento e/ou rescisão do contrato, nos termos do art. 4º, §6º, do Decreto nº 26.851/06. Entretanto, a própria Administração Distrital naquele regulamento abriu uma possibilidade, condicionada à existência de justificado interesse da unidade contratante, em admitir atrasos injustificados superiores a 30 dias, ao mesmo tempo em que majora em 100% o índice diário da multa, passando de 0,33% para 0,66% ao dia, com efeito *ex tunc*, retroagindo ao primeiro dia de atraso, conforme se extrai do art. 4º, II e §6º do Decreto nº 26.851/06.

[16] https://www.tc.df.gov.br/2-controle-social/licitacoes-e-contratos/. Acesso em 19/10/18.

Ou seja, presume o Decreto que a partir de 30 dias de atraso a prestação tenha se tornado inútil para a unidade contratante, passando a hipótese a ser de inadimplemento absoluto e não mais de simples mora, exceto se expressamente permanecer o interesse da Administração (a juízo dela) na prestação do objeto.

Entretanto, a redação do já citado art. 4º, II, do Decreto Distrital nº 26.851/06, é incongruente, pois penaliza da mesma maneira a mora superior a 30 dias e o inadimplemento completo da obrigação (art. 4º, IV), limitando o *quantum* máximo aplicável a estes casos a quinze por cento.

Trilhando esse caminho, ao aplicar a multa de 0,66% ao dia a contar do primeiro dia de atraso, a mesma totalizará 15,18% em apenas 23 dias. Assim, o número de dias em atraso, torna-se irrelevante, pois um atraso de 31 ou de 120 dias, estará sujeito ao mesmo *quantum*. Desse modo, é inócua a majoração da multa moratória apresentada no art. 4º, II, do Decreto nº 26.851/06.

Isso posto, fica evidente que a multa moratória, nesta situação específica, passa a possuir um caráter punitivo diverso do inicial, ao punir o atraso superior a 30 dias de maneira indiscriminada, desconsiderando o atraso diário para cálculo da multa.

Assim, esse arranjo contido no art. 4º, II, do Decreto nº 26.851/06, mostra-se confuso e desnecessário, pois haveria alternativas mais simples e inteligíveis para se coibir os atrasos, como por exemplo, aquelas adotadas pelo TCDF e TCU nos instrumentos normativo-licitatórios antes referidos neste mesmo Capítulo.

Cumulativamente à multa moratória, a Administração sujeita o contratado inadimplente a uma multa compensatória de 5% sobre o valor total do contrato, pelo

descumprimento do prazo de entrega, nos termos do art. 4º, III, Decreto nº 26.851/06.

Assim sendo, o contratado, no âmbito do GDF, que descumprir o prazo de entrega do objeto do contrato sujeitar-se a multas da seguinte maneira:

Atraso	Percentual	Base
Até 30 dias	0,33% ao dia	Sobre o inadimplemento
Acima de 30 dias	15%	Sobre o inadimplemento
Multa compensatória	5%	Sobre o contrato

Tabela 1. Multas decorrente de descumprimento de prazos.

Superada a questão sobre o prazo de entrega, o Decreto Distrital em análise volta-se para a inexecução contratual, seja parcial e total. Desta maneira, aquele que se recusa a assinar o contrato, a entregar material, no todo ou em parte, a concluir serviço ou dar causa à rescisão de contrato ou da nota de empenho, sujeita-se a multa compensatória no percentual de 15% sobre a parte inadimplente, nos termos do art. 4º, IV, Decreto 26.851/06.

Por sua vez, aquele que descumprir qualquer cláusula de contrato, exceto quanto ao prazo de entrega, sujeita-se a ser multado em até vinte por cento sobre o valor do contrato, nos termos do art. 4º, V, Decreto 26.851/06.

Percebe-se que o legislador reservou percentuais de quinze e vinte por cento como limites para a pena de multa, uma vez que aplicáveis em casos mais graves que incorram em inadimplemento parcial, exceto (repita-se) quanto ao prazo de entrega, ou inadimplemento total. Deixando para as hipóteses de atraso os percentuais diários dos incisos I e II.

Observa-se, contudo, que a redação de tais incisos não graduou adequamente a conduta culposa de seus fornecedores, uma vez que poucas serão as hipóteses de inadimplemento contratual mais gravosas (inciso V) do que o cumprimento tardio da obrigação contratual (prazo de entrega), a sua recusa total na entrega do objeto ou a rescisão por culpa do fornecedor (inciso IV).

Além disso, o emprego de expressão imprecisa de "até 20%", adotada pelo Decreto no aqui analisado inciso III do seu art. 4º, atribui ao gestor a missão de buscar o equilíbrio entre a infração cometida no caso concreto e a proporcionalidade da multa a ser aplicada.

Outro aspecto, que causa estranheza na redação do Decreto em questão, é o fato do fornecedor que atrasa na execução de um contrato pode sujeitar-se a uma multa de até 20%, enquanto que aquele que simplesmente se recusa a executar o contrato sujeitar-se a uma multa máxima de 15%, ficando evidente o estímulo para a ocorrência do inadimplemento total, em detrimento de sua efetivação mesmo que tardia.

Ademais, o disposto nos incisos IV e V do art. 4º Decreto Distrital, trata da mesma maneira dois fatos distintos, inexecução total e inexecução parcial, com consequências distintas para a própria Administração. Para ilustrar tal situação, vejamos o seguinte contrato hipotético de fornecimento de insumos para manutenção veicular:

Item	Descrição	Quantidade	Valor unitário (R$)	Total (R$)
1	Pneus	100	400,00	40.000,00
2	Pastilhas de freio	800	50,00	40.000,00
3	Óleo de freio	1000	40,00	40.000,00

4	Filtro de óleo	500	80,00	40.000,00
	Valor do contrato			**160.000,00**

A partir desse contrato, ocorrem atrasos na entrega dos materiais, os quais são penalizados da seguinte maneira:

Atrasos	**Dias**	**Base de cálculo**	**Multa (%)**	**Valor (R$)**
item 1	30	40.000,00	9,90%	3.960,00
Item 2	31	40.000,00	15%	6.000,00
Item 3	120	40.000,00	15%	6.000,00
Item 4	Não entregou	40.000,00	15%	6.000,00
	Descumprimento do prazo de entrega	160.000,00	5%	8.000,00
			Valor multa total	29.960,00
			% da multa total	18,73%
	Caso não entregasse nenhum item		160.000,00 (15%)	24.000,00

Apoiado nestes dados, verifica-se que:

1. .. Não havendo uma nova majoração na multa moratória após o 31º dia, também não haverá um estímulo direto para que o contratante

se apresse em concluir o quanto antes o objeto do contrato, e isto se dissocia da lógica empregada neste tipo de multa;

2. .. A multa compensatória poderá ser aplicada diante de qualquer inadimplemento em percentual único de 5% sobre o valor do contrato, o que também não representa uma gradação coerente com os possíveis danos sofridos pela Administração Pública, pois certamente um atraso de 15 dias será menos traumático do que um atraso de 120 dias;

3. .. A depender de uma série de fatores (margem de lucro, dependência do setor público, liquidez do objeto do contrato, penalidades adicionais que poderia sofrer, etc.), o contratado poderia optar simplesmente pelo inadimplemento total do contrato, sujeitando-se "apenas" a uma multa de 15% (equivalente, no exemplo acima referido, a R$ 24.000,00, pois aqui não haveria a incidência da multa moratória.

Apesar da rigidez na aplicação da penalidade de multa, a própria Administração, conforme art. 4º, §4º, I e II, do Decreto nº 26.851/06, estabeleceu duas hipóteses em que a multa por atraso poderá ser relevada: atrasos inferiores a cinco dias ou quando os custos da cobrança sejam superiores ao valor cobrado.

Entretanto, a execução de uma multa aplicada, pode ocorrer de variadas maneiras. A primeira possibilidade, é o desconto no valor da garantia contratual, caso existente. A segunda, ocorre por meio do desconto no valor das parcelas devidas à contratada ou finalmente, mediante processo administrativo ou judicial de execução, nos termos do art. 4º, § 1º, I a III, do Decreto nº 26.851/06.

É importante frisar, que o procedimento administrativo é necessário para a aferição dos desvios da contratado e definição da possível multa, nos termos do art. 4º, §1º, do Decreto nº 26.851/06. Desta maneira, a execução da multa por parte da Administração é um processo extremamente simples, o que nos leva a compreender que somente no caso de execução judicial, levar-se-á em conta os custos da ação para relevar ou não a sua execução, não cabendo ao gestor público, em uma primeira análise, tal competência.

A cumulatividade da multa com outras sanções administrativas é também recepcionada pelo Decreto Distrital, nos termos do seu art. 5º, §5º, observado o princípio da proporcionalidade.

A Administração Pública, além das sanções legais cabíveis regulamentadas, impõe ao inadimplente a sujeição, à composição das perdas e danos a ela causados pelo descumprimento das obrigações licitatórias e/ou contratuais, nos termos do art. 11 do Decreto nº 26.851/06.

Ademais, o não pagamento da multa poderá implicar na suspensão temporária para contratar junto à Administração Pública, por até 24 meses, nos termos do art. 5º, IV, "c", do Decreto nº 26.851/06, de modo que a Administração Pública se cercou de todas as medidas protetivas para garantir o pagamento da multa aplicada.

3.3 Suspensão temporária

A suspensão temporária, prevista na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, é disciplinada no art. 5º do Decreto nº 26.851/06. A Lei de Licitações limitou a suspensão temporária em até dois anos, enquanto a Lei do Pregão optou em ampliar



esse prazo para cinco anos. Pois bem, o Decreto Distrital em questão optou por manter o prazo máximo de suspensão estabelecido pela Lei de Licitações, ao mesmo tempo que recepcionou as hipóteses estabelecidas na Lei do Pregão, estabelecendo uma gradação do tempo de suspensão aplicável.

Desse modo, estabeleceu-se uma relação entre condutas e prazos de suspensão máxima aplicáveis, nestes termos:

> "Art. 5º [...]
>
> I - por até 30 (trinta) dias, quando, vencido o prazo de advertência, emitida pela Subsecretaria de Compras e Licitações - SUCOM, ou pelo órgão integrante do Sistema de Registro de Preços, a licitante e/ou contratada permanecer inadimplente;
>
> II - por até 90 (noventa) dias, em licitação realizada na modalidade pregão presencial ou eletrônico, quando a licitante deixar de entregar, no prazo estabelecido no edital, os documentos e anexos exigidos, quer por via fax ou internet, de forma provisória, ou, em original ou cópia autenticada, de forma definitiva;
>
> III - por até 12 (doze) meses, quando a licitante, na modalidade pregão, convocada dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato, ensejar o retardamento na execução do seu objeto, falhar ou fraudar na execução do contrato;
>
> IV - por até 24 (vinte e quatro) meses, quando a licitante:
>
> a) apresentar documentos fraudulentos, adulterados ou falsificados nas licitações, objetivando obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;
>
> b) tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
>
> c) receber qualquer das multas previstas no artigo anterior e não efetuar o pagamento".

Entretanto, não esgota o tema, ao trazê-lo à tona nos seguintes artigos:

> "Art. 7° As licitantes que apresentarem documentos fraudulentos, adulterados ou falsificados, ou que por quaisquer outros meios praticarem atos irregulares ou ilegalidades para obtenção no registro no Cadastro de Fornecedores do Distrito Federal, administrado pela Subsecretaria de Compras e Licitações, estarão sujeitas às seguintes penalidades:
>
> I - suspensão temporária do certificado de registro cadastral ou da obtenção do registro, por até 24 (vinte e quatro) meses, dependendo da natureza e da gravidade dos fatos; e
>
> II - declaração de inidoneidade, nos termos do art. 6º deste Decreto.
>
> Parágrafo único. Aplicam-se a este artigo as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 5º deste Decreto.
>
> Art. 8º As sanções previstas nos arts. 5º e 6º poderão também ser aplicadas às empresas ou profissionais que, em razão dos contratos regidos pelas Leis Federais nºs 8.666, de 21 de junho de 1993 ou 10.520, de 17 de julho de 2002:
>
> I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
>
> II - tenham praticado atos ilícitos, visando frustrar os objetivos da licitação;
>
> III - demonstrarem não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados".

Observa-se que o Decreto Distrital no referido art. 5º ampliou pontualmente as condutas previstas inicialmente na Lei do Pregão, a fim de penalizar, com a suspensão temporária por até 30 dias, o contratado que descumprir ao estipulado na sanção de advertência, bem como aquele outro, agora por até 12 meses, que não efetua o pagamento das multas compensatórias e/ou moratórias devidas.

Já o art. 7º do Decreto nº 26.851/06 penaliza, com a suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, aquele fornecedor que tentar fraudar o Cadastro de

Fornecedores do Distrito Federal. A única ressalva que se faz é que o referido cadastro até o presente momento não foi implementado pelo Governo do Distrito Federal.

Quanto ao art. 8º, o mesmo Decreto Distrital elenca atos que, se praticados pelo contratado, independentemente da modalidade de licitação, poderão ser penalizados tanto com a suspensão temporária, quanto com declaração de inidoneidade.

De resto, o indicado Decreto apega-se ao art. 7º da Lei do Pregão, realizando uma gradação entre condutas e prazos máximos de suspensão temporária, mas limitando-se ao prazo máximo de dois anos.

3.4 Declaração de inidoneidade

Ao contrário da suspensão temporária que somente pode ser aplicada por até dois anos, nos termos da Lei de Licitações, a declaração de inidoneidade não possui prazos mínimos e máximos estabelecidos.

Quanto ao tema, o aqui analisado Decreto Distrital trata da sanção em seus arts. 6º a 8º, limitando-se a transcrever disposições já constantes na Lei de Licitações e estabelecendo algumas condutas, como observado anteriormente nos arts. 7º e 8º, como por exemplo, a possibilidade de ser declarado inidôneo aquele licitante que praticar atos irregulares ou ilegalidades para a obtenção do registro no Cadastro de Fornecedores do Distrito Federal, bem como fixando o Secretário de Estado ou autoridade equivalente como competente para a aplicação da penalidade em questão.

CONCLUSÃO

O intuito deste estudo foi buscar compreender o processo de sancionamento aplicado pelo Governo do Distrito Federal aos seus fornecedores inadimplentes à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste trilhar, a doutrina e a legislação permitiram estudar os elementos essenciais desse processo, em especial as particularidades dos contratos administrativos, as sanções cabíveis à vista dos princípios aqui enfocados e o regramento adotado no âmbito do Governo do Distrito Federal.

O ponto de partida foram as Leis Federais nºs 8.666/93 e 10.520/02, onde se verificou a intenção do legislador em estabelecer um equilíbrio entre os fins preventivo e punitivo das sanções e os meios necessários para alcançá-los. Entretanto, por serem normas gerais, de caráter nacional, buscam tratar de questões relevantes para toda a Federação.

Apesar dos entes federativos possuírem autonomia administrativa, devem observar os preceitos definidos por tais leis, de modo a garantir a transparência dos procedimentos e a livre concorrência.

Assim, Estados, Municípios e o Distrito Federal possuem a faculdade de legislar sobre o rito a ser adotado para o eventual sancionamento de seus fornecedores, contudo há limites.

Nesse passo, o entendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi essencial ao estudo, pois, como visto, buscam mitigar eventuais excessos praticados pela atuação estatal.

Visualizou-se que o princípio da razoabilidade decorre essencialmente de uma análise entre os meios e os fins pretendidos pelo Poder Público. A ideia de proporcionalidade é inerente, mas só isto não basta, sendo necessária uma análise

dos instrumentos disponíveis para a consecução de um fim e depois escolher os meios mais adequados para o seu atingimento. Assim, é necessário que as relações entre as partes, mesmo se tratando de contratos administrativos, ocorram em um ambiente minimamente equilibrado, caso contrário o Estado poderá não encontrar fornecedores dispostos a suprir suas necessidades ou acabará contratando a preços superiores ao de mercado.

De qualquer maneira, o estabelecimento de critérios objetivos para definir a aplicação concreta do princípio da razoabilidade não pareceu ser algo simplório. É certo que a razoabilidade é algo ligado à racionalidade, ao bom senso, sendo a antítese da ideia de abusos ou excessos desmedidos.

Já o princípio da proporcionalidade, dentre outros aspectos, traz consigo a ideia de adequação, necessidade e intensidade adequados, ou seja, diante da hipótese de aplicação de uma sanção (como, por exemplo, no caso de inadimplemento por um fornecedor administrativo), não basta apenas adotar o meio adequado e necessário, mas a sua intensidade deve guardar relação com o fato concreto.

No que concerne ao Governo do Distrito Federal a edição do Decreto nº 26.851/06 infelizmente trouxe mais perguntas do que respostas, uma vez que sua redação, como visto anteriormente, não primou pela clareza e exatidão de seus comandos, prejudicando enormemente seus fornecedores os quais ficam a mercê da interpretação dada por cada gestor público ao Decreto.

É perceptível que o seu intuito converge com as antes referidas leis federais de normas gerais nacionais em matéria de licitação e contratação administrativa, de modo que os meios disponíveis à Administração Pública Federal são recepcionados pelo Decreto Distrital, entretanto carece muitas vezes de simplicidade e objetividade

em seus comandos, deixando aplicador e penalizado à mercê de um mar de incertezas.

Tanto é assim, que o Decreto em tela foi submetido a diversas alterações, em especial, a promovida pelo Decreto nº 35.831, de 19 de setembro de 2014, a qual, embora tardia, coibiu a aplicação de multas elevadíssimas até então possíveis diante da literalidade da norma originária, o que na prática poderia representar o confisco do objeto contratual e o enriquecimento ilícito ("sem justa causa") por parte da Administração.

Ao fim deste estudo pode-se concluir que o Decreto Distrital de fato atende, em sua forma atual, ao princípio da razoabilidade, isto porque, as sanções administrativas ali previstas são adequadas ao fins pretendidos, incentivando os fornecedores estatais locais a não inadimplirem, mesmo que diante de estímulos negativos, e, caso o façam, garantir que Administração Pública disponha dos meios para o ressarcimento dos danos sofridos.

Os tipos de sanções administrativas, previstas na legislação distrital aqui em análise, constituem-se além de meios disponíveis também meios limitadores para ação da Administração Pública. A escolha do meio compreende um juízo de razoabilidade, pois deverá haver uma relação entre o meio e o fim pretendidos no caso concreto. Infrações pouco gravosas podem ser sancionadas por meio de advertência, com intuito de correção de pequenos desvios, enquanto atrasos são coibidos por meio de multa moratória e compensatória, e os casos mais gravosos punidos por meio da suspensão temporária e/ou declaração de inidoneidade.

Por outro lado, carece, ao Decreto Distrital calibrar racionalmente a intensidade de cada sansão.

Primeiramente, verificou-se que a multa moratória possui teto de 14,99%, enquanto o inadimplemento total é penalizado com 15%, de modo que inexiste neste caso uma preocupação em escalonar a multa de acordo com a gravidade da infração, pois certamente é muito mais gravosa a segunda hipótese em detrimento da primeira.

Causa estranheza, a multa de "até 20%" quando do descumprimento de qualquer cláusula contratual, exceto prazo de entrega. O pilar de qualquer contrato é seu adimplemento, ou seja, quando um fornecedor deixa de entregar o objeto contratado está frustrando todo o processo licitatório, todo o trabalho demandado entre a fase pré e pós-licitação, de modo que deveria ser reservado a este fornecedor, pelo menos em tese, a penalidade mais elevada.

Deste modo, observa-se que o Decreto Distrital carece de um ajuste fino dos percentuais relativos às multas aplicáveis, pois não faz sentido estipular multa moratória descolada do decurso temporal em mora, como a que se observa no disposto no seu art. 4º, II ou estipular percentual genérico de "até 20%" para infrações que dificilmente serão mais graves que o inadimplemento culposo da obrigação.

Estabelecer, como regra geral, o atraso superior a 30 dias como parâmetro para configuração de uma inexecução total (art. 4º, II), traz uma generalização que pode não ser tão benéfica à própria Administração Pública. Isto porque, há uma grande diversificação dos objetos contratados, de modo que há diferenças sensíveis entre a entrega de uma caneta, a construção de hospital ou a entrega de veículos especializados. A rescisão unilateral do contratual com base em sua inexecução total, até mesmo no primeiro caso, às vezes pode não ser o caminho mais eficiente, pois a

entrega efetiva do objeto por outro fornecedor (seja pela convocação do segundo colocado na licitação, seja nova licitação) certamente demandará novos prazos e uma série de retrabalhos administrativos. Deste modo, a lógica do processo está invertida, uma vez que deixa de considerar qualitativamente a natureza do objeto contratado, pois um atraso de trinta dias, pode ser muito ou pouco, a depender do caso.

Isto posto, no que tange às multas compensatórias e moratórias, a rigidez constante no Decreto Distrital em questão, pode levar a distorções em sua aplicação cotidiana, pois adota percentuais não muito claros e desconsidera as particularidades envolvidas no caso concreto.

Em termos de percentuais, contudo, observa-se que o Decreto Distrital adota percentuais semelhantes com aqueles praticados por outros órgãos públicos, entretanto, a maneira como tais percentuais são aplicados pode e deveria ser simplificada.

Quanto a suspensão temporária o Decreto Distrital escalonou as hipóteses de incidência, limitando-a a 24 meses, o que representa um abrandamento, isto porque, a Lei do Pregão possibilita que o impedimento para contratar, sanção análoga à suspensão temporária, vigore por até 60 meses.

A sanção de declaração de inidoneidade não trouxe qualquer tipo de inovação em relação à Lei de Licitações, permanecendo suas hipóteses de incidência em aberto, conforme a gravidade do caso contrato.

Assim, verificou-se que em relação a sanção de multa, o Decreto Distrital, de maneira específica, não atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que condutas distintas são penalizadas quase de forma idêntica, entretanto, em termos

gerais, quando comparado com outros órgãos públicos, observa-se que o *quantum* de multa aplicada é semelhante.

Por fim, no que tange a suspensão temporária e declaração de inidoneidade, não se observou incoerências que pudesse agredir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

RECOMENDAÇÕES FINAIS

Ao fim do estudo, recomenda-se ao Governo do Distrito Federal a revisão do Decreto nº 26.853/06, a fim de:

1. .. Adequar o Decreto à realidade administrativa do GDF, retirando na medida do possível, a indicação específica de estruturas administrativas;

2. .. Reavaliar o sistema sancionatório, de modo a classificar suas compras em alto, médio e baixo risco. A partir dessa classificação a Administração poderia estabelecer prazos atraso e percentuais de multa distintos para cada nível;

3. .. Observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da multa moratória, conforme a classificação da licitação;

4. .. Diferenciar de modo contundente a conduta do fornecedor que não entrega o bem, daquele que entrega com atraso;

5. .. Estabelecer critério de penalização específico para aquele contratado, que apesar de entregar o objeto dentro do prazo, eximindo-se da multa moratória, o faz fora das especificações contratadas;

6. .. Dotar o GDF de um sistema para registro de todas as sanções aplicadas, de modo que aqueles fornecedores reincidentes tenham as suas sanções majoradas, ao passo que aquele fornecedor "primário" possa ter a sanção imposta atenuada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Yara; BRANDÃO, Marcelo. Governo lança programa para concluir mais de 7,4 mil obras paralisadas. Agência Brasil. Brasília, 9 nov. 2017. Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-11/governo-lanca-programa-para-concluir-mais-de-74-mil-obras-paralisadas

AUGUSTO, Otávio. Cerca de 25% dos medicamentos de alto custo estão em falta no DF. Correio Braziliense. Brasília, 2 mai. 2018. Cidades, disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/02/interna_cidadesdf,677621/cerca-de-25-dos-medicamentos-de-alto-custo-estao-em-falta-no-df.shtml

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

_____. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARROS, Suzana de Toledo. Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Belo Horizonte, ano 3, nº 8, jan. / mar. 2005

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 15ª ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 18 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm> Acesso em 12 outubro de 2018.

_____. Ministério do Planejamento. Caderno de Logística. Sanções Administrativas. Diretrizes para formulação de procedimentos administrativo específico. Brasília, 2015. Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno-de-logistica-de-sancao-2.pdf>

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Boletim de Compras Públicas. Brasília: Enap, 2018. Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGIAL/Boletim_de_Compras_Publicas.pdf>

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, p. 173, jul./set. 1996

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. Revista de Informação Legislativa. ano 25, nº 97. jan./fev. Brasília: Senado Federal, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 2.340, de 12 de abril de 1999. Cria na estrutura administrativa do Governo do Distrito Federal, a Coordenadoria de Seguros do Distrito Federal e a Central de Compras do Governo do Distrito Federal. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 70, de 13/04/1999. Disponível em <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=26851&txtAno=2006&txtTipo=6&txtParte=.> Acesso em 13 de julho de 2018.

_____. Decreto nº 26.851, de 30 de maio de 2006. Regula a aplicação de sanções administrativas previstas nas Leis Federais nos 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão), e dá outras providências. Diário Oficial do Distrito Federal. DODF nº 103, de 31/05/2006.

_____. Secretaria de Fazenda. Balanço Geral 2017. Prestação de Contas do Governador. Disponível em http://www.transparencia.df.gov.br/arquivos/PCA_BALANÇO%20GERAL_2017.pdf. Acesso em 5 mai 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabrio Editor: 1996.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Argumentação Jurídica. 2ª ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

FERREIRA, Hélio Rios. Estudo dos Princípios Contratuais do Direito Privado Aplicáveis aos Contratos Administrativos. Revista Síntese de Direito Administrativo. Nº 147, mar/2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil vol. II: Obrigações. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HORBACH, Carlos Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 52-68.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração Pública: tomo I. 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, mai. 2017. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68743/66662>. Acesso em: 19 mar. 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 42ª. ed. Atualizada por José Emannuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NETTO, André L. Borges. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000, extraído do site:

https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014 . Acesso em 16/03/19.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Revista de Informação Legislativa. ano 34, nº 136, out/dez. Brasília: Senado Federal, 1997.

SILVA, José Afonso de. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Manual de Pregão Eletrônico. Disponível em http://portal.tcu.gov.br/comunidades/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO: ALTERAÇÃO DO ART. 56, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Leonam Fernandes da Silva

RESUMO

A presente Proposta de Emenda à Constituição, visa alterar o artigo 56, I, da Constituição Federal no que tange a nomeação de Deputados e Senadores, para assumir os cargos que ali estão presentes sem a perda do respectivo mandato. Impõe-se um lapso temporal de 120 dias para que o parlamentar que assuma o respectivo cargo do Executivo esteja impedido de retornar a cargos de mesma natureza, seja ela da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, em caso de exoneração.

Palavras-chaves: Proposta de Emenda à Constituição. Deputados e Senadores. Assumir cargos do Executivo.

1 INTRODUÇÃO / JUSTIFICATIVA

O atual cenário em que o Brasil se encontra, onde inúmeros escândalos políticos ocorrem, em que os gestores das coisas públicas, que deveriam ser as pessoas indicadas para o cumprimento da lei e da busca pelo bem comum, envolvem-se em casos de corrupção, desvio de dinheiro, entre outras formas delitivas contra os princípios públicos administrativos, além dos demais noticiados diariamente pela imprensa brasileira, faz com que a população perceba que a Constituição Federal vigente e as demais normas do nosso Ordenamento Jurídico têm sido feitas de "meras folhas de papel", assim como Ferdinand Lassalle expressa em sua obra "A Essência da Constituição".

Dentre esses casos, um que vem a chamar atenção da sociedade brasileira pela forma garantida pela norma constitucional, são as indicações feitas pelo Presidente da República, aos Deputados e Senadores para ocupação de cargos de Ministros, Secretários de Estado ou chefe de missão diplomática temporária.

Estas indicações fazem com que suplentes assumam o cargo pelo restante da legislatura, ou até o retorno do titular ao cargo político legislativo, como demonstram o excesso de poder que se dá ao Presidente quando este pode exonerá-los a qualquer tempo para que estejam presentes em suas respectivas casas (legislativas) e possam fazer quórum em votações de interesse do chefe do Poder Executivo.

Comparando-se com outros países de mesmo sistema de governo e de estado – presidencialista e federalista – os Estados Unidos da América, por exemplo, dividem-se em Departamentos Executivos Federais que se equivalem aos Ministérios no Brasil, sendo atualmente de quinze departamentos.

Para que se ratifique a nomeação e ocupação dos cargos de secretários que ocuparão as pastas existentes, feita pelo Presidente da República, o Senado Norte-Americano deve confirmar a indicação de cada nome e só assim estes poderão compor o Gabinete Presidencial.

Mediante este cenário, a presente Proposta de Emenda à Constituição visa sanar a falta de ética manifesta nos dias atuais, fato tão repudiado pela coletividade.

Pretende-se, com isso, alterar o artigo constitucional que permite a nomeação de Deputados e Senadores para exercer os cargos já citados sem a perda do mandato.

Com a elaboração desta proposta, impõe-se um limite temporal em que o parlamentar, ao aceitar participar da equipe governamental da Presidência da República, deverá permanecer no cargo por prazo determinado, o que evita a famosa expressão de "dança das cadeiras" e traz maior responsabilidade ao parlamentar com a sua ocupação constitucional exercida – seja Ministro, Secretário ou chefe de missão diplomática temporária.

2 DESENVOLVIMENTO TEXTUAL

2.1 Histórico

A República Federativa do Brasil sofreu o sétimo *big bang* jurídico, o que rompeu por completo com a ordem jurídica existente à época.

A partir do poder constituinte originário revolucionário e através de seus representantes, quis-se que em 22 de setembro de 1988 ela fosse aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte e que apenas no dia 5 de outubro do mesmo ano fosse promulgada e passasse a conduzir o sistema jurídico brasileiro.

Naquela época, o intuito dos parlamentares era o de Redemocratizar o Estado brasileiro, visto que o país se encontrou sob o Regime de Ditadura Militar (1964-1985), portanto eram necessárias algumas alterações que marcassem aquela nova dogmática legislativa que foi instaurada.

Por certo, a Constituição de 1988 transformou o Brasil e o devolveu as prerrogativas e os poderes de um Legislativo acorrentado pela ditadura. Concedeu autonomia ao Judiciário e ao Ministério Público, restabeleceu as eleições livres e diretas, e o rol dos direitos sociais, coletivos e individuais foi expressivamente aumentado.

Seja em quantidade, seja em qualidade, são expressivos os avanços políticos-socioeconômicos alcançados a partir da Carta Política de 1988. Figuram entre eles a saudável rotina democrática e a redenção da cidadania, que devem ser diariamente celebradas.

Conforme relata o Senador Renan Calheiros:

> "Fizemos, na Constituinte, uma silenciosa revolução. E, como em toda revolução, estávamos alicerçados na força da sociedade e dispostos a contribuir para a construção de um novo conceito: o de Nação que dignifica a cidadania ao colocar o cidadão acima do Estado" (Lima, et al., 2013).

A Bíblia Política assegura diversas garantias constitucionais para efetivação dos direitos fundamentais, apresenta assim maior legitimidade popular, fator este que a fez ficar conhecida como "Constituição Cidadã".

Além da redemocratização, surgiu a tripartição de funções estatais – a forma federativa de estado em República, e a adoção do sistema de governo presidencialista.

2.2 Do artigo 56, I, da Constituição Federal

Ao fazer-se uma interpretação genética a respeito de um artigo da Constituição, como bem é afirmado pelos autores do livro "A gênese do texto da Constituição de 1988":

> "Ao falar em "interpretação genética", devemos ter o cuidado para não confundi-la com o "originalismo", interpretação constitucional segundo a qual ao intérprete somente cabe perquirir e revelar a intenção original do constituinte. A doutrina brasileira, no geral, não aceita a teoria que prestigia a intenção do constituinte como método válido de interpretação constitucional, até porque não há maneira de descobrir tal intenção."

Não se pode, com isso deduzir quais eram as intenções dos constituintes para elaboração do texto constitucional em si, nem que a elaboração da Carta Magna foi realizada de forma mais complexa e com ampla participação do povo, mas podemos partir pelo conteúdo histórico de sua formação a respeito do momento político-socioeconômico que o país se encontrava, e assim entender alguns valores nela incorporados.

Dessa forma, ao adentrarmos a respeito do que os legisladores estipularam no Título IV - Da Organização dos Poderes, Capítulo I - Do Poder Legislativo, Seção V - Dos Deputados e Senadores, em seu artigo 56, I, que diz:

> "Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;"

Por meio deste artigo, quiseram os representantes na elaboração permitir que os Deputados e Senadores não perdessem seus respectivos mandatos ao serem investidos nos cargos descritos no referido artigo, sejam eles os de Ministro de Estado, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, mas não o de desvirtuar das finalidades democráticas da representatividade da democracia semidireta.

2.3 Do Crime de Responsabilidade cometido pelo Presidente da República

No que tange ao dispositivo, assunto desta Proposta de Emenda à Constituição, depara-se com a fragilidade referente a indicação pelo chefe do Executivo aos parlamentares – Deputados e Senadores, visto a liberdade dada ao

mesmo para que possa influenciar em determinados assuntos que assim lhe convier dentro das respectivas casas do Congresso Nacional.

A Constituição Federal em seu artigo 85, especifica os atos que são considerados crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República e que assim possam atentar contra a Constituição, ou mais especificamente, em seu inciso II, contra o "livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação", vide:

> "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
>
> (...)
>
> II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
>
> (...)"

É notável que na forma atual, o Chefe do Executivo interfere de forma clara no livre exercício do Poder Legislativo, pois ao nomear parlamentares para ocupação desses cargos de confiança, a depender das questões que tiverem em pauta no Congresso Nacional, este pode exonerá-los e fazer com que os mesmos voltem ao cargo de Deputado ou Senador e assim influenciar nas respectivas votações, de forma a atender interesses próprios ou políticos partidários e não os do povo, ao qual as finalidades públicas devem ser destinadas.

2.4 Do Desvio da Finalidade Pública e ferimento ao art. 37, caput, da CF

Em decorrência da discricionariedade que o poder de nomeação e exoneração aos cargos ocupados por Deputados e Senadores, nos casos previstos pelo art. 56, I,

da Constituição Federal, é dado ao Presidente da República, discricionariedade essa que pelas palavras de Licínia Rissi entende-se como:

> "o agente está inteiramente preso ao enunciado da lei, porém, a lei não estabelece um único comportamento a ser adotado pelo administrador, que deverá lançar mão de um juízo de valor e de conveniência e oportunidade para escolher qual a melhor opção para aquele caso" (Lenza, 2017).

Nesse entendimento, por mais que seja permitido ao chefe do Executivo a nomeação e exoneração dos respectivos parlamentares aos cargos do executivo, a partir do momento em que há exoneração de um ocupante dos cargos citados pelo artigo, para que este volte ao cargo político ocupado, tais atos podem contrariar alguns princípios e comportamentos esperados, não só pelo nosso Ordenamento Jurídico, mas também pelo detentor do poder – o povo.

No entanto, atualmente o que tem sido realizado com frequência no cenário político brasileiro, em especial para votações de interesse do Poder Executivo no Congresso Nacional é inversamente ao que se espera, visto que são formas de total influência do Poder Executivo sobre o Legislativo.

A prática tem comprovado que este artifício para a construção da maioria no Congresso Nacional, tem sido utilizada por alguns governantes, dessa forma, ocasionando num grande mal-estar ao cenário político e consequentemente à sociedade brasileira.

Tem-se como exemplo: a votação das denúncias feitas pela Procuradoria Geral da União contra o Presidente Michel Temer; na votação contra o processo de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, entre outros casos.

Percebe-se que essa conduta desvia a finalidade pública do sistema presidencialista democrático, uma vez que infringe na separação dos poderes, conforme expresso no art. 2º, da Constituição Federal, além de ferir alguns dos princípios da administração pública no cumprimento dos fins desejados pelo Estado, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, todos estes elencados no seu artigo 37, caput, e que serão analisados individualmente no que diz respeito ao dispositivo constitucional vigente.

2.4.1 Da relação entre o artigo 56, i e os Princípios do artigo 37, caput, da CF

> O artigo 37, caput, da Constituição Federal estabelece que: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (Grifo Nosso).

Tais princípios são fundamentais para a definição da atuação estatal como normas orientadoras das condutas do agente público, de forma a buscar a satisfação dos interesses da coletividade e por estabelecerem as normas de conduta do Estado (Carvalho, 2019).

Em particularidade, adentra-se a respeito de como quatro destes princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência) estão sendo violados com o dispositivo atual constante no artigo, 56, I, da Constituição Federal.

No que tange à legalidade, sabe-se que esta decorre da existência do Estado de Direito como uma Pessoa Jurídica responsável por criar o direito, no entanto

submissa ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado e aplicável a todos os cidadãos.

Ressalta-se que tal princípio é distinto na aplicação no direito privado em comparação ao aplicado pelo direito público, visto que ao primeiro adota-se um critério de não contradição à lei; ao particular é lícito realizar todas as condutas, ou seja, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude de lei (sentido amplo), diante de sua autonomia da vontade.

Enquanto que para o direito público a legalidade será observada em sentido estrito, pois ao administrador só é permitido atuar conforme autorizado ou determinado em lei.

Portanto como estamos a falar de atos praticados pelo Presidente da República, este por agir como administrador da coisa pública, ao violar dispositivos constitucionais, com o ato de nomear os respectivos parlamentares para compor cargos do Poder Executivo e exonerá-los com o intuito de mero interesse em determinadas votações do Congresso Nacional, ao influenciar na separação dos Poderes, mostra-se evidente o descumprir do princípio da legalidade.

Para a impessoalidade, por esta se basear na ideia de que a atuação do agente público deve se pautar pela busca dos interesses da coletividade, de modo a não visar beneficiar ou prejudicar pessoa ou grupo determinados.

De forma que não haja subjetividade desprovida de finalidade pública no exercício da atividade administrativa, demonstra-se que o disposto no artigo 56, I, também fere o citado princípio, a partir do momento em que se nomeia com o intuito de garantia em exonerá-los para mera composição de votações de interesse do governante no Congresso Nacional.

A respeito da moralidade, esse princípio exige a honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa, portanto a conduta do administrador deve ser pautada em postulados de ética, transparência, probidade e sua atuação deve assegurar o exercício da função pública de forma a atender às necessidades coletivas.

Contudo tal princípio não é garantido com o atual dispositivo constitucional em comento, visto que tal conduta praticada pelo chefe do Poder Executivo não visa alcançar o bem-estar de toda coletividade e do Estado Democrático de Direito, quando sua indicação é meramente com o intuito de interferir nos andamentos do Poder Legislativo e assim intervir no direito garantido ao cidadão de ser representado por aquele que escolheu diretamente pelo voto.

Por último a eficiência, como bem retratada por Justen Filho (Lenza, 2017):

> "A eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso".

Ou seja, é produzir bem, com qualidade e com o menor emprego de recursos orçamentários.

Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional.

Deve buscar sempre os melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda coletividade se beneficia disso.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro

> "O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público". (Carvalho, 2019)

Portanto, uma prestação de serviços eficiente deve garantir uma célere solução de controvérsias e assim contribuir para a satisfação dos interesses da sociedade.

Caso este em que não temos o devido cumprimento pelo disposto no artigo 56, I, da Constituição Federal, pois além da atuação do Chefe do Poder Executivo não estar logrando os melhores resultados com as indicações feitas, as exonerações para composição de quórum no Congresso Nacional, não se diz eficiente por não organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, visto tais atos causarem uma enorme desorganização e o não funcionamento do objetivo em alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

É notório, que tal dispositivo não causa segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito, por possuírem diversas formas de rompimento com os princípios que norteiam e estabelecem as normas de conduta do Estado.

3 DA PROPOSTA

A proposta como já mencionada visa alterar o artigo 56, I, da Constituição Federal e seguido o rito para que seja emendada, ou seja o acolhimento da quantidade necessária de assinaturas dispostas pelo artigo 60, I, da CF, de um terço (1/3), no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (171 deputados e 27 senadores), após passar pelas Comissões Especiais das respectivas

casas, ao ser incluída na pauta do Plenário, deverá obedecer o disposto no §2º do mesmo artigo 60, a respeito de ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos (3/5) dos votos dos respectivos membros (308 deputados e 49 senadores).

Sendo assim, passaria a valer da seguinte redação:

> "Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> I – investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática;
>
> No caso de ser exonerado da função ocupada, ficará o parlamentar impedido de ser novamente nomeado na mesma estrutura executiva, seja ela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de 120 dias.
>
> (...)" (NR)

Com esta alteração visar-se-ia garantir a manutenção da indicação feita pelo Chefe do Executivo, evitando-se assim o desvio de finalidade quando o titular retira do suplente o direito de representar a parte da camada social que ele representa em votações especificas no Congresso Nacional.

Além disso, ao impor um prazo de 120 dias para que possa ser indicado a novo cargo da mesma estrutura executiva, preserva-se o direito da democracia semidireta, na qual o povo legitima o parlamentar a representar os seus anseios e vontades na gestão dos negócios do país.

3.1 Proposta Similar

Abordaremos a respeito de uma proposta similar ao presente trabalho, apresentada em abril de 2011, pelo então Senador da República, Pedro Taques

(PDT/MT), que apresentou no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 21/2011, no qual pretendia alterar a Carta Magna, para vedar a investidura de membros do Poder Legislativo nos cargos de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de capital ou de chefe de missão diplomática temporária.

Como explicação à proposta, o parlamentar visava alterar a alínea b do inciso I e a alínea b do inciso II do artigo 54, dispondo que os Deputados e Senadores não pudessem ocupar os cargos elencados e assim impedir a convocação dos suplentes nos casos de vaga ou de licença superior a 120 (cento e vinte) dias, alterando também o §1º do art. 56, da Constituição Federal.

Para o autor, impedindo que integrantes do Poder Legislativo ocupassem cargos de livre nomeação no Poder Executivo, estaria sendo evitado "abusos e práticas não condizentes com a moralidade que deve reger a edificação das instituições públicas".

O mesmo lembra que nossa Lei Maior adota a teoria da separação dos Poderes da República, com a fiscalização dos atos do Executivo pelo Legislativo e diz:

> "De forma indireta, esse dispositivo acaba por agravar a falta de ética já tão manifesta em nossos dias e tão repudiada pela coletividade, que clama por maior lisura por parte dos nossos mandatários e representantes".

Além disso também critica o fato de as vagas deixadas pelos parlamentares acabarem sendo ocupadas por suplentes, onde afirma:

> "Muitos desses substitutos, desconhecidos do eleitorado, acabam assumindo o mandato por toda a legislatura, enquanto os titulares assumem os cargos executivos, nem sempre bem-intencionados ou vocacionados para a missão".

A matéria foi distribuída para emissão de relatório, em primeiro momento, ao Senador Jorge Viana (PT/AC), que acabou devolvendo-a à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e logo após distribuída ao Senador Roberto Requião (MDB/PR), na qual permaneceu sobre sua responsabilidade até dezembro de 2014, quando este foi obrigado a devolvê-la à Secretaria da Comissão, conforme o disposto no artigo 89, §2º, do Regimento Interno do Senado Federal:

> "Art. 89. Ao Presidente de comissão compete:
>
> I – ordenar e dirigir os trabalhos da comissão;
>
> II – dar-lhe conhecimento de toda a matéria recebida;
>
> III – designar, na comissão, relatores para as matérias;
>
> IV – designar, dentre os componentes da comissão, os membros das subcomissões e fixar a sua composição;
>
> V – resolver as questões de ordem;
>
> VI – ser o elemento de comunicação da comissão com a Mesa, com as
>
> outras comissões e suas respectivas subcomissões e com os líderes;
>
> VII – convocar as suas reuniões extraordinárias, de ofício ou a requerimento de qualquer de seus membros, aprovado pela comissão;
>
> VIII – promover a publicação das atas das reuniões no Diário do Senado
>
> Federal;
>
> IX – solicitar, em virtude de deliberação da comissão, os serviços de funcionários técnicos para estudo de determinado trabalho, sem prejuízo das suas
>
> atividades nas repartições a que pertençam;
>
> X – convidar, para o mesmo fim e na forma do inciso IX, técnicos ou especialistas particulares e representantes de entidades ou associações científicas;
>
> XI – desempatar as votações quando ostensivas;

> XII – distribuir matérias às subcomissões;
>
> XIII – assinar o expediente da comissão.
>
> § 1º Quando o Presidente funcionar como relator, passará a Presidência ao substituto eventual, enquanto discutir ou votar o assunto que relatar.
>
> § 2º Ao encerrar-se a legislatura, o Presidente providenciará a fim de que os seus membros devolvam à secretaria da comissão os processos que lhes tenham sido distribuídos".

Em sequência, após alguns anos aguardando a designação de novo relator, a proposta acabou sendo arquivada em dezembro de 2018 em face do final da Legislatura, conforme disposto pelo §1º do artigo 322, do Regimento Interno do Senado Federal:

> "Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:
>
> I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas;
>
> II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;
>
> III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;
>
> IV – as com parecer favorável das comissões;
>
> V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);
>
> VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);
>
> VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3o e 4o , EC no 35/2001).
>
> § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira

> sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.
>
> § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente".

Portanto, por motivos que não sabemos explicitar o autor da matéria abdicou dos meios possíveis para pressionar que o Parlamento (no caso o Senado Federal) a discutisse com os demais pares e visasse alterar o disposto no artigo constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos acontecimentos ora expostos pelo cenário atual, mostra-se pertinente e constitucional a propositura da respectiva emenda à constituição de forma a atender os anseios políticos da democracia semidireta, por permitir tanto a parcela dos que confiaram o voto ao titular, como os do que confiaram o voto ao suplente, terem o direito de suas vontades e anseios representados por aquele de sua confiança.

Além disso, garante-se também a harmonia e independência dos poderes supremos estabelecidos pela Constituição – Legislativo e Executivo, de forma que as vontades individuais e políticas partidárias do dirigente máximo da nação não possam intervir nas diretrizes constitucionais de independência entre o Parlamento para com o Poder Administrativo.

Conforme anexos que foram depositados em conjunto com este trabalho de conclusão de curso, o parlamentar Gilberto Nascimento (PSC/SP) e o Secretário de Estado e Desenvolvimento Urbano do Estado do Maranhão, Rubens Pereira Júnior (PCdoB/MA) manifestaram apoio à proposta em tela.

De acordo com o apresentado viram viabilidade para que a mesma pudesse ser apresentada em algum momento específico, por apresentar relativa importância para o cenário atual brasileiro e por consequentemente tentar ajudar e aperfeiçoar o funcionamento do estado democrático de direito e das instituições republicanas.

Em suma, tal proposta visa acrescer ainda mais com a norma constitucional vigente ao garantir segurança às instituições públicas e consequentemente por demonstrar conexão com o interesse público, visto que tais atos praticados vêm ocasionando abusos e práticas não condizentes com a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, princípios estes que devem reger a edificação das instituições de nosso país.

REFERÊNCIAS

Brasil, República Federativa do. Planalto. *Presidência da República Planalto.* [Online] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Carvalho, Matheus. 2019. *Manual de Direito Administrativo.* 6ª. Salvador : JusPODIVM, 2019.

Federal, Senado. 2019. *Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970.* Brasília : s.n., 2019. Vol. I.

2016. Globo. *G1.* [Online] Abril de 2016. http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/dilma-exonera-ministros-deputados-para-votarem-contra-o-impeachment.html.

2017. Globo. *G1.* [Online] Outubro de 2017. https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-exonera-ministros-para-votacao-da-2-denuncia-na-camara.ghtml.

Lassalle, Ferdinand. 2013. *A Essência da Constituição.* s.l. : Lumen Juris, 2013.

Lenza, Pedro. 2017. *OAB Primeira Fase: Volume Único.* 2ª. São Paulo : Saraiva, 2017.

Lima, João Alberto de Oliveira, Passos, Edilenice e Nicola, João Rafael. 2013. *A gênese do texto da Constituição de 1988.* [ed.] Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília : Senado Federal, 2013. Vol. I.

Senado Federal. *Site do Senado Federal.* [Online] https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99770.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº _____, DE 2019

Altera a redação do inciso I do artigo 56 da Constituição Federal para inclusão de alínea no dispositivo.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso I do art. 56 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 56 .....

.....

I – investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática;

No caso de ser exonerado da função ocupada, ficará o parlamentar impedido de ser novamente nomeado na mesma estrutura executiva, seja ela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de 120 dias.

....." (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Reconhecida internacionalmente como referência em proteção dos direitos e garantias individuais, a Constituição Federal de 1988 deu o Norte para a superação de crises como

a que enfrentamos recentemente. Vivemos o mais longo período democrático da história brasileira e é digno de comemoração o fato de a Constituição ter completado 30 anos.

Nossa maturidade institucional é consolidada. O desafio é preservar o Estado de Direito, conquistado pelo trabalho dedicado de tantos brasileiros e brasileiras e efetivar o que ainda está no papel, com serenidade e equilíbrio.

A possibilidade constitucionalmente assegurada aos parlamentares eleitos, de serem investidos nos cargos do Poder Executivo, vem ocasionando abusos e práticas não condizentes com a moralidade que deve reger a edificação das instituições públicas.

Casos e mais casos em que o chefe do Poder Executivo nomeia Deputados e Senadores para ocupar cargos de Ministro e os demais dispostos no art. 56, I, da Lei Maior, ocasionam na interferência direta ao Poder Legislativo, vez que interferem no cargo assumido pelo suplente e assim na parcela da população que depositou sua confiança naquele parlamentar.

A nossa proposta tem por escopo aprimorar nossas instituições políticas e temos certeza de que seus termos encontram total conexão com o interesse público, razão que nos leva a contar com sua acolhida pelos ilustres Pares.

Sala das Sessões, de de 2019.

Parlamentar

PARTIDO/UF

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

EMENTA: Altera a redação do inciso I do artigo 56 da Constituição Federal para inclusão de alínea no dispositivo.

N	NOME	PARTIDO	UF	ASSINATURA
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				

13				
14				
15				
16				
17				
18				
...				

A JURIMETRIA COMO INDUTORA DE MELHORIA DA CELERIDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA

Lylian Fátima de Souza

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo avaliar como a Jurimetria – o uso da estatística no Direito – poderia ser usada para o aumento da celeridade dos processos da Justiça brasileira. Para tanto foi realizada uma revisão da literatura com foco na Jurimetria, bem como na situação da Justiça no Brasil. Após isso, com base nos dados da Justiça Estadual dos anos de 2015 a 2017, disponíveis no Conselho Nacional de Justiça fez-se uso do método de regressão linear multivariada, por meio do software *Statistical Package for Social Sciences* – SPSS para verificar que variáveis e com que grau influenciam os resultados relativos ao tempo médio de baixa de processos, índice de produtividade dos magistrados e índice de produtividade dos servidores. Os resultados mostraram a viabilidade do uso da Jurimetria para o alcance do objetivo proposto e, das variáveis analisadas que mostraram significância estatística, as três com maior efeito nos resultados foram: despesa total da Justiça por habitante, despesa total da Justiça estadual e casos novos por magistrado.

Palavras-chave: Jurimetria. Regressão Linear Multivariada. Celeridade Processual da Justiça.

INTRODUÇÃO

Ao buscar um tema que tivesse relevância para a melhoria dos resultados da Justiça brasileira e que, ao mesmo tempo, possibilitasse utilizar seu conhecimento e experiência de sua Graduação em Ciência da Computação, a autora descobriu e escolheu a Jurimetria – Aplicação da Estatística ao Direito (LOEVINGER, 1949) – como elo destes dois objetivos pessoais.

No que tange à melhoria da Justiça, foi escolhida a temática de celeridade processual e a justificativa ancora-se em três principais pilares:

- ... elevado e crescente número de processos judiciais abertos nas diversas Cortes da Justiça brasileira, que atingiu o total de 80 milhões em 2017 (CNJ, 2018);
- ... também elevado e excessivo tempo de duração de baixa dos processos, que atingiu o valor médio de dois anos e nove meses, no ano de 2017, considerando todos os Tribunais; e
- ... a necessidade de buscar-se formas de assegurar a "...razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", expressos no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988).

Apesar de "criada" há quase 70 anos, a Jurimetria é ainda pouco usada no Brasil e, por isso, a escolha desta temática dá caráter inovador a este trabalho de pesquisa, o que também justifica a sua escolha. De forma complementar a esta justificativa, é importante ressaltar as potencialidades da Jurimetria para a melhoria do trabalho da Justiça, quais sejam:

contribuir para o planejamento de condutas no exercício da advocacia, na elaboração das leis e na gestão judiciária;

- ... descobrir tendências de julgamento sobre determinado tema ou por determinado juiz;

- ... identificar as áreas de maior prestação jurisdicional e classificar as causas de conflito, com o intuito de dar subsídios para a adoção de medidas preventivas; e
- ... identificar formas e meios que possam melhorar indicadores da Justiça.

A partir da escolha deste tema, o problema de pesquisa foi definido como: "De que maneira a Jurimetria pode auxiliar a celeridade processual da Justiça do Brasil". Na busca de solução deste problema, estabeleceu-se que o objetivo geral a ser alcançado com esta monografia é "a partir de dados da Justiça, utilizar a Jurimetria e análises estatísticas decorrentes voltadas para a celeridade processual".

Para o alcance do objetivo geral supra definido, foram estabelecidos 4 objetivos específicos, que representam as atividades primordiais desenvolvidas para esta pesquisa:

- ... elaborar um referencial teórico consistente sobre os temas que embasam a pesquisa;
- ... apresentar um retrato da Justiça brasileira, dos dados de 2017, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ no Relatório Justiça em Números 2018 (CNJ, 2018);
- ... utilizar o software *Statistical Package for Social Sciences* (SPSS) para realização das simulações com os dados do CNJ; e
- ... analisar os resultados decorrentes destas simulações.

O estudo fundamentou-se em pesquisa bibliográfica, livros, Internet e uso de dados da base do CNJ. Tendo em vista que a Justiça Estadual é responsável por

aproximadamente 80% dos processos em aberto e apresenta os maiores tempos de baixa de processos – três anos e cinco meses, é para este segmento que o estudo foi realizado.

Como limitações do estudo deve ser ressaltado que:

- ... somente existem dados quantitativos necessários à realização do estudo, disponíveis na base do CNJ, para os anos de 2015 a 2017; e
- ... só estão disponíveis dados agregados dos processos de cada Tribunal estadual, sendo que o ideal é que estivessem liberados os dados de todos os processos, o que possibilitariam estudos individualizados de cada Tribunal.

Além desta introdução, este trabalho está estruturado em mais quatro capítulos.

No Capítulo 2, com base em pesquisas bibliográficas e dados do CNJ, é feita uma revisão da literatura voltada para demonstrar a necessária celeridade processual, um preceito constitucional, bem como apresenta-se um retrato ou mapa comentado da Justiça brasileira.

O Capítulo 3, embasado em pesquisa bibliográfica, além da base teórico-conceitual da Jurimetria, traz também as características e usos da Jurimetria no Brasil e no mundo.

No quarto Capítulo é apresentado o estudo de caso, onde são caracterizados e justificados os dados utilizados, é feita uma descrição da metodologia utilizada e complementado pela apresentação dos resultados e análises deles decorrentes.

O quinto e último Capítulo traz as conclusões e sugestões de novos estudos.

1 DESEMPENHO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Este capítulo tem por objetivo apresentar, de forma comentada, o arcabouço legal existente voltado à exigência de solução para o crônico problema brasileiro da morosidade da Justiça e, ao mesmo tempo, apresentar um mapa da Justiça, elaborado primordialmente com os dados disponibilizados pelo CNJ (2018).

1.1 A NECESSÁRIA CELERIDADE DA JUSTIÇA

> A Justiça precisa ser dinâmica, cooperativa e participativa. Mais próxima do cidadão e da realidade social.
>
> [...]
>
> Os conflitos surgem em um ritmo cada vez mais intenso. Tudo passa a ser regido pelo tempo. É dever do Judiciário pacificar os conflitos em tempo socialmente tolerável. "Porque o tempo, o tempo não para", já dizia Cazuza (TOFFOLI, 2018)

Se as palavras do Ministro Toffoli demonstram a importância do tempo do processo judicial e sinalizam para a necessidade de Justiça em tempo tolerável para todos, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece o direito irrestrito de todos à Justiça, em tempo certo ou "socialmente tolerável", como afirma o Ministro, e que se evidencia nos seguintes principais aspectos: igualdade de todos perante a Lei, acesso à Justiça, cidadania, dignidade da pessoa humana, sociedade justa e celeridade do processo judicial.

A garantia de igualdade de tratamento e de acesso à Justiça é um direito fundamental de todos, expresso pela Carta Magna Brasileira no *caput* de seu artigo 5º:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e complementado pelo inciso XXXV do mesmo artigo 5º: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988).

É também no citado artigo 5º, em seu inciso LXXVIII, que a celeridade do processo judicial é garantida, ao afirmar que: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

A explicitação destes direitos não garante, no entanto, uma ordem jurídica justa, a qual, segundo Watanabe (1988, p. 232), precisa conter, no mínimo:

> (1) o direito à informação e o perfeito conhecimento do direito substancial e à organização da pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio econômica do país; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com a realização da ordem jurídica justa; (3) direito de preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela da Justiça; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso à Justiça com tais características.

A existência de uma ordem jurídica justa, como definida por Watanabe (1988), não é suficiente para garantir o exercício da plena cidadania, porém, como afirma Silva (1999), sem ela não há cidadania e sem esta não há como falar-se nem em dignidade humana nem em sociedade justa, garantidas como princípios, na Constituição da República Brasileira (BRASIL, 1988).

O quadro 1 a seguir mostra que o "tempo socialmente tolerável" do Ministro Toffoli ou a garantia constitucional de celeridade do processo judicial não estão

sendo atendidos e, por consequência, a ordem jurídica justa de Watanabe não se materializa.

Quadro 1 – Tempo médio de baixa de processo (meses) – TJs (Justiça Comum).

	TIPO	ANO		
		2015	2016	2017
SENTENÇA	2º Grau	5	7	8
	Conhecimento de 1º Grau	22	24	30
	Execução	51	64	76
BAIXA	2º Grau	8	12	11
	Conhecimento de 1º Grau	33	36	43
	Execução	51	67	82
PENDENTE	2º Grau	26	30	35
	Conhecimento 1º Grau	36	64	52
	Execução	105	90	83

Fonte: Elaborada pela autora, a partir de CNJ (2018b)

Cientes desta situação negativa de elevado tempo para resolução de litígios, tanto o Poder Legislativo, quanto o Judiciário tem implementado mudanças no processo da Justiça voltadas à busca e ao alcance da celeridade processual, conforme se evidencia a seguir.

Com foco na conciliação, processo e julgamento de causas cíveis de menor complexidade e na conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, foi estabelecido pela Lei 9099/95, de 26/09/1995, entre outras disposições, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (BRASIL, 1995).

Ao se comparar os resultados decorrentes da implantação destes Juizados Especiais (quadro 2) com os da Justiça comum anteriormente apresentados, verifica-se o acerto da medida, pois seus prazos são significativamente menores para o mesmo período.

Quadro 2 – Tempo médio de baixa de processo (meses) – TJs (Juizados Especiais)

	TIPO	ANO		
		2015	2016	2017
SENTENÇA	Turma Recursal	6	6	6
	Conhecimento	10	10	10
	Execução	17	13	15
BAIXA	Turma Recursal	8	8	7
	Conhecimento	26	26	20
	Execução	11	20	22
PENDENTE	Turma Recursal	23	22	20
	Conhecimento	55	34	33
	Execução	81	63	24

Fonte: Elaborada pela autora, a partir de CNJ (2018b)

Na mesma linha da conciliação, bem como da mediação, foi aprovada a Resolução nº 125, em 29/11/2010, pelo CNJ, com o objetivo de organizar, uniformizar, sistematizar, estimular e apoiar, no âmbito da Justiça, a utilização destes meios de solução de conflitos visando a celeridade de solução de litígios e a redução de processos judiciais (CNJ, 2010). Nesta resolução também é determinada a criação, nos Tribunais, dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) com a atribuição de materializar os objetivos acima, relativos à conciliação e à mediação.

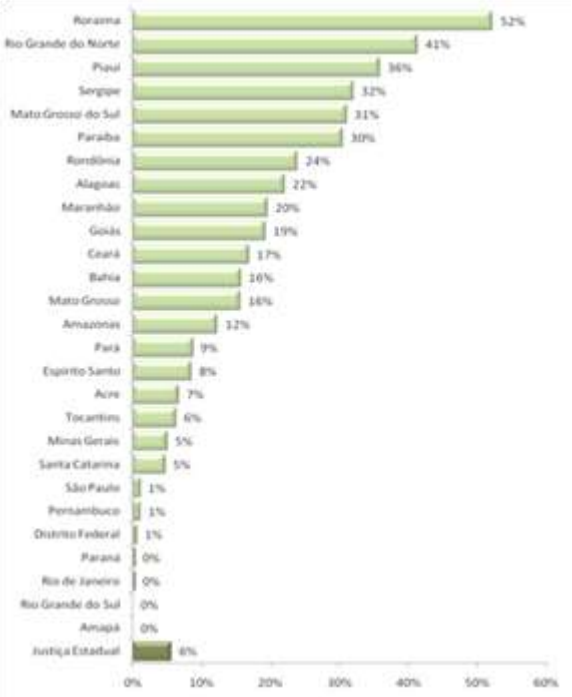
De forma similar e complementar à Resolução CNJ nº 125/2010, no novo Código de Processo Civil é atribuído a juízes,

advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimularem “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos”, incluída aí a arbitragem, tanto fora como no curso do processo judicial. Verifica-se novamente a preocupação do legislador em ampliar o acesso à Justiça, bem como, ofertar condições adicionais para a almejada celeridade processual (BRASIL, 2015).

Outra forma estabelecida pelo Legislativo e pelo Judiciário para dar celeridade ao processo da Justiça refere-se à Lei 11419/06, de 19/12/2006, relativa à informatização do processo judicial, bem como a implementação da Resolução do CNJ nº 185, de 18/12/2013, que instituiu o Sistema Processo Eletrônico – Pje, que, adicionalmente à celeridade, foca a economicidade, a qualidade do serviço jurisdicional, a racionalização orçamentária, o acesso remoto e a ágil tramitação dos processos judiciais.

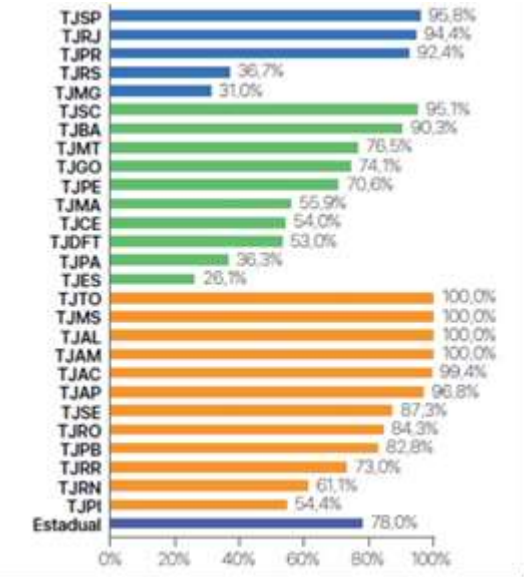
Pesquisas do CNJ mostram que os tempos dos PJe são menores que os dos demais e, por isto, cada vez mais os processos eletrônicos são implantados nos Tribunais. As figuras 1 e 2 exemplificam este crescimento com dados da Justiça Estadual, onde o índice de PJe saltou de 6% em 2009, para expressivos 78% em 2017.

Figura 1- Justiça em números: Justiça estadual 2010



Fonte: CNJ (2010, p. 439)

Figura 2 - Justiça em números 2018



Fonte: CNJ (2018, p. 95)

1.2 JUSTIÇA BRASILEIRA – UM RETRATO ATUAL

É responsabilidade, atribuída ao CNJ pela Resolução nº 4, de 16/08/2005, concentrar, analisar e consolidar, no Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, os dados encaminhados obrigatoriamente por todos os órgãos do Poder Judiciário do Brasil (CNJ, 2005), bem como, elaborar relatório anual sobre a situação do Poder Judiciário no País, conforme dispõe a Constituição Brasileira em seu artigo 103-B, inciso VII (BRASIL, 1988). A referência principal será o Relatório de 2018 (CNJ, 2018) e os dados serão apresentados e comentados à luz dos princípios e fundamentos abordados na seção anterior: eficiência, dignidade humana, cidadania, acesso à Justiça, igualdade, racionalização, informatização e celeridade.

Com base no exposto, considera-se o Relatório Justiça em Números – 2018 a fonte disponível mais adequada e atualizada de dados para se fazer um mapa ou retrato atual da Justiça no Brasil, o objeto desta Seção.

Considerando-se que, conforme pesquisa da ANATEL (2018), o Brasil tinha 236.000.000 de linhas móveis em janeiro de 2018, disponíveis em mais de 93% dos domicílios do Brasil (IBGE, 2018), o desenvolvimento e disponibilização do aplicativo para *smartphone* que possibilita quem precisa da Justiça localizar a unidade mais próxima do Poder Judiciário (CNJ, 2017) é uma solução tecnológica que representa um avanço em relação ao atendimento do fundamento de acesso à Justiça e cidadania.

A ação conjunta e integrada das ouvidorias do CNJ, do STJ e dos Tribunais é considerada não só um espaço para desenvolvimento da cidadania, mas também como um espaço que potencializa a construção de soluções não judiciais de demandas por meio da mediação e conciliação (CNJ, 2017).

Na visão do CNJ, a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), crescentes a cada ano, além de instrumentos de celeridade, são também indutores de cidadania. O quadro 3 mostra a importância das ações de conciliação, as quais nos últimos três anos são responsáveis por mais de 10% do total de sentenças e decisões terminativas.

	2015	**2016**	**2017**
Total de Sentenças e Decisões Terminativas	27.586.077	30.732.421	31.440.038
Total de Sentenças por	2.997.5	3.602.0	3.737.8

Conciliação	47	15	00
Índice de Conciliação (%)	11,1	11,9	12,1

Quadro 3 – Índices de Conciliação

Fonte: CNJ (2018)

A gratuidade de Justiça, outro aspecto primordial para a cidadania, dignidade humana e acesso igualitário à Justiça, tem mostrado resultados expressivos nos últimos anos, sendo responsável por 33% do total de processos arquivados do Poder Judiciário em 2017. Em 2015, este índice foi de 27%, apesar do baixo valor das despesas com assistência judiciária gratuita – 0,62% do total de despesas do Judiciário, o que corresponde a R$ 90.846.325.160,00, em 2017 (CNJ, 2018).

No tocante ao quadro de pessoal do Poder Judiciário, a existência de cargos vagos, tanto para magistrados quanto para servidores, de aproximadamente 20% caracteriza-se como um empecilho para a obtenção da celeridade dos processos e, por consequência, para que se chegue à ordem jurídica justa.

A despesa total da Justiça por habitante tem crescido nos últimos anos na proporção semelhante ao crescimento dos processos baixados, conforme mostrado no quadro 4, porém o CNJ não apresenta dados que possibilitem uma avaliação qualitativa deste crescimento.

Quadro 4 – Despesa total da Justiça e a baixa de processos

	2014	**2015**	**2016**	**2017**
Despesa por habitante	408,14	423,38	422,25	437,47
Número de processos baixados (milhões)	28,4	28,6	29,5	31,1

Fonte: Elaborado pela autora a partir de CNJ (2018)

O investimento em informatização em 2017 foi menor ao do ano anterior e da mesma ordem de grandeza do investimento de 2014 (quadro 5), o que sinaliza para um direcionamento contrário à informatização e racionalização expressos na Resolução CNJ 185 (CNJ, 2013), tendo em vista que este não foi o comportamento das despesas anuais totais.

Quadro 5 – Despesa de pessoal e de TI

	2014	2015	2016	2017
Investimento TI (bilhões)	2,19	2,08	2,30	2,21
Despesa total (bilhões)	82,8	86,6	87,0	90,8

Fonte: Elaborado pela autora a partir de CNJ (2018)

Pela análise do quadro 6, verifica-se o aumento da produtividade de magistrados e servidores da Justiça no período de 2014 a 2017, ainda que neste período tenha havido crescimento do número de casos novos.

Quadro 6 – Indicadores de produtividade do Poder Judiciário

Tipo	2014	2015	2016	2017
Número de casos baixados por magistrado	1696	1745	1761	1819
Carga média de processos por magistrado	6169	6658	6743	6736
Número de casos baixados por servidor	130	138	141	151
Carga média de processos por servidor	474	525	542	561
Índice de atendimento à demanda (%)	98	102,8	100,3	106,5
Número de casos novos por servidor	122	120	129	127
Número de casos novos por magistrado	1553	1493	1572	1499

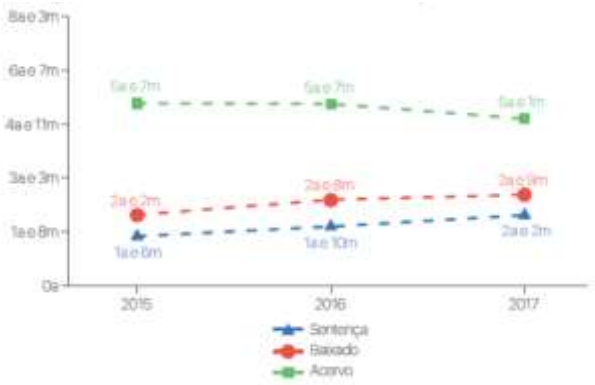
Índice de processos eletrônicos (%)	45,3	56,4	70,1	79,7

Fonte: Elaborado pela autora a partir de CNJ (2018)

No mesmo quadro é de se ressaltar que a partir de 2015 o índice de atendimento à demanda foi maior do que 100%, ou seja, o Poder Judiciário finalizou quantidade maior de processos aos que ingressaram, comparativamente.

Os dados apresentados nesta seção demonstram melhoria consistente em vários indicadores da Justiça, porém estas melhorias não se traduzem em resultados relativos à coletividade dos processos, as quais, à exceção do tempo médio do acervo, tem crescido conforme se vê na figura 3.

Figura 3 – Tempo médio de duração de processos (Todos os Tribunais)



Fonte: CNJ (2018, p. 145)

2 A JURIMETRIA E SEU PAPEL NA MELHORIA DA JUSTIÇA

Neste capítulo, além do referencial teórico sobre a Jurimetria, apresentam-se também exemplos práticos e desdobramentos de seus usos no Brasil, ainda incipiententes, e no exterior, com ênfase nos Estados Unidos.

2.1 A BASE TEÓRICO-CONCEITUAL DA JURIMETRIA

O termo jurimetria foi criado por Loevinger (1949) que, pela primeira vez, uniu teoria jurídica, métodos computacionais e estatística, com a finalidade de analisar a jurisprudência e, a partir dos resultados desta análise, realizar previsões sobre o uso do Direito. Para chegar a este conceito, este autor, em seu seminal artigo "The next step forward", inicia fazendo uma crítica à estaticidade do Direito que, segundo ele, foi o mesmo desde Aristóteles até meados do século XX. A tônica deste período, afirma o autor, foi a aversão total ao uso da ciência e a criação de conhecimento por meio de observações, desconsiderando as constantes mudanças a que o mundo foi submetido, bem como não aproveitar os significativos avanços que a ciência proporcionou na medicina, na navegação e em outras áreas.

Outro ponto que ele levanta para colocar as bases do novo conceito refere-se à comparação entre jurisprudência e a Jurimetria. Para Loevinger (1949), a jurisprudência é especulativa, estática, não usa a ciência e não apresenta respostas utilizáveis para qualquer problema ou questão legal. Já a Jurimetria se apresenta como dinâmica, fazendo uso intensivo da investigação científica sobre problemas legais, garantindo, dessa forma, novas soluções para novos problemas. Além disso, tem, na sua essência, a utilização da estatística para análise de grandes massas de informações, de modo que se obtenha maior assertividade nas decisões prolatadas.

Ainda segundo Loevinger (1949), a Jurimetria possibilita avaliar ou estabelecer padrões sobre o comportamento de testemunhas, de juízes, de legisladores, de procedimentos legais, da linguagem legal, e de técnicas macrolegais de investigação. Para ele, a Jurimetria busca conhecimento e dá a oportunidade de uma evolução consistente da lei.

Zabala e Silveira (2014) definem Jurimetria como sendo a aplicação de métodos estatísticos na análise do universo de dados produzidos pela atividade jurisdicional, por meio do uso de ferramentas computacionais, com o objetivo de extrair informações, medir incertezas e auxiliar a tomada de decisão, na busca da previsibilidade jurídica.

Para Nunes (2016a), Jurimetria é a disciplina que utiliza a estatística para investigar o funcionamento do Direito, não do tradicional Direito, mas do que ele chama de verdadeiro Direito, o qual é o produzido por meio do julgamento de casos concretos. Para este autor, o objetivo da Jurimetria é compreender a realidade do Poder Judiciário e da prática jurídica, analisar os resultados da aplicação do Direito pelos tribunais, medir os diferentes graus de aderência das leis e identificar as situações em que elas deixam de ser aplicadas.

De acordo com Nunes (2016a), são três os pilares operacionais da Jurimetria: o jurídico, o estatístico e o computacional. O que se faz presumir que o jurimetrista ideal seria aquele profissional que reunisse competências nessas três áreas, algo raro de se conseguir, dado que não existem no Brasil e na maior parte do mundo, como afirma esse autor, cursos capazes de fornecer simultaneamente essas três formações ou, pelo menos, em duas delas, naturalmente a estatística e o Direito.

Zabala e Silveira (2014) afirmam que a principal questão, quando se trata de metodologia científica em trabalhos multidisciplinares, é deixar claro o papel de cada profissional envolvido. Segundo alertam os autores, estatísticos que aplicam seus conhecimentos na área jurídica não dominam o assunto por completo, da mesma forma que juristas não se tornam *experts* em ciências exatas por aplicarem o pensamento quantitativo. O que se espera é que os juristas formulem perguntas de forma clara e objetiva, enquanto os estatísticos se esforcem para compreender e traduzir esses questionamentos da melhor forma possível.

A análise jurimétrica para a produção de conhecimento não é realizada somente pelo aspecto quantitativo, mas principalmente pela análise qualitativa dos dados jurisdicionais coletados e armazenados nessas bases de dados consolidadas. Isto porque, enquanto o objetivo da pesquisa quantitativa é basicamente a medição de dados, o objetivo da pesquisa qualitativa é a identificação das características do objeto e sua análise, procurando determinar sua natureza, de acordo com as hipóteses estabelecidas pelo pesquisador.

Segundo Nunes (2016a) deve-se procurar determinar a natureza empírica da Jurimetria – cujo objeto não é a norma jurídica isoladamente considerada, mas sim a norma jurídica articulada – de um lado, como resultado (efeito) do comportamento dos reguladores e, de outro, como estímulo (causa) no comportamento de seus destinatários. Dessa forma, a norma jurídica deve ser estudada como fator estratégico com capacidade de influenciar os processos decisórios tanto de julgadores quanto de cidadãos. Para este autor, sob uma perspectiva metodológica, a estatística é aplicada na Jurimetria para restabelecer um elemento de causalidade e investigar os múltiplos fatores (sociais, econômicos, geográficos, éticos, e muitos outros) que influenciam o comportamento dos agentes jurídicos.

Para Couto e Oliveira (2016), a Jurimetria busca descrever os interesses concretos dos agentes jurídicos, seus conflitos e as soluções proferidas pelos julgadores, com o intuito de auxiliar o Direito a entender melhor os anseios dos cidadãos e oferecer às autoridades subsídios para uma produção de leis mais consentâneas com a realidade social, assim como, funcionar como ferramenta fundamental para o desenvolvimento das instituições jurídicas mais justas, capazes de assimilar a natureza viva do direito e prestar à sociedade uma tutela jurisdicional célere e pacificadora, ou, alternativamente, apontar os meios não jurisdicionais de solução de controvérsias mais adequados para cada caso (mediação, arbitragem etc.).

É precisamente nesse cenário que a Jurimetria surge como "disciplina do Direito que utiliza a metodologia estatística para estudar o funcionamento da ordem jurídica" (Nunes, 2016a pp. 115-116), intitulada como ferramenta capaz de apontar a direção para o alcance do tempo razoável para solução dos litígios, revelando a necessidade de maior eficiência no gerenciamento dos processos judiciais e das atividades ditas de apoio às jurisdicionais propriamente ditas.

Zabala e Silveira (2014) sugerem a segmentação da Jurimetria em três primas, apresentam os fundamentos de cada um deles e apontam exemplos aplicados, em uma tentativa de realizar uma abordagem didática, inspirados pelo fato de haver entendimentos distintos das possibilidades de aplicação vislumbradas pelo novo paradigma. Os primas são (I) elaboração legislativa e gestão pública, (II) decisão judicial e (III) instrução probatória.

Sob o prisma da elaboração legislativa, as análises jurimétricas sobre as informações socioeconômicas organizadas em bancos de dados públicos proporcionam um ambiente favorável à produção de leis coerentes com a realidade,

atinentes aos anseios da população e aptas a fornecer diretivas para a elaboração de políticas públicas e, portanto, contribuindo substancialmente para promover a eficiência da produção legislativa.

A teoria da decisão, ramo da estatística que prevê cenários de múltiplas decisões, permite direcionar a solução à luz das informações disponíveis.

Com relação ao prisma do processo decisório judicial, o perito jurimetrista, modela as informações processuais disponíveis com o intuito de mensurar as incertezas a respeito do caso concreto e prever cenários de múltiplas decisões, funcionando como um processador inteligente de dados cujos resultados fornecem uma análise apurada que poderá ser usada como suporte ao juiz no processo decisório. Antecipar resultados com relativa eficiência é, portanto, uma das muitas possibilidades da aplicação jurimétrica bem planejada.

2.2 ESTATÍSTICA E JURIMETRIA NO BRASIL

A Estatística lida com a coleta, organização e análise de conjuntos de dados, com o objetivo de descrevê-los e obter a maior quantidade de conhecimento possível. Sendo assim, uma vez que a Jurimetria utiliza como insumo grandes volumes de dados jurídicos, é natural concluir que a estatística se constitui em um dos pilares que viabilizam as análises e hipóteses jurimétricas.

Dessa forma, como orienta Serra (2013), para que a estatística atenda aos objetivos das análises jurimétricas é muito importante que a definição, estruturação e montagem de bancos de dados, a partir de informações legais disponibilizadas pela Justiça, sejam desenvolvidos de tal forma que possam ser utilizados por softwares especializados para análise e apoio aos estudos e resultados propiciados pela

Jurimetria. Portanto, é importante destacar que, segundo esta autora, o sucesso das análises está no uso de dados e informações representadas numericamente.

Ainda segundo Serra (2013), a partir da base de dados corretamente estruturada, os resultados estatísticos, usando os dados que atendam ao propósito da análise em curso, devem ser apresentados por gráficos, tabelas e quadros, privilegiando essa apresentação em termos de frequências e percentuais, o que possibilita análise e comparações internas e externas com dados de outros locais. Por último, esta autora enfatiza a facilidade de a estatística fornecer suporte para análise dos dados de uma população, de modo a possibilitar comparações entre resultados de populações diferentes.

Assim, para que a estatística possa ser aplicada ao Direito, é necessária, preliminarmente, a reunião dos dados jurídicos, disponibilizados pela Justiça, em bancos de dados consolidados, de forma que possam ser manipulados por planilhas e *softwares* especialistas em análises jurimétricas, cuja inteligência é definida em algoritmos construídos a partir da aplicação de métodos estatísticos.

Apesar da Jurimetria ser uma nova disciplina jurídica, como reconhece Coelho (2016), ainda não se tem notícia de sua inclusão, ou até mesmo da inclusão da estatística, em algum currículo dos Cursos de Direito no Brasil. Sendo assim, a prática da Jurimetria vem sendo desenvolvida em ambiente laboratorial, com a parceria interdisciplinar de profissionais das áreas do Direito, da Estatística e da Tecnologia da Informação, o que dificulta a sua disseminação.

Os resultados dos trabalhos iniciais com jurimetria, elaborados no ambiente acadêmico, despertaram o interesse e participação do Poder Judiciário, notadamente a partir da década de 2010, tendo em vista a potencialidade de seu uso como forma

de reduzir a morosidade de seus resultados, diante de uma massa descomunal, e crescente, de milhões de processos.

Mesmo que ainda tênue, o uso da Jurimetria já apresenta experiências bem sucedidas no Brasil, conforme exemplos apresentados no quadro 7, cujas consequências podem ser traduzidas por medidas para acelerar os processos de adoção, redução nos prazos de processamento de homicídios, transferência de conhecimento e melhores práticas estaduais, propostas práticas para redução de reclamação de consumidores na Justiça e aceleração de processos por meio de criação de varas especializadas na Justiça de São Paulo.

Quadro 7 – Experiências brasileiras no uso da Jurimetria.

Título	Autor	Área	Objetivo
Processos relacionados à adoção no brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário.	Marcelo Guedes Nunes	Adoção	Conhecer com maior profundidade os processos relacionados à adoção e para identificar entraves legais, administrativos e judiciais, que culminem em orientações de políticas públicas de qualidade e medidas concretas do Judiciário.
O Processamento de Homicídios no Brasil e a Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública em três estados: Alagoas, Santa Catarina e São	Marcelo Guedes Nunes	Homicídios	Identificar e descrever as atividades e a influência da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) para auxiliar os estados – Alagoas, Santa Catarina e São Paulo – no processamento de homicídios.

Título	Autor	Área	Objetivo
Paulo			
Os Maiores Litigantes da Justiça Consumerista: Mapeamento e Proposições	ABJ	Direito do Consumidor	Mapear quem são os maiores litigantes em ações consumeristas na Justiça Estadual, estudar as características desses litigantes e de seus litígios, avaliar os meios alternativos ao litígio e investigar como grandes empresas do setor privado veem o problema das ações consumeristas.
Estudo Jurimétrico sobre Varas Empresariais na Comarca de São Paulo	Julio Adolfo Zucon Trecenti, Fernando Poliano Tarouco Correa Filho	Direito Empresarial	Fornecer insumos quantitativos para analisar o tema da especialização de varas empresariais.
Jurimetria no Inquérito Policial para os crimes previstos na Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha	Karen Miranda de Souza	Direito Penal	Estudo aprofundado do procedimento investigativo, com o objetivo de identificar e analisar a efetividade da lei que tem por objetivo proteger a integridade da mulher que sofre violência doméstica.

Elaborado pela autora a partir de: Nunes (201_.), Nunes (2016b), ABJ (2017), Trecenti e Correa Filho (2018) e Souza (2014).

Apesar do sucesso de uso da Jurimetria demonstrados no quadro 7, existe a necessidade de se implementar melhorias no sistema de dados da Justiça, pois, conforme demonstrado por Colombo, Buck e Bezerra (2017), tanto os 27 tribunais estaduais como as duas cortes federais apresentam problemas de falta de padronização de sistemas, falta de padrão na forma e quantitativos de variáveis de

pesquisa, inexistência de padrão para as respostas e uso de travas (*captcha*) que impossibilitam o acesso automático aos dados.

2.3 ESTATÍSTICA E JURIMETRIA FORA DO BRASIL

Apesar do "surgimento" da Jurimetria em 1949 (Loevinger, 1949), é a partir da década de 1960 que ela propulsiona seu desenvolvimento em várias partes do mundo e com diferentes denominações: *Jurimetrics* nos Estados Unidos, *Giuscibernetica* na Itália, *Computers and Law* na Grã-Bretanha, *Rechtinformatique* na Alemanha, *Informatique Juridique* na França e *Jurismatica* no México (VALDÉZ, 2009).

Nos levantamentos realizados, contata-se que é nos Estados Unidos que o uso da Jurimetria tem uma utilização bastante extensa, como se pode constatar consultando a Base JSTOR, que publica artigos sobre o tema desde 1959, por meio do periódico *Jurimetrics Journal*. Nos demais países citados, verifica-se que, apesar de praticamente todos terem suas Associações de Jurimetria, documentos e livros, em inglês, sobre o uso dessa disciplina não foram localizados.

Um extrato destes levantamentos é apresentado no quadro 8, onde se verifica de forma efetiva o uso da Jurimetria para redução de erros e injustiças em julgamentos, para análise e redução de corrupção do Judiciário, para buscar a redução de crimes por psicopatas, bem como, para combate ao crime organizado.

Quadro 8 – Experiências internacionais no uso da Jurimetria.

Título	Autor	Área	Objetivo
Eyewitness testimony	Robert Buckhout	Criminal	Mostrar que o depoimento de testemunha ocular de um crime, considerado como o melhor tipo de evidência,

Título	Autor	Área	Objetivo
			tem levado a uma significativa quantidade de erros nos julgamentos. O estudo demonstra que os erros são causados por problemas de percepção e memória da testemunha, stress, raça/cor do acusado e por isso não pode ser a única evidência a ser usada.
Why a conviction should not be based on a single piece of evidence: a proposal for reform.	Boaz Sangero e Mordechai Halpert	Criminal	Mostrar que ao fazer-se uma condenação com base em uma única evidência, digital, testemunha ocular, DNA, confissão…, existe uma grande probabilidade de erro/injustiça. O estudo sugere uma alteração legislativa que não permita que alguém seja condenado com base em uma única evidência.
Experimental research on jury decision-making.	Robert J. MacCoun	Criminal	Descobrir, com uso de juris simulados, o que influencia o comportamento dos jurados para culpar ou não um acusado. O estudo demonstra que em 25% dos casos o júri julga diferente dos juízes e sugere que haja treinamento específico para quem for escolhido para jurado efetivo.
The criminal psychopath: history, neuroscience,	Kent A. Kiehl e Morris B. Hoffman	Criminal/ Psicopatia	A partir da constatação do grande impacto causado no sistema judiciário criminal pelos psicopatas (prisão 25

Título	Autor	Área	Objetivo
treatment, and economics			vezes maior e reincidência 8 vezes maior do que não psicopatas), o estudo mostra que tratamentos apoiados na neurociência em jovens com tendências psicopatas tem alta taxa de sucesso na redução de crimes desta característica.
The paradox of expected punishment: legal and economic factors determining success and failure in the fight against organized crime	Edgardo Buscaglia	Crime organizado/Corrupção	Analisar dados de 107 países signatários da convenção contra o crime organizado, da ONU, para verificar que medidas dão o melhor resultado. O estudo mostra que o sucesso em grande escala é obtido quando a Justiça toma os bens, os produtos e o capital dos criminosos e não com o simples encarceramento deles. Outra consequência é a redução da corrupção (falta dinheiro para corromper), bem reduz-se a criminalidade juvenil nas ruas.
An economic and jurimetric analysis of official corruption in the courts: a governance-based	Edgardo Buscaglia	Corrupção judicial	Verificar, para a ONU, o nível de corrupção e testar medidas para sua redução, em países em desenvolvimento. O estudo mostra que a falta de transparência, a indefinição de papéis dos envolvidos nas atividades da Justiça, a falta de conhecimentos judiciários, a falta ou

Título	Autor	Área	Objetivo
approach			inadequação de sistemas computacionais, bem como a falta ou a complexidade de procedimentos são fontes de corrupção do judiciário.

Elaborado pela autora a partir de: Buckhout (1975); Sangero e Halpert (2007); MacCoun (1989); Kiehl e Hoffman (2011); Buscaglia (2001) e Buscaglia (2008).

3 ESTUDO DE CASO

Mostrar como foram selecionados os dados, realizados os estudos de regressão linear múltipla, analisar e comentar os resultados com foco no objetivo desta monografia é o que se apresenta neste capítulo.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DO ESTUDO

Visando atingir o objetivo desta pesquisa de "a partir de dados da Justiça, utilizar a Jurimetria e análises estatísticas decorrentes voltadas para a celeridade processual", optou-se por trabalhar com os dados agregados da Justiça brasileira para o ano de 2017, disponibilizados pelo CNJ por meio do documento Justiça em Números – 2018 e dados digitais a ele associados (CNJ, 2018).

Esta opção decorre da impossibilidade de um estudante de Direito ter acesso a dados de todos os processos – mesmo não sendo protegidos por segredo de Justiça – de um determinado Tribunal, o que possibilitaria análises individualizadas, com um universo maior de dados e, por consequência, ações e resultados também específicos e diretamente mensuráveis.

Para realização do estudo com dados do CNJ, foi selecionada a Justiça Estadual, em função de sua expressividade, demonstrada a seguir, e por ser responsável pelo maior tempo de baixa de processos:

79,3% dos processos pendentes estão na Justiça Estadual;

69,4% dos casos novos da Justiça brasileira ocorrem nos Tribunais de Justiça;

é na Justiça Estadual que estão alocados 68,3% dos magistrados e 64% dos servidores da Justiça do Brasil; e

da despesa global da Justiça, 57,4% está alocada na estadual.

A partir da hipótese de que determinadas variáveis (independentes) e seus dados influenciam de forma estatisticamente significativa os resultados de variáveis (dependentes) associadas à celeridade processual, foi feito um estudo bibliográfico para escolha de quais variáveis independentes usar, sendo o resultado apresentado no quadro 9:

Variáveis (CNJ)	**Descrição**	**Referência**
dpj	Despesa Total da Justiça – Reais	CNJ (2018); Salerno (2015)
g7	Despesa Total da Justiça por Habitante – Reais	CNJ (2018)
g10a/12	Despesa Média Mensal por Magistrado – Reais	CNJ (2018)
g10b/12	Despesa Média Mensal por Servidor – Reais	CNJ (2018)
(magV/magE)	Percentual de Cargos Vagos por Magistrado – %	CNJ

Variáveis (CNJ)	Descrição	Referência
*100		(2018); Amador (2012)
cm	Casos Novos por Magistrado (Total) – Quantidade	CNJ (2018); Morais (2016)
cm1	Casos Novos por Magistrado 1º Grau – Quantidade	CNJ (2018); Morais (2016)
a2	Assistência Judiciária Gratuita por 100.000 habitantes – Quantidade	CNJ (2018)
rin	Índice de Recorribilidade Interna – %	CNJ (2018)
rx	Índice de Recorribilidade Externa – %	CNJ (2018)
procel1	Índice de Casos Novos Eletrônicos de 1º Grau – %	CNJ (2018)
procel2	Índice de Casos Novos Eletrônicos de 2º Grau – %	CNJ (2018)
cejusc	Centro Judiciário de Resolução de Conflitos – Quantidade	CNJ (2018); Moraes e Sayomya (201-)
ic	Índice de Conciliação Total – %	CNJ (2018);

Variáveis (CNJ)	Descrição	Referência
		Moraes e Sayomya (201-)
ic1	Índice de Conciliação 1º Grau– %	CNJ (2018); Moraes e Sayomya (201-)
ic2	Índice de Conciliação 2º Grau – %	CNJ (2018); Moraes e Sayomya (201-)
cs1	Casos Novos por Servidor 1º Grau – Quantidade	CNJ (2018)
cs2	Casos Novos por Servidor 2º Grau – Quantidade	CNJ (2018)

Quadro 9 – Variáveis independentes utilizadas na análise dos dados do CNJ

Fonte: Elaborado pela autora.

Para verificação da influência estatisticamente significativa, ou não, destas variáveis, serão utilizadas as seguintes variáveis de resultados da base de dados do CNJ:

tempo médio de baixa dos processos (dias);

produtividade média por magistrado (processos baixados no ano); e

produtividade média por servidor (processos baixados no ano).

O período abrangido para os estudos são os anos de 2015 a 2017, em virtude de que, para os anos anteriores, não existem dados para todas as variáveis selecionadas. Considerando-se estes três anos e os 27 Tribunais tem-se o total de 81 casos de dados para a pesquisa.

3.2 METODOLOGIA

Neste item busca-se caracterizar o **método utilizado** – Regressão Linear Multivariada – para correlacionar as variáveis independentes selecionadas com os três indicadores de produtividade da Justiça Estadual, o **software utilizado** – SPSS – para fazer os estudos e os **parâmetros e método de análise** utilizados no SPSS.

3.2.1 Regressão Linear Multivariada – RLM

A RLM, cujo uso é bastante disseminado em ciências humanas e sociais, visa "encontrar uma combinação linear de previsores que se relacionam de forma máxima com a variável de saída" (FIELD, 2009, p. 168).

A base deste modelo de regressão é a utilização do método dos mínimos quadrados, o qual visa encontrar "a melhor linha possível para descrever o conjunto de dados minimizando as diferenças entre o modelo ajustado dos dados e os próprios dados" (FIELD, 2009, p. 168).

A utilização da regressão linear multivariada possibilita o estudo da relação existente entre uma variável dependente (resultado) e as variáveis independentes (previsores). Essa relação é dada por uma fórmula matemática representada por:

$$y = b_0 + b_1x_1 + b_2x_2 + ... + b_nx_n + e$$

Onde:

y é o resultado (variável dependente),

b_0 é uma constante, b_1, b_2, b_n são os coeficientes resultantes da regressão linear multivariada,

"e" é o erro do modelo e

x_1, x_2 ... x_n são as variáveis representativas dos dados a serem analisados (FIELD, 2009).

3.2.2 Statistical Package for Social Sciences – SPSS

Criado no final da década de 1960 e constantemente atualizado, o SPSS é um conjunto de ferramentas de *software* com elevada capacidade de possibilitar a realização das mais variadas análises estatísticas, onde se inclui a regressão linear multivariada usada nesta pesquisa acadêmica.

Por sua robustez, velocidade e precisão em realizar as mais diversas simulações e análises, o SPSS tem sido utilizado de modo intensivo, tanto em pesquisas acadêmicas quanto em pesquisas governamentais e empresariais.

Neste estudo, para análise dos dados, geração dos modelos de predição e verificação da qualidade dos mesmos, foi usado o SPSS – versão 24 (no momento já está em operação a versão 25).

Os parâmetros de análise e o método de ordenamento e seleção de variáveis para buscar o modelo de predição de melhor significância estatística são apresentados a seguir.

3.2.3 O método e os parâmetros de análise

Para seleção das variáveis estatisticamente significativas, ordenamento destas, exclusão das de reduzida significância e escolha dos modelos finais a serem analisados foram utilizados, pela pesquisadora e/ou pelo *software*, os parâmetros identificados no quadro 10:

Item de análise	**O que é**	**Porque usá-lo**	**Valores de Referência**
R	Representa a correlação entre os valores observados e os previstos para a variável dependente (FIELD, 2009).	Para medir a qualidade do modelo em reproduzir os dados observados (FIELD, 2009, 170).	Varia de zero a um e quanto mais próximo de 1 melhor.
R^2	Representa o percentual de variação nos valores previstos que podem ser explicados pelo modelo (FIELD, 2009, p.162).	Para medir a qualidade de previsão do modelo (FIELD, 2009).	Varia de zero a um e quanto mais próximo de 1 melhor.
R^2 ajustado	É semelhante ao **R^2**, porém o cálculo leva em conta o número de variáveis independentes utilizadas no modelo (DENIS, 2019).	Para comparar a qualidade entre 2 ou mais modelos de uma mesma regressão linear, mas com diferentes quantidades de variáveis independentes	Varia de zero a um e quanto mais próximo de 1 melhor.

		(FÁVERO, 2015).	
Sig.	Verificador estatístico da contribuição de uma variável independente no resultado (variável dependente) do modelo (FIELD, 2009).	Para verificar contribuição significativa de cada variável independente	Em ciências sociais o valor usualmente utilizado é que sig(t) seja menor ou igual a 5% (FIELD, 2009).
NumVar	Representa o limite máximo de variáveis a serem utilizadas no modelo escolhido, considerando-se o quantitativo de casos de dados.	Para garantir a confiabilidade do modelo final.	Segundo Kass e Tinsley (1979, apud FIELD, 2009, p. 570) deve ser de 5 ou mais casos de dados por variável e para Nunally (1978, apud FIELD, 2009, p. 570) este número é no mínimo 10. Neste estudo será utilizado 8 como mínimo, que corresponde à média dos valores mínimos acima, ou seja, o NumVar será de 10, pois o estudo tem 81 casos de dados.
VIF	Fator de verificação da variância que verifica se algum previsor tem	Para evitar que o modelo selecionado apresente variáveis com elevado grau de	Segundo Meyers (apud. FIELD, 2009, p. 183), valores

	relacionamento linear forte com outro(s) (FIELD, 2009, p. 183).	colinearidade entre si. Esta verificação é feita pelo SPSS e, por essa razão, no método *Backward*, variáveis são excluídas.	superiores a 10 devem provocar a exclusão da variável.
Beta padronizado	Coeficiente da regressão transformado para possibilitar a comparação de variáveis de diferentes unidades de medida.	Serve para avaliar o efeito de uma variável, comparativamente a outras, no resultado (na variável dependente).	Idealmente devem estar entre 1 e -1, porém valores pouco maiores do que 1, apesar de demonstrarem a existência de uma pequena colinearidade, também são aceitos (JÖRESKOG, 1999).

Quadro 10 - Parâmetros para análise dos resultados do SPSS

Fonte: Elaborado pela autora.

Tendo em vista que nem todas as variáveis independentes selecionadas para a pesquisa (quadro 9) foram validadas por estudos anteriores, Field (2009) recomenda que se use o método de entrada de dados *Backward* disponível no SPSS. Neste método as variáveis são testadas pela significância estatística da contribuição de cada uma delas no modelo e aquelas cuja significância não atende aos parâmetros estabelecidos são removidas e o modelo é reestimado de forma sucessiva.

3.3 OS PROCESSAMENTOS

Com base no método e parâmetros de análise descritos no item anterior, foram executadas as simulações com o SPSS para cada uma das varáveis de resultado (dependentes) e os modelos resultantes são apresentados nos itens 4.3.1 a 4.3.3.

3.3.1 Tempo médio de baixa de processos

Com relação ao tempo médio de baixa dos processos, resultaram 10 modelos, os quais estão caracterizados no quadro 11.

Modelo	R	R^2	R^2 ajustado	Erro padrão	Variáveis incluídas
1	0,87	0,76	0,67	210,44	18
2	0,87	0,76	0,67	208,32	17
3	0,87	0,76	0,68	206,30	16
4	0,87	0,76	0,69	204,46	15
5	0,87	0,76	0,69	202,81	14
6	0,87	0,75	0,69	201,40	13
7	0,87	0,75	0,70	200,00	12
8	0,87	0,75	0,70	198,64	11
9	0,87	0,75	0,71	197,75	10
10	0,86	0,75	0,71	196,88	09

Quadro 11 - Sumário dos modelos para o tempo médio de baixa de processos

Fonte: Elaborado pela autora.

Analisando-se os valores do R^2 ajustado verifica-se que o modelo 10 é o que demonstra ser o que dá a melhor previsão de valores em relação aos demais, pois ao ser comparado com o modelo 9, de mesmo R^2 ajustado, apresenta menor erro padrão.

Neste modelo 10, seja por reduzida significância estatística ou por elevada colinearidade, foram excluídas nove variáveis: *Percentual de Cargos Vagos por Magistrado, Despesa Média Mensal por Magistrado, Casos Novos por Servidor 2º Grau, Casos Novos por Magistrado 1º Grau, Índice de Casos Novos Eletrônicos de 2º Grau, Índice de Conciliação de 2º Grau, Índice de Recorribilidade Interna, Índice de Conciliação de 1º Grau* e *Índice de Casos Novos Eletrônicos de 1º Grau*.

O resultado final e as características deste modelo final com as nove variáveis selecionadas são apresentados e analisados no item 4.4.1.

3.3.2 Índice de produtividade de magistrados

Na simulação do índice de produtividade média de magistrados, 16 modelos foram examinados no *SPSS/Backward*, tendo sido selecionado o modelo 9 em função de ter apresentado o maior R^2 ajustado, conjuntamente com o menor erro padrão, conforme pode ser constatado pelos dados apresentados no quadro 12. O resultado final, as características e as análises decorrentes deste modelo encontram-se no item 4.4.2.

Modelo	R	R^2	R^2 ajustado	Erro padrão	Variáveis incluídas
1	0,95	0,90	0,86	208,41	18
2	0,95	0,90	0,87	206,31	17
3	0,95	0,90	0,87	204,38	16
4	0,95	0,90	0,87	202,67	15
5	0,95	0,90	0,87	201,08	14
6	0,95	0,90	0,87	199,45	13

Modelo	R	R^2	R^2 ajustado	Erro padrão	Variáveis incluídas
7	0,95	0,90	0,88	197,83	12
8	0,95	0,90	0,88	196,37	11
9	0,95	0,90	0,88	195,35	10
10	0,95	0,90	0,88	195,60	09
11	0.94	0,89	0,88	197,80	08
12	0.94	0,89	0,87	199,86	07
13	0.94	0,88	0,87	201,44	06
14	0.94	0,88	0,87	201,30	05
15	0.94	0,88	0,87	202,63	04
16	0.94	0,87	0,87	203,73	03

Quadro 12 - Sumário dos modelos do índice de produtividade média dos magistrados

Fonte: Elaborado pela autora.

Considerando-se os critérios de significância estatística e ou colinearidade foram excluídas as variáveis: Percentual de Cargos Vagos por Magistrado, Índice de Recorribilidade Interna, Índice de Conciliação de 2º Grau, Assistência Judiciária Gratuita por 100.000 Habitantes, Casos Novos por Magistrado 1º Grau, Casos Novos por Servidor 2º Grau, Índice de Casos Novos Eletrônicos de 2º Grau e Despesa Média Mensal por Magistrado.

3.3.3 Índice de produtividade de servidores

No SPSS, para este índice foram gerados 9 modelos, sendo selecionado o de número 9, por ter sido o único a atender o critério do número máximo de variáveis (10), conforme definido anteriormente no quadro 10.

Modelo	R	R^2	R^2 ajustado	Erro padrão	Variáveis incluídas
1	0,96	0,92	0,90	13,05	18
2	0,96	0,92	0,90	12,92	17
3	0,96	0,92	0,90	12,80	16
4	0,96	0,92	0,90	12,71	15
5	0,96	0,92	0,90	12,68	14
6	0,96	0,92	0,90	12,60	13
7	0,96	0,92	0,90	12,59	12
8	0,96	0,92	0,90	12,62	11
9	0,96	0,91	0,90	12,76	10

Quadro 13 - Sumário dos modelos do índice de produtividade média dos servidores

Fonte: Elaborado pela autora.

Neste modelo, as variáveis excluídas foram: Casos Novos por Servidor 2º Grau, Índice de Casos Novos Eletrônicos de 1º Grau, Índice de Recorribilidade Interna, Índice de Conciliação de 1º Grau, Índice de Conciliação Total, Índice de Casos Novos Eletrônicos de 2º Grau, Índice de Conciliação de 2º Grau e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Os resultados e análises relativos ao modelo selecionado são apresentados no item 4.4.3.

3.4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Nas subseções 4.4.1 a 4.4.3 são apresentados os resultados e respectivas análises para os três casos – tempo médio de baixa de processos, índice de produtividade de magistrados e índice de produtividade de servidores – resultantes

dos processamentos descritos na seção 4.3. Estas análises serão apresentadas para as 5 variáveis estatisticamente significativas (Sig. >= 0.05) de maior efeito nos resultados (dado pelo Beta padronizado) e as demais em conjunto.

3.4.1 Tempo médio de baixa de processos

No quadro 14 são mostrados os resultados obtidos para análise do tempo médio de baixa de processos.

Variável	Coeficiente	Beta padronizado	Sig.
(Constante)	1816,770		,000
Despesa Total da Justiça Estadual	8,216E-8	,524	,002
Despesa Total da Justiça por Habitante	-1,662	-,674	,000
Despesa Média Mensal por Servidor	,041	,321	,000
Casos Novos por Magistrado (Total)	-,364	-,460	,000
Assistência Judiciária Gratuita por 100.000 Habitantes	,001	,258	,003
Índice de Recorribilidade Externa	3218,481	-,516	,000
Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania	-2,138	-,260	,072
Índice de Conciliação Total	4140,227	-,480	,000
Casos Novos por Servidor 1º Grau	2,266	,201	,083

Quadro 14 - Tempo médio de baixa de processos – Resultados

Fonte: Elaborado pela autora

Para este caso, em que a correlação entre os valores observados e os previstos para o tempo médio de baixa de processo foi de 86% (R = 0,86) e que o modelo responde adequadamente por 75% dos resultados (R^2 = 0,75), 7 das variáveis das 9 selecionadas apresentaram significância que possibilitem considerá-las estatisticamente influentes no resultado:

Despesa total da Justiça por habitante – Além de ser uma variável totalmente significativa, seu coeficiente mostra que o aumento dela ocasiona elevado efeito de redução no tempo médio de baixa de processos ou, visto de outra forma, na maior celeridade processual.

Despesa total da Justiça estadual – Apesar de ter dado um coeficiente extremamente baixo, da ordem de 10^{-8}, o seu efeito é significativo e de forma negativa ao que se deseja, pois o sinal positivo diz que quanto mais se gasta na Justiça, maior fica o tempo médio de baixa dos processos. Uma interpretação plausível é que o importante não é quanto se gasta, mas como e onde.

Índice de recorribilidade externa – Confirma-se aqui a voz corrente no meio jurídico que a existência de um grande número de possibilidades de recursos aumenta o tempo de baixa dos processos e, neste caso, de forma intensa – beta padronizado de -0,516.

Índice de conciliação total – Resultado contrário ao esperado e com forte efeito negativo no índice de baixa de processos. Isto pode ser consequência do uso de dados agregados da justiça estadual, o que sugere a realização de estudos individualizados por processos de cada Tribunal.

Casos novos por magistrado (Total) – Neste caso verifica-se que casos novos auxiliam na redução do tempo de baixa de processos, o que leva a crer que, até um

limite tolerável, o magistrado acelera sua produção para não deixar crescer suas pendências.

Para as outras quatro variáveis verifica-se que o aumento da quantidade de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, mesmo não atendendo a significância estatística estabelecida, tem efeito na redução do tempo de baixa e as demais resultam no aumento deste tempo.

3.4.2 Índice de produtividade média de magistrados

Os resultados obtidos para análise do índice de produtividade média de magistrados estão apresentados no quadro 15.

Variável	Coeficiente	Beta padronizado	Sig.
(Constante)	266,589		,119
Despesa Total da Justiça Estadual	5,637E-8	,231	,030
Despesa Total da Justiça por Habitante	-,491	-,128	,030
Despesa Média Mensal por Servidor	,016	,081	,114
Casos Novos por Magistrado (Total)	1,263	1,034	,000
Índice de Recorribilidade Externa	1075,291	,111	,039
Índice de Casos Novos Eletrônicos de 1º Grau	78,321	,051	,288
Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania	-2,249	-,176	,064

Variável	Coeficiente	Beta padronizado	Sig.
Índice de Conciliação Total	-2342,439	-,175	,059
Índice de Conciliação de 1º Grau	1817,795	,180	,049
Casos Novos por Servidor 1º Grau	-6,533	-,374	,000

Quadro 15 - Índice de produtividade por magistrado – Resultados

Fonte: Elaborado pela autora

Para este caso, em que a correlação entre os valores observados e os previstos para o índice de produtividade por magistrado foi de 95% (R = 0,95) e que o modelo responde adequadamente por 90% dos resultados (R^2 = 0,90), 6 variáveis das 10 selecionadas apresentaram significância que possibilitem considerá-las estatisticamente influentes no resultado:

Casos novos por magistrado – Tal como no estudo do tempo médio de baixa de processos, para esta variável, constata-se que existe uma relação direta e em elevado grau dela com a produtividade do magistrado, o que leva a crer que, até um limite tolerável, o magistrado acelera sua produção para não deixar crescer suas pendências.

Casos novos por servidor 1º Grau – Diferentemente da variável acima, o aumento de casos novos por servidor leva à redução do índice de produtividade do magistrado.

Despesa total da Justiça estadual – Ao contrário do que constatado no tempo médio de baixa dos processos, aqui o efeito no resultado é positivo, pois o aumento da despesa influencia a melhoria da produtividade do magistrado.

Índice de conciliação de 1º Grau – O resultado confirma a expectativa do CNJ (2018. P. 137) de que o aumento desse índice atua no sentido da melhoria da produtividade dos magistrados.

Despesa total da Justiça por habitante – Além de ser uma variável significativa, seu coeficiente mostra que o aumento dela ocasiona efeito de redução na produtividade do magistrado ou visto de outra forma na piora da celeridade processual.

Para as demais variáveis, duas (número de CEJUSC e índice de conciliação total da Justiça estadual) chamam a atenção pelo fato de indicarem que seu aumento implica em redução da produtividade dos magistrados.

3.4.3 Índice de produtividade média de servidores

Os resultados obtidos para análise do índice de produtividade média de servidores estão apresentados no quadro 16.

Variável	Coeficiente	Beta padronizado	Sig.
(Constante)	23,973		,033
Despesa Total da Justiça Estadual	2,850E-9	,163	,005
Despesa Total da Justiça por Habitante	-,066	-,239	,000
Despesa Média Mensal por Magistrado	,000	-,159	,014
Despesa Média Mensal por Servidor	,003	,179	,000
Percentual de Cargos Vagos por	-10,424	-,120	,037

Variável	Coeficiente	Beta padronizado	Sig.
Magistrado			
Casos Novos por Magistrado (Total)	,074	,840	,000
Casos Novos por Magistrado 1º Grau	-,060	-,528	,001
Assistência Judiciária Gratuita por 100.000 Habitantes	3,451E-5	,138	,037
Índice de Recorribilidade Externa	189,546	,274	,000
Casos Novos por Servidor 1º Grau	,309	,247	,001

Quadro 16 - Índice de produtividade por servidor – Resultados

Fonte: Elaborado pela autora

Neste último caso, em que a correlação entre os valores observados e os previstos para o índice de produtividade por servidor foi de 96% (R = 0,96) e que o modelo responde adequadamente por 91% dos resultados (R^2 = 0,91), das 10 variáveis selecionadas, todas apresentaram significância que possibilitam considerá-las estatisticamente influentes no resultado:**Casos novos por magistrado (Total)** – Do mesmo modo que nos dois resultados anteriores (4.4.1 e 4.4.2) este preditor apresenta impacto positivo, desta vez de grande expressão, Beta padronizado de 0,840, no índice de produtividade dos servidores.

Casos novos por magistrado 1º Grau – Neste caso, o sinal negativo do coeficiente mostra que o crescimento destes casos influência de forma negativa a produtividade de servidor.

Índice de recorribilidade externa – O valor e sinal positivo do coeficiente indica que o seu crescimento sinaliza para crescimento do índice de produtividade do servidor.

Casos novos por servidor 1º Grau – pelos resultados da regressão, constata-se a relação direta entre esta variável e o índice de produtividade do servidor.

Despesa total da Justiça por habitante – Esta é uma variável de elevada significância e seu coeficiente mostra que o aumento dela ocasiona efeito de redução no índice de produtividade do servidor.

Para as demais variáveis selecionadas, quatro delas: despesa total da justiça estadual, despesa média mensal por magistrado, despesa média mensal por servidor e assistência judiciaria por 100 mil habitantes demonstram atuar positivamente no aumento da produtividade dos servidores.

No caso do percentual de cargos vagos por magistrado, o efeito é o aparentemente esperado, com menos juízes e com mais processos a produtividade diminui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ancorada em dois pilares principais, o uso da estatística no Direito – a Jurimetria – e a busca de alternativas voltadas à celeridade processual na Justiça brasileira, foi definido o problema de pesquisa a ser trabalhado, qual seja: "de que maneira a Jurimetria pode auxiliar a busca pela celeridade da Justiça.

A partir deste problema, considerando-se os dados da Justiça disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, buscou-se alcançar, como objetivo, o uso da Jurimetria e análises decorrentes voltadas para a busca da celeridade da Justiça.

Para o alcance deste objetivo, o estudo foi dividido em dois grandes blocos:

O primeiro consistiu em uma pesquisa bibliográfica voltada ao embasamento teórico sobre:

Desempenho da Justiça brasileira; e

Jurimetria e seu papel na melhoria da Justiça.

O segundo foi a realização da pesquisa propriamente dita, cujas constatações e reflexões são apresentadas a seguir.

Apesar das limitações dos dados serem agregados por tribunal e haver disponibilidade somente para três anos, tem-se que:

Para o caso do número de casos novos por magistrado (total), para os três estudos, constatou-se que o seu crescimento atua no sentido da melhoria da celeridade processual e do aumento da produtividade, tanto de magistrados como de servidores.

Parece paradoxal este resultado, e uma investigação detalhada, considerando-se todos os processos de cada tribunal, deveria ser realizada. Tem-se aqui uma primeira sugestão de estudo.

Outra variável que se mostrou estatisticamente significativa para os três casos foi a despesa total da Justiça por habitante, em que se conclui que o seu crescimento é benéfico para a redução do tempo de baixa de processos, porém no caso da produtividade tem efeito contrário, tanto para magistrados quanto para servidores. De forma semelhante ao item anterior, mais um estudo se faz necessário.

Outro resultado aparentemente paradoxal é que o aumento do índice de recorribilidade externa, aumenta, como esperado, o tempo de baixa de processos, mas também aumenta a produtividade dos servidores.

A influência do aumento da despesa total da Justiça estadual é outro fato a ser averiguado por meio de estudo específico, pois esta pesquisa mostrou efeitos contrários no tempo de baixa de processos e na produtividade dos magistrados.

Esta mesma constatação é verificada com o índice de conciliação total.

É importante ressaltar que, apesar das divergências, esta pesquisa mostrou que o uso da Jurimetria é uma possibilidade real de se buscar alternativas para a melhoria da celeridade processual da Justiça brasileira.

Como proposta de novos estudos, além dos já citados, sugere-se que a pesquisa seja feita com dados de todos os processos de um único tribunal e os resultados sejam comparados ao aqui relatado.

REFERÊNCIAS

ABJ. Os Maiores Litigantes da Justiça Consumerista: Mapeamento e Proposições. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria, 2017. Disponível em: https://cloud.abj.org.br/index.php/s/BcqH50UfuOp4ZRb. Acesso em: 19 abr. 2018.

ANATEL. Brasil tem 236,2 milhões de linhas móveis em janeiro de 2018. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/institucional/noticias-destaque/1903-brasil-tem-236-2-milhoes-de-linhas-moveis-em-janeiro-de-2018. Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Constituição Federal Brasileira (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Lei 9099/95: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Planalto: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 3 nov. 2018

BRASIL. Lei 13105/2015 – Código de Processo Civil. 16/03/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 6 nov. 2018.

BUCKHOUT, Robert. Eyewitness Testimony. Jurimetrics Journal, USA, v. 15, n. 3, 1975. p. 171-187. Disponível em: https://creasonanthro.files.wordpress.com/2015/07/buckhout-1975-eyewitness-testimony.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

BUSCAGLIA, Edgardo. An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts. Vienna: Centre for International Crime Prevention, 2001. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/cicp12.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. The Paradox of Expected Punishment: Legal and Economic Factors Determining Success and Failure in the Fight against Organized Crime. Review of Law and Economics, USA, v.3, 2008. p. 1-25. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121129. Acesso em 2 jun. 2018.

CNJ. Justiça em números 2018. Brasília: CNJ, 2018a. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018

CNJ. Justiça em números: painel digital. Brasília: CNJ, 2018b. Disponível em: //https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 1 nov. 2018.

CNJ. Resolução nº 125: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em: 4 nov. 2018.

CNJ. Justiça em números: justiça estadual. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf . Acesso em: 7 nov. 2018.

CNJ. Resolução nº 185. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_185_18122013_07012014161739.pdf. Acesso em: 7 NOV. 2018.

CNJ. Resolução nº 4 - Cria o Sistema de Estatística do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2005. Disponível em: http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_4_16082005_11102012201830.pdf. Acesso em: 7 nov. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio. In: NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 13-19.

COLOMBO, Bruna Armonas; BUCK, Pedro; BEZERRA, Vinicius Miana. Challenges when using jurimetrics in Brazil: a survey of courts. Future Internet, Basel, v. 9, n. 68, 2017. Disponível em: https://www.mdpi.com/1999-5903/9/4/68/pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira. 2016. Gestão da Justiça e do Conhecimento: A contribuição da Jurimetria para a Administração da Justiça. Revista Jurídica, Curitiba, v. 2, n. 43, 2016, p. 771-801. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1869/1239. Acesso em 2 jun. 2018.

DENIS, Daniel J.. SPSS data analysis for univariate, bivarite and multivariate statistics. New Jersey: Wiley, 2019.

FÁVERO, Luiz Paulo. Análise de dados: modelos de regressão com EXCEL, STATA e SPSS. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIELD, Andy. Descobrindo a estatística usando o SPSS. Porto Alegre: Artmed, 2009.

IBGE. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: análise dos resultados. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Anual/Acesso_Internet_Televisao_e_Posse_Telefone_Movel_2016/Analise_dos_Resultados.pdf. Acesso em: 8 nov. 2018.

JÖRESKOG, Karl G. How large can a standardized coefficient be? Disponível em: https://wenku.baidu.com/view/f5159e1d10a6f524cdbf8500.html. Acesso em 4 abr. 2019.

KIEHL, Kent A. ; HOFFMAN, Morris B.. The Criminal Psychopath: History, Neuroscience, Treatment, and Economics. Jurimetrics, USA, v. 51, 2011. p. 355-397. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4059069/pdf/nihms580794.pdf. Acesso em 2 mai. 2018.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: The next steps forward. Minnesota Law Review, Minnesota, v.33, n. 5, 1949. p. 456-493.

MACCOUN, Robert J.. Experimental Research on Jury Decision-Making. Jurimetrics Journal, USA, v. 30, 1989. p. 223-233. Disponível em: https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/726/. Acesso em: 17 mai. 2018.

NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: Como a Estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016a.

_____. 2016b. O processamento de homicídios no Brasil e a estratégia nacional de justiça e segurança pública em três estados: Alagoas, Santa Catarina e São Paulo. São Paulo: CONSEG, 2016. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/o_processamento_de_homicidios_no_brasil.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf. Acesso em: 15 de abr. 2018.

SANGERO, Boaz; HALPERT, Mordechal. Why a Conviction should not be based on a Single Piece of Evidence. Jurimetrics, USA, v. 48, n. 1, 2007. P. 33-94. Disponível em: http://www.clb.ac.il/uploads/sangero4.pdf. Acesso em: 2 jun. 2018

SERRA, Márcia Milena Pivatto. 2013. Como utilizar elementos da estatística descritiva na Jurimetria. Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, v. 10, jun/dez 2013.

SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. Revista Direito Administrativo, Rio de janeiro, n. 216, abr./jun. 1999. p. 9-23. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47351/45365, acesso em: 30 out. 2018.

SOUZA, Karen Miranda de. Jurimetria no Inquérito Policial. São Paulo: Faculdade Max Planck, 2014. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo-de-pesquisa/iniciacao-cientifica/anais-2014/artigos/10.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Discurso de Posse na Presidência do STF. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/discurso-toffoli-posse-presidente-stf.pdf. Acesso em: 1 nov. 2018.

TRECENTI, Julio Adolfo Zucon; CORREA FILHO, Fernando Poliano Tarouco. Estudo jurimétrico sobre varas empresariais na comarca de São Paulo. Brasília:ENAJUS, 2018. Disponível em: www.enajus.org.br/2018/assets/sessoes/035_EnAjus.pdf. Acesso em: 19 abr. 2018.

VALDÉZ, Julio Telléz. Derecho Informático. México : McGraw-Hill, 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DIMARCO, Rangel; WATANABE, Kazuo. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: Estatística Aplicada ao Direito. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.16, n. 1, jan./abr. 2014. p. 87-103 Disponível em:

http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/732. Acesso em: 17 abr. 2018.

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 12.711/2012 NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Manoel Ruiz Conceição da Silva

RESUMO

O presente artigo tem como intuito averiguar a efetivação do princípio da igualdade por meio da ação afirmativa de cotas antes e depois da Lei nº 12.711/2012 na Universidade de Brasília (UnB). A Lei nº 12.711/2012, de modo geral, tornou as ações afirmativas uma política de Estado, no entanto ao utilizar o critério de escola pública e não pública, ela impede a criação de uma plena igualdade étnico-racial. Para analisar o tema, foi necessário buscar informações a respeito da evolução do acesso a UnB pelo critério étnico-racial do ano de 2004 a 2017. O texto foi escrito a partir de análise bibliográfica, jurisprudencial e empírica e estudo de relatórios fornecidos pela UnB.

Palavras-chave: Ações Afirmativas. Política de cotas. Igualdade. ADPF 186. Lei nº 12.711/2012.

INTRODUÇÃO

No ano de 2004 a Universidade de Brasília (UnB) implementou a reserva de vagas de 20% para ingresso no ensino superior pelo critério étnico racial. No entanto, com o advento da Lei nº 12.711/2012, 50% das vagas passaram a ser reservadas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Assim, este artigo pretende analisar as cotas na Universidade de Brasília (UnB) antes e após a promulgação da Lei nº 12.711/2012. A análise será feita sob o prisma do princípio da igualdade, vez que se verificará se o sistema de cotas atual trazido pela lei promove ou não tal princípio na sua acepção material.

A relevância do tema se mostra pela sua atualidade e por ser ainda um tema controvertido[1], tendo em vista que não há consenso a respeito das políticas de cotas como instrumento de inclusão. Diante da pesquisa realizada, é correto afirmar que o estudo da política de cotas como forma de efetivar o princípio da igualdade possui relevância científico-acadêmica, social e política. Relevância cientifica-acadêmica no sentido que a academia é o lugar de discussão de temas como o proposto, uma vez do debate podem surgir ideais para melhoria da vida em comunidade. Quanto a relevância social é possível destacar a importância das ações afirmativas na vida das pessoas pertencentes a grupos historicamente excluídos. A adoção de política de cotas se tornou um instrumento de combate ao racismo e desigualdade. Por último, quanto a relevância política, o presente artigo ao tratar de ações afirmativas faz menção a uma política pública que tem por finalidade reparar danos históricos causados a um determinado grupo com a finalidade de melhorar a vida em sociedade.

O artigo está dividido em duas partes. Na primeira parte será feita uma análise do princípio da igualdade na sua acepção formal e material. Na segunda parte

[1] Defesa de acusados de fraudar cotas vê 'tribunal racial' na UFRGS. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/defesa-de-acusados-de-fraudar-cotas-ve-tribunal-racial-na-ufrgs/. Tribunal racial na UnB. Disponível em: https://www.oantagonista.com/sociedade/tribunal-racial-na-unb/. Para UNB, um era branco e outro, negro: idênticos e filhos de casal inter-racial, eles foram separados pelo sistema de cotas em 2007. Disponível em: https://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-unb-um-era-branco-e-outro-negro-imp-,951965.

serão abordados o conceito e origem das ações afirmativas, bem como sua consonância com a Constituição Federal de 1988. Por fim, ainda na segunda parte, será feito uma análise de como era a política de cotas na UnB antes e depois da Lei nº 12.711/2012, a fim de verificar em qual momento a igualdade material foi melhor efetivada.

A pesquisa se baseou na análise bibliográfica, jurisprudencial e empírica, com análise de relatórios fornecidos pela UnB. Foi necessário buscar informações a respeito da evolução do acesso a UnB pelo critério étnico-racial do ano de 2004 a 2017.

Espera-se a partir deste estudo atestar que a Lei de Cotas não foi a melhor opção para o sistema de ensino superior, uma vez que o recorte social dado pela Lei nº 12.711/2012 não coíbe as práticas discriminatórias contra a população negra, uma vez que a política adotada pela lei deixou a questão racial em segundo plano, ou seja, não valorizou um grupo que foi historicamente marginalizado.

1 IGUALDADE FORMAL *VERSUS* IGUALDADE MATERIAL

O Estado democrático brasileiro elegeu alguns princípios fundamentais, dentre eles a igualdade. O objetivo da Constituinte de 1988 é "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)". (BRASIL, 1988)

Ainda no texto constitucional, consta no artigo 5º o princípio da igualdade, afirmando que todos são iguais perante a lei e que não pode haver distinção de qualquer natureza, "garantindo a todos, brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade." (BRASIL, 1988).

Vale dizer que o princípio da igualdade apresenta definições e nem todas elas apontam para o mesmo sentido. De acordo com Martins essas variações ocorrem porque a definição de igualdade está em função da época e das condições socioculturais vividas. (MARTINS , 2017, p. 26)

Diante das acepções do princípio da igualdade é possível identificar a igualdade formal (1.1) e a igualdade material (1.2).

1.1 Igualdade formal (concepção clássica do Estado Liberal)

A igualdade formal é a igualdade de todos perante a lei. Sob a perspectiva do Estado Liberal, a igualdade cede espaço à liberdade, de maneira que é compreendida apenas como igualdade formal perante a lei. Neste aspecto, "obedecendo ao modelo do mercado, pressupõe-se que todos os cidadãos são concorrentes num mercado ideal, cabendo a cada um o uso de sua liberdade. Ser tratado como igual significa não existir qualquer interferência sobre a liberdade pessoal". (AZEVEDO, 2007, p. 266)

Esse conceito de igualdade perante a lei ganhou força partir das revoluções americanas e francesa. Aqui a igualdade é um conceito jurídico-formal, em que a lei será aplicada em igualdade para todos, sem privilégios e sem distinção (GOMES e SILVA, 2003, p. 87).

Dias descreve igualdade como segue:

> A igualdade formal é a igualdade de todos perante a lei e a vedação de tratamento legal desigual a iguais. A igualdade formal é a regra básica da igualdade, fundamento do Estado de Direito e da cidadania, a qual se opõe aos privilégios do regime absolutista monárquico que dispensava tratamento

> diferenciado e privilegiado aos nobres e à realeza, em detrimento dos demais indivíduos. Portanto, ser cidadão é ser igual perante o Estado de Direito, fundamento básico da democracia. (DIAS, 2017, p. 46)

No contexto de abstencionismo estatal praticado pelo Estado Liberal, a igualdade formal era vista como suficiente para que as sociedades vivessem de forma harmônica, sem levar em consideração os aspectos particulares de cada indivíduo, ou o contexto social, familiar, religioso, étnico que cada cidadão estava inserido.

O principal objetivo do princípio da igualdade formal nesse contexto é combater os privilégios e discriminações baseados na linhagem uma vez que a sociedade é altamente hierarquizada. Sendo assim, a igualdade perante a lei surge como instrumento de aplicação da lei para todos sem distinção de qualquer natureza (GOMES e SILVA, 2003, p. 87).

A igualde formal estava ligada a uma mera abstração legal com base na previsão de submissão de todos aos dispositivos da lei. Não se leva em consideração carências ou especificidades de grupos sociais, ou seja, igualdade meramente estática (SIMÃO e RODOVALHO, 2014, p. 134).

Como asseverado por Bragato e Adamatti

> O conceito de igualdade que triunfou no Direito moderno ocidental foi o de idêntico tratamento da lei a todos. Embora seja uma concepção essencial para refutar discriminações injustificadas perante a lei, que se estabelecem a partir de privilégios, é também insuficiente, pois restringe a igualdade ao formalismo, ao não só ignorar a desigualdade histórica das pessoas, mas pressupor uma igualdade inexistente entre elas. (BRAGATO e ADAMATTI, 2014, p. 93)

Existem críticas ao princípio da igualdade formal. Como explicitado por José Afonso da Silva (2014, p. 214) a igualdade perante a lei não traduz efetivamente o

que consta no artigo 5º Constituição de 1988, uma vez que o interprete da norma não deve se limitar a lê-lo isoladamente.

De igual modo afirma Marmelstein (2016) que não havia interesse por parte daqueles que proclamaram textos como o da Declaração Universal do Direito do Homem e do Cidadão de efetivar a o princípio da igualdade. Na França, por exemplo, mesmo constando na declaração que "os homens nascem e permanecem livres e iguais direitos", o direito de voto ficou restrito aqueles com posses.

Não se pode olvidar que a Constituição de 1988 buscou afastar a visão formalista, distante da realidade social. Para interpretar a constituição, portanto, é preciso levar em conta o contexto social, com dados reais que se coadunam com o texto abstrato da Constituição, a fim de promover a concretização do texto constitucional (DIAS, 2017, p. 56). Nesse contexto surge a discussão a respeito da igualdade material, que será tratado no tópico a seguir.

1.2 Igualdade material ou substancial

Se no Estado Liberal os direitos de igualdade, liberdade e propriedade eram considerados como abstratos, no Estado Social de Direito as políticas públicas sociais representam o esforço para garantir tais direitos em concreto. No Estado Social a Administração e a Legislação têm foco na realização de direitos, interferido na liberdade e nas relações civis para resguardar os mais vulneráveis e assumindo papel de equiparação material dos cidadãos. (AZEVEDO, 2007, p.199)

A igualdade material é vista não como um abstração ou formalismo, mas como um noção mais dinâmica e ativista, uma vez que as desigualdades existentes

"devidamente pesadas e avaliadas" de maneira que as situações desiguais sejam tratadas desigualmente. (GOMES e SILVA, 2003, p. 88)

No Estado Social de Direito a atenção é voltada para a promoção da igualdade material ou substancial uma vez que exige que do legislador e dos aplicadores de Direito atenção às especificidades de cada grupo para que seja promovida a defesa dos grupos socialmente fragilizados e desfavorecidos. (GOMES e SILVA, 2003, p. 88)

Assim, não há como tratar os indivíduos de forma genérica, geral e abstrata. É necessário que haja especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto sob o prisma de suas

particularidades e peculiaridades. Nesta ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem um tratamento específico e diferenciado.

É neste contexto que os negros, assim como mulheres, crianças, migrantes, pessoas com deficiência, dentre outras categorias de vulneráveis devem ser vistas nas especificidades de sua condição social.

Diante deste cenário, Piovesan (2010) considera que ao lado do direito da igualdade surge, também como direito fundamental, o direito à diferença, o qual assegura o tratamento especial em respeito à diferença e à diversidade.

> "[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; temos direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades" (BOA VENTURA DE SOUSA apud PIOVESAN, 2010, p. 50)

A igualdade material, portanto, leva em consideração as especificidades dos sujeitos, os quais deverão ser tratados na medida de suas diferenças.

> Como se vê, em lugar da concepção "estática" da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção "dinâmica", "militante" de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. (GOMES e SILVA, 2003, p. 88)

Portanto, a partir da igualdade material o Direito passa a perceber e a tratar os indivíduos em suas especificidades e não mais de forma genérica. Dessa nova visão surgem, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas sociais de apoio a determinados grupos mais vulneráveis. Tais políticas socias, que nada mais são do que a concretização da igualdade material, são denominadas "ações afirmativas". (GOMES e SILVA, 2003, p. 89)

2 AÇÕES AFIRMATIVAS

Sobre o tema, é necessário falar, primeiramente, das origens e do conceito de ações afirmativas, bem como de sua consonância com o texto constitucional (2.1); em seguida, para discorrer sobre as Ações Afirmativas na UnB antes da Lei nº 12.711/2012, será feito um breve histórico da implementação da política de cotas na UnB, bem como sua constitucionalidade dada no julgamento da ADPF 186 (2.2) e,

por fim, como ficou configurada a política de Cotas na UnB depois da Lei nº 12.711/2012, a fim de se concluir em qual dos momentos (antes ou depois) o princípio da igualdade material foi melhor efetivado (2.3)

2.1 Ações afirmativas: origens e conceito

As Ações afirmativas surgiram em contexto de negação de direitos, ou seja, "para amparar direitos de hipossuficientes" (AGRA, 2014, p. 183). Nos EUA as ações afirmativas ganharam um maior destaque uma vez que, como afirmado por Joaquim Barbosa, "representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional." (GOMES e SILVA, 2003, p. 93)

A escravidão naquele país foi praticada por muitos Estados, mais acentuadamente nos Estados do Sul, e constituía um pilar essencial para economia (AGRA, 2014, p. 184). Após a guerra civil americana a Constituição americana foi emendada pela 13º emenda que abolia a escravidão.

No entanto não bastou a mudança na Constituição para que a população negra tivesse acesso aos direitos essenciais. A própria Suprema Corte americana entendeu que não feria a igualdade entre brancos e negros a separação racial, doutrina que ficou conhecida como *separated but equal* (AGRA, 2014, p. 184).

Nos anos de 1960 começam nos EUA grandes manifestações em combate a segregação racial e luta por direitos civis, tendo como principal destaque Martin Luther King Junior. Em 1961 foi publicado a Executive Order 10.925 que instituiu a Comissão Presidencial sobre Igualdade de Emprego e tinha como principal objetivo

proibir a discriminação contra pessoas candidatas a um emprego em razão de sua raça, religião ou nacionalidade (DIAS, 2017, p. 51).

E em 1964, de acordo com Agra, surgiu "o principal instrumento para o desmonte da segregação racial no Estados Unidos", qual seja, foi promulgada a nova Lei de Direitos Civis

A que proibia a segregação em locais públicos e também vedava a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou nacionalidade. (AGRA, 2014, p. 184)

Outros países também possuem experiência na implementação de ações afirmativas, antes mesmo dos Estados Unidos. Por exemplo, a Índia implementou política de ações afirmativas com o intuito de reduzir as desigualdades enfrentadas pelos *dalits* decorrentes do rígido sistema de castas e hierarquias com base na religião.

O sistema de cotas na Índia foi criado pelo intelectual Bhimrao Ramji Ambedkar, que era líder dos *dalits*. De acordo com Carvalho, Ambedkar foi o responsável por conseguir inserir no texto constitucional indiano, na ocasião de sua independência em 1948, a necessidade de cotas para os intocáveis (*dalits)* "e os grupos tribais, nas instituições de ensino e no serviço público como forma de compensar milênios de exclusão e desigualdade" (CARVALHO, 2006, p. 184)

Pelo fato de Ambedkar ter conseguido inserir as cotas no texto Constitucional, a Índia é o país com mais "longa história e experiência de ações afirmativas do mundo" (CARVALHO, 2006, p. 185).

valido mencionar que a Malásia, África, Canadá, Nova Zelândia e Colômbia também instruíram ações afirmativas para incluírem em seus quadros, seja no

parlamento ou em universidades, pessoas pertencentes a grupos historicamente excluídos.

Considerando a exclusão sofrida por determinados grupos, Gomes conceitua as Ações Afirmativas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com o escopo de combate a discriminações, sejam elas racial, de gênero, por deficiência física ou de origem nacional. Ademais, ensina o autor que as ações afirmativas têm por objetivo concretizar a efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, tais como educação e emprego. (GOMES, 2001, p. 135).

Vale dizer que a Constituição brasileira de 1988 não é avessa às Ações Afirmativas. O Estado brasileiro é signatário de vários tratados e convenções que tratam da promoção da igualdade mediante o uso de Ações Afirmativas, com destaque para Convenção para eliminação de toda a Discriminação Racial e Discriminação contra a Mulher. Com o tempo, o direito nacional passou a contemplar mecanismos voltados para a promoção da igualdade efetiva. (PIOVESAN , 2014, p. 344)

Seguindo o entendimento que a igualdade é melhor aplicada na sua acepção material, o Direito brasileiro contempla modalidades de ações afirmativas. Inclusive, não é alheio ao texto constitucional a promoção de direitos de grupos específicos. (GOMES e SILVA, 2003, p. 101)

Sendo assim, a Constituição de 1988 traz explicitamente vários dispositivos que tratam da promoção da igualdade efetiva. Nesses dispositivos é demonstrado o verdadeiro repúdio "do constituinte pela igualdade "processual" e sua opção pela

concepção de igualdade dita "material" ou "de resultados". (GOMES e SILVA, 2003, p. 102) (GOMES, SILVA, 2003, p. 102)

De imediato pode ser destacado o que diz o preâmbulo da Lei Maior: a construção de um Estado "comprometido com a "igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". (MARTINS , 2017, p. 58)

A Constituição, então, apresenta dispositivos que demonstram uma nova postura do Estado diante das particularidades vividas por determinados grupos, ou seja, um Estado proativo conforme o art. 3º: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (BRASIL, 1988). No mesmo dispositivo consta que o Estado tem o compromisso de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e também buscar a promoção do bem de todos "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (MARTINS , 2017, p. 58).

Rocha afirma que o dispositivo em comento fala implicitamente através de uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres que o Brasil não um país livre, uma vez que não se organiza de forma que todos sejam detentores de condições para o exercício de suas liberdades, e por isso a sociedade não pode ser justa enquanto perdurarem as mazelas sociais. Sendo assim, se faz necessário o uso de mecanismos para que as mazelas sociais sejam mimimizadas, ou seja, as Ações afirmativas. (ROCHA , 1996, p. 289)

Como confirmação desse vies mais ativo do Estado, a Constituição trouxe consigo mecanismos de Ações Afirmativas para beneficiar grupos específicos, ou seja, o constituinte se preocupou em "estabelecer parâmetros e instrumentos

indicativos de como e a quem alcançar com esta postura promotora da igualdade." (MARTINS , 2017, p. 59)

O primeiro ponto que merece consideração é tratamento que a Constituição dar para as mulheres. O art. 5º, I da CRFB afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, no entanto, diante de uma nova postura do Estado, houve reconhecimento por parte do legislador das diferenças fáticas entre mulheres e homens (DIAS, 2017, p. 54).

Também é valido mencionar que a discriminação sofrida pelas mulhres ao longo da história causa uma serie de danos ainda hoje. Por esses motivos, Martins afirma que o Estado "tem atuado em diversos segmentos buscando a isonomia entre os sexos" (DIAS, 2017, p. 54).

O art. 7º, XX, trata da proteção do mercado de trabalho da muher mediante incentivos específicos . Martins afirma que o dispositivo por si só não cria uma ação afirmativa, no entanto há um reconhecimento de que a mulher sofre no mercado de trabalho, ou seja, a vunerabilidade da mulher é mais acentuada (MARTINS, 2017, p. 59).

Outro ponto que merece destaque é o tratamento dado pela Constituição aos deficientes físicos. O art. 37, VIII, consta que será reservado por lei um percentual de cargos e empregos públicos a portadores de deficiência. Apesar de não dizer qual o percentual, nesse ponto a Constituição obriga o legislador infraconstitucional a criar cotas para ingresso de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, uma vez que é um grupo historicamente margilizado e discriminado no que diz respeito ao acesso ao mercado de tabalho (MARTINS , 2017, p. 60).

Em suma, o Estado brasilieiro é signtário de diversos tratados/convenções que tratam de mecanismos de inclusão e possue um ordenamento jurídico interno, principalmente a Constituição de 1988, que favorece o uso das ações afirmativas como instrumento de efetivação da igualdade.

2.2 Ações Afirmativas na UnB antes da Lei nº 12.711/2012

A Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira universidade federal a adotar o sistema de cotas raciais como critério de acesso ao ensino público superior, por meio da Resolução do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) nº 38 de junho de 2003 que aprovou o Plano de Metas para a Integração Social, Ética e Racial da Universidade de Brasília, o qual passou a vigorar a partir do vestibular do segundo semestre de 2004. (UnB, 2003)

A proposta das cotas adotadas pela UnB, elaborada por José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato, ganhou força a partir de um caso emblemático ocorrido em 1998 no curso de doutorado em antropologia. Na ocasião, Arivaldo Lima Alves, primeiro estudante negro do doutorado, foi reprovado em uma matéria obrigatória no primeiro semestre do curso, na qual nenhum doutorando havia sido reprovado em 20 anos. Após uma árdua luta burocrática para ter direito a quatro pedidos de revisão de menção, precisou ser deslocado temporariamente para a Unicamp para cursar a mesma disciplina na qual havia sido reprovado, com intuito de revalidar a disciplina em caso de não aceitação dos seus recursos. Somente após dois anos, Arivaldo conseguiu que o CEPE obrigasse o Departamento a mudar sua menção.

Tal acontecimento culminou numa discussão mais ampla a respeito do racismo universitário, levando José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato,

professores da UnB, a apresentarem a proposta de cotas, a fim de deslocar uma discussão departamental para um debate geral a respeito do racismo crônico vivido no ambiente acadêmico.

Diante desse cenário, Carvalho e Segato concluíram que as cotas raciais eram importantes, até porque a olho nu quase não era possível ver negros na universidade, contrariando a proporção entre a população negra brasileira, que representava 45% da população do país, e a população negra universitária. Essa percepção foi confirmada quando o autor realizou nos anos 2000 dois censos para saber a dimensão da exclusão racial na universidade. (CARVALHO, 2006)

O primeiro censo realizado foi para verificar a quantidade de professores negros na UnB. Para espanto, após 40 anos da criação da universidade, apenas 1% dos professores eram negros. De acordo o autor esse perfil era extremamente desigual no sentido de que os negros representavam na época 47% da população brasileira. (CARVALHO, 2006)

O segundo censo realizado foi uma extensão do primeiro para outras universidades públicas. Foi constatado que a exclusão racial na docência era mais alarmante, uma vez que dentre as universidades mais poderosas do país (USP, UFRJ, UniCamp, UFMG, UFRGS) o percentual de professores negros era de 0,6%. Com esses dados, foi possível concluir que o ambiente acadêmico brasileiro é preponderantemente branco. Ou seja, o negro é sub-representado nos lugares de mais destaque na sociedade. (CARVALHO, 2006)

Diante desse cenário, em 6 de junho de 2003, foi lançado o Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB, o qual incluiu o acesso de negros e

indígenas, por meio de políticas de ação afirmativa de cotas, ao ensino público do Distrito Federal. (ASSUNÇÃO, SANTOS, NOGUEIRA. 2018, p. 220)

O Plano de Metas estabeleceu objetivos que visam atender à necessidade de gerar na UnB uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo. Dentre os objetivos estavam as ações para alcançar o acesso, disponibilizando, por um período de dez anos, 20% das vagas do vestibular da UnB para negros. (UNB, 2003, p. 2)

Diante, disso a política de cotas instituída pela UnB era irrestrita em relação ao critério étnico-racial, ou seja, o negro acessaria a Universidade independentemente de ter estudado em escola pública ou não. Nesse ponto, é válido um esclarecimento, uma vez que a política de cotas adota pela UnB tinha um viés de combate à discriminação racial e não simplesmente focada no combate à pobreza. Os dados a respeito das mazelas sofridas pela população negra demonstram que o negro no Brasil é discriminado não por ser pobre e sim por ser negro. (SANTOS, 2007, p. 215)

Diante da política de cotas praticada pela UnB, no ano de 2009 o Partido Democrata – DEM propôs perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF nº 186, pela qual impugnou a constitucionalidade da instituição de cotas raciais na UnB. (DIAS, 2017, p. 56)

O DEM alegou que ao instituir cotas raciais, a UnB criou um verdadeiro "Tribunal Racial", composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam à mercê do julgamento discricionário da banca

julgadora. O partido destacou ainda que não questiona a constitucionalidade das Ações Afirmativas e sim os critérios "racionalistas" das cotas, questionando se "a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos". (BRASIL, 2012)

Logo depois da propositura da ADPF, a Procuradoria Geral da República apresentou parecer, cuja autora era a vice-procuradora geral Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, por meio do qual opinou pelo indeferimento da Medida Cautelar em razão de ausência de plausibilidade do direito invocado, tendo em vista que a política de cotas é constitucional, e em razão da presença de *periculum in mora* inverso. (DIAS, 2017, p. 58)

Segundo o parecer da Procuradoria Geral da República, o princípio da igualdade, como

concebido no sistema constitucional brasileiro, não é só compatível, mas também, em determinadas situações reivindica a promoção de políticas de ação afirmativa, para que desigualdades profundamente enraizadas nas nossas práticas sociais e instituições sejam superadas. (BRASIL, 2012)

Em resposta à petição inicial, a UnB alegou que o requerente inverteu o sentido do princípio da igualdade e quando o fez o articulou contra a própria Constituição, tendo em vista que não se pode negar que os cidadãos brasileiros negros partem, em sua maioria, de condições sociais e econômicas muito piores quando comparados com cidadãos de cor branca. (BRASIL, 2012)

Por fim, no dia 26 de abril de 2010, o voto do relator foi seguido, por unanimidade, pelos ministros do STF e julgaram improcedente a ADPF nº 186,



firmando o posicionamento no sentido da constitucionalidade das cotas raciais em universidades.

Na conclusão do julgamento da ADPF nº 186, o STF entendeu que o sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial não contraria o princípio da igualdade material, tendo em vista que o modelo constitucional incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes da fria aplicação da acepção formal de tal princípio. Portanto, o STF entendeu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa instituídas pela UnB, desde que sejam de caráter temporário, para que não se tornem benesses permanentes à determinado grupo social[2]

[2] ADPF 186. EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, *CAPUT*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, *CAPUT*, 205, 206, *CAPUT*, I, 207, *CAPUT*, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na

2.3. Ações Afirmativas na UnB depois da Lei nº 12.711/2012

Logo após o julgamento da ADPF nº 186, em agosto de 2012 foi aprovada a Lei nº 12.711 que instituiu uma política de cotas com um recorte sociorracial. Mesmo abordando minimamente o critério racial, a lei atende mais a uma perspectiva social. (JESUS, 2015, p. 2)

Como já foi demonstrado, a UnB elegeu o critério racial para garantir o acesso da população negra ao ensino superior. Ficou evidente que as mazelas sofridas ao longo dos anos causaram sérios problemas à população negra em relação ao acesso ao ensino público e ao mercado de trabalho. Dessa forma, houve necessidade de implementação de uma política pública de efetivação da igualdade, ou seja, ações afirmativas com intuito de superar a composição desigual no ambiente acadêmico no que diz respeito a cor da pele. (JESUS, 2015, p. 9)

Por outro lado, a Lei nº 12.711/2012, regulamentada pelo poder executivo federal a partir da publicação do Decreto nº 7.824/2012, trouxe uma nova abordagem em relação às cotas. Tal lei, conhecida como a nova lei de cotas, prevê a reserva de 50% das vagas oferecidas nas universidades federais para estudantes que tenham concluído todo o ensino médio em escolas públicas. Além disso, metade do percentual definido deve ser reservado aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a um salário-mínimo e meio *per capita*. (GARCEZ, 2013, p. 117-118)

---

discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (BRASIL, 2012)

A Lei ainda reserva vagas para candidatos pretos, pardos e indígenas egressos de escolas públicas, e para candidatos pretos, pardos e indígenas egressos de escolas públicas e de baixa renda. (BRASIL, 2012)

Para ilustrar tais critérios, segue figura abaixo.

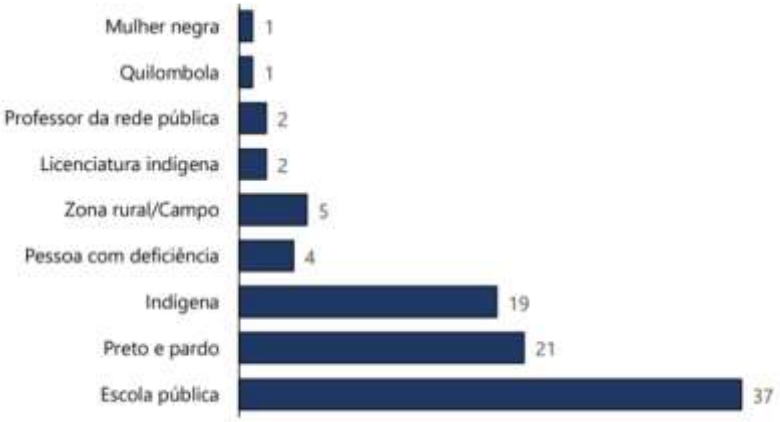
Figura 1: Sistema de distribuição das vagas de acordo com a Lei Federal 12.711



Fonte: (EURÍSTENES, JÚNIOR, CAMPOS, 2016)

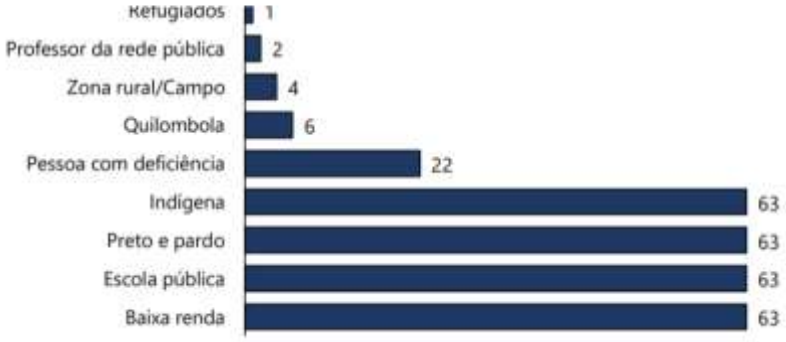
É evidente que a Lei trouxe avanços no sentido de que as cotas se tornaram uma política de Estado, abrangendo maior número de Universidades, obrigando-as a aplicarem em seus processos seletivos os critérios legais. Ademais, a aplicação da nova lei de cotas incentivou a adoção de outros programas de inclusão para outros grupos, como para quilombolas e pessoas com deficiência, além da ampliação do número de negros, pardos e indígenas, conforme verifica-se nos gráficos abaixo: (EURÍSTENES, JÚNIOR e CAMPOS, 2016, p. 13)

Gráfico 1 - Distribuição de grupos beneficiários das políticas de ação afirmativa por universidade: 2012 (antes da lei de cotas)



Fonte: (EURÍSTENES, JÚNIOR, CAMPOS, 2016)

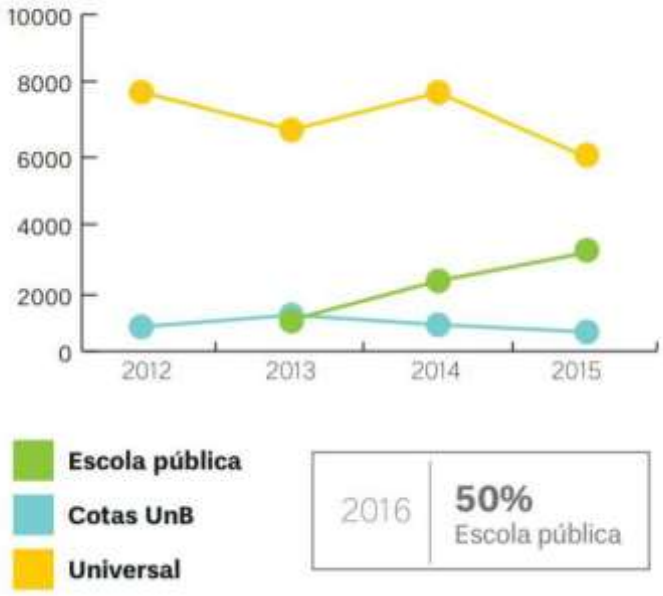
Gráfico 2 - Distribuição de grupos beneficiários das políticas de ação afirmativa por universidade: 2016.



Fonte: (EURÍSTENES, JÚNIOR, CAMPOS, 2016)

Na UnB também foi observado que houve um aumento do acesso de estudantes oriundos de escola pública, conforme gráfico a seguir:

Gráfico 3



Fonte: Relatório Ilustrado UnB - Gestão 2012/2016

O que pode ser depreendido a partir da análise do gráfico é que houve uma ampliação do número de estudantes oriundos de escolas públicas, porém uma diminuição das cotas da UnB, uma vez que no ano de 2014 foi aprovada a diminuição do percentual de cotas raciais irrestritas de 20% para 5% de vagas. É que dos 50% de vagas universais reservadas pela Lei nº 12.711/2012, a UnB reservou 5% para estudantes negros, independentemente de renda ou origem escolar.

Esse percentual reservado para estudantes negros independente de renda ou origem escolar, de acordo com Carvalho, serve para compensar os retrocessos

trazidos pela lei. O autor afirma que embora o número de estudantes negros tenha aumentado na Universidade após a Lei, tal fato significa apenas um avanço parcial, tendo em vista que ao mesmo tempo em que amplia as vagas de inclusão, o formato restritivo da Lei impede a criação de uma plena igualdade étnico-racial. (CARVALHO, 2014)

Não obstante os avanços trazidos pela lei de cotas, surgiram opiniões divergentes entre os estudiosos no que tange ao critério social estabelecido. Vale dizer, que a Lei sugere o que afirma Florestan Fernandes, ou seja, que os problemas raciais são parte do fenômeno das desigualdades sociais e de renda. (FERNANDES, 2008). Ocorre que esse atrelamento desconsidera todo o arcabouço histórico de discriminação e sofrimento causados à população negra, colocando-a em posições de menor prestígio social. (JESUS, 2015, p. 9)

Carvalho faz algumas observações interessantes sobre o advento da Lei de cotas nas universidades públicas. Segundo o autor, os critérios de seleção usados pela Lei são questionáveis, uma vez que escolher somente alunos que cursaram ensino médio da rede pública engessa o sistema de cotas. Tal argumento se confirma pelas seguintes considerações: a) houve uma separação entre negros de classe média e negros pobres; b) os negros de classe média de escola pública foram separados dos negros de classe média de escola privada; c) de igual modo, foram separados os negros de classe média de escola pública dos negros pobres de escola pública; d) ainda houve separação entre os negros pobres de escola pública e negros pobres de escola privada com bolsa; por fim, e) os negros pobres de escola pública foram separados dos negros pobres que fizeram supletivo privado. (CARVALHO, 2014, p. 9)

Diante desse quadro, no pior dos cenários, muito provavelmente os 50% de vagas reservados para a concorrência geral serão usufruídos por brancos de classe média e alta, oriundos de escolas particulares de alto nível, preparadas para esse nível de competição. (CARVALHO, 2014, p. 9)

Tomando por base o cenário proposto pelo autor, se for somado 25% das vagas reservadas pela lei para brancos de escola pública aos 50% das vagas gerais (que na prática serão preenchidas por brancos de escolas particulares), 75% das vagas serão destinadas a pessoas brancas e, consequentemente, somente 25% das vagas restariam para alunos negros. (CARVALHO, 2014, p. 10)

Tabela 1- Número de vagas em relação à cor e origem escolar

	Brancos	**Negros**
Escola não pública	50%	X
Escola pública	25%	25%
Total	75%	25%

Fonte: (CARVALHO, 2014)

Fica ainda mais evidente a desigualdade quando a quantidade de vagas é analisada pela ótica da renda, ou seja, entre negros de classe média e os brancos de classe média. Se somado o percentual de 50% das vagas gerais (que na prática serão preenchidas por brancos de escolas particulares) com 12,5% das vagas para brancos

de classe média oriundos de escolas pública, o total de brancos será de 62,5%. Em contrapartida, como não sobram vagas gerais para negros de classe média em escola não pública, somente 12,5% das vagas de escola pública estarão reservadas para negros de classe média. (CARVALHO, 2014, p. 10)

Tabela 2 Número de vagas em relação à cor, origem escolar e renda

	Brancos	Negros
Escola não pública	50%	X
Escola pública	12,5%	12,5%
Total	62,5%	12,5%

Fonte: (CARVALHO, 2014)

A consequência disso será que a classe média negra migrará para a escola pública para evitar uma concorrência desvantajosa com brancos mais ricos, maioria em escolas particulares. Por outro lado, essa migração gerará um outro fenômeno: negros pobres competindo entre si e negros de classe média competindo entre si. (CARVALHO, 2014, p. 9)

Nessa senda, é válido ressaltar que a vulnerabilidade de grupos étnicos raciais como negros e índios, não está relacionada à situação financeira ou origem escolar. Não é razoável associar o preconceito racial com a condição econômica ou social, tendo em vista que o negro pobre sofre igual preconceito que um negro de classe média ou alta. A questão é racial e não social. (DIAS, 2017, p. 129)

A Lei de Cotas avança medida em que democratiza o acesso ao ensino público superior, no entanto, ao ser analisado seu formato e tramitação legislativa, verifica-se que o critério racial, que antes era central na discussão, foi marginalizado e introduzido no critério social. Para agravar essa marginalização foi inserido o critério de renda, o qual levou a questão racial a um patamar ainda menor dentro da lei. (SILVA, 2017, p. 99)

A exigência de que pretos, pardos e índios tenham cursado integralmente o ensino médio em escola pública para ingressarem no ensino público superior pelas cotas, acaba por excluir egressos de escolas não públicas, mas que de igual forma sofrem discriminação em razão de suas características étnico-raciais, o que por si só demonstra que a Lei não atingiu o objetivo almejado. (DIAS, 2017, p. 129)

Percebe-se, portanto, que a Lei nº 12.711/12 atende mais ao critério social do que o racial, levando a "crer que a fonte do preconceito seria a condição de pobreza e não a raça a que pertence". (DIAS, 2017, p. 130)

Vale dizer que os critérios adotados pela Lei de cotas foram influenciados pelo mito da democracia racial, a qual tem a ideia central na mestiçagem, ou seja, que o conceito de raça não tem relevância (AZEVEDO, 2007, p. 115). Nesse contexto, nota-se um esforço estatal em colocar, desde a abolição da escravatura, obstáculos para que a população negra não desfrute da plena cidadania, a exemplo

das dificuldades de acesso das pessoas negras ao sistema de ensino. O risco de se acreditar que o país vive uma democracia racial é a não percepção da realidade vivida pela população negra. (SILVA, 2017, p. 144)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações afirmativas são instrumento de concretização da igualdade material, a qual trata os indivíduos de acordo com suas especificidades. A Constituição brasileira de 1988 não avessa às Ações Afirmativas, antes apresenta em seu texto a promoção de direitos de grupos específicos. Vale dizer ainda que o Estado brasileiro é signatário de vários tratados e convenções que tratam da promoção da igualdade mediante o uso de políticas de promoção da igualdade. Nesse aspecto, as ações afirmativas têm por objetivo concretizar a efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como, por exemplo, a educação superior.

Nesse contexto, a fim de facilitar o acesso da população negra ao ensino superior, a UnB instituiu internamente um sistema de cotas raciais, ação afirmativa que reservava 20% das vagas para estudantes negros. Tal sistema levava em consideração apenas os critérios raciais, deixando de lado o critério de renda ou origem escolar, o que demonstra maior preocupação com os prejuízos históricos e atuais sofridos pela população negra. Embora tal sistema tenha sido questionado por meio da ADPF 186, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de cotas raciais instituída pela Universidade de Brasília.

Com o advento da Lei nº 12.711/2012 o critério racial ficou em segundo plano, uma vez que a lei de cotas priorizou o critério social, com base na origem escolar e renda. Percebeu-se, então, que embora tenha havido um aumento no número de negros na UnB após a lei, não se mostrou razoável associar o preconceito

racial à condição econômica ou origem escolar, tendo em vista que a discriminação racial não pergunta se o negro é pobre, de classe média ou alta.

Assim, concluiu-se que o critério racial adotado pela UnB efetiva mais o princípio da igualdade na sua acepção material, tendo em vista que leva em consideração as desigualdades vividas pela população negra ao longo da história, não reduzindo apenas a aspectos financeiros ou escolares.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. D. M. Curso de direito constitucional. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ASSUNÇÃO, A. V. P. D.; SANTOS, C. D. A.; NOGUEIRA, D. X. P. Políta de Cotas Racias na UnB: Um estudo sobre o acesso de negros na universidade dutante o período de 2004 a 2012. Revista Histedbr, Campinas, v. 18, p. 212-233, jan./mar. 2018.

AZEVEDO, D. A. D. A Justiça e as Cores: a adequanção constitucional das políticas públicas afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior a partir da teoria discursiva do Direito. 2007. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília , Brasília, 2007.

BRAGATO , F.; ADAMATTI, B. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 91-108, out./dez. 2014. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?, 2014. Disponivel em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509929. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]: Constituição da República Federativa do Brasil. Disponivel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.824 de 11 de outubro de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm. Acesso em: 15 jan.2019

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 15 jan.2019.

CARVALHO, J. D. José Jorge de Carvalho reconhece avanços, mas diz que Lei precisa ser revista. 2014. Disponivel em: www.afropress.com/post.asp?id=16562. Acesso em: 05 abr. 2019.

CARVALHO, J. D. Uma proposta de continuidade das cotas raciais e das vagas para indígenas na Universidade de Brasília como complemento ao modelo de cotas de escola pública definido pela Lei Federal n. 12.711. Cadernos de Inclusão 4, Brasília, p. 16, março 2014.

CARVALHO, J. J. D. Inclusão étnica e racial no brasil: a questão de cotas no ensino superior. 2.ed. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

DIAS, E. M. Cotas para negros em Universidades: função social do Estado contemporâneo e o princípio da porpocionalidade. Jundiaí: Paco Editorial, 2017.

EURÍSTENES, P.; JÚNIOR, J. F.; CAMPOS, L. A. Evolução de Lei nº 12.711 nas universidades federais. Levantamento das políticas de ações afirmativas GEMAA. Rio de Janeiro: UERJ, 2016.

FERNANDES, F. A integração do negro na sociedade de classe. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008. v.1.

GARCEZ, V. B. V. As Políticas de Cotas Sociais e Étnico-raciais na Universidade Federal de Sergipe sob a ótica do Princípio da Isonomia. Caderno de Graduação: Ciências Humanas e Sociais, Aracajú, v. 1, n. 16, p. 115-126, mar. 2013.

GOMES, J. B. B.; SILVA, D. L. L. As ações afirmativas e o processo de promoção da igualdade efetiva. *In:* SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O

DIREITO/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários (AJUFE), Brasília, 2003.

JESUS, S. D. Lei nº 12.711/12: Uma senão à presença da diversidade étnico-racial nos territórios acadêmicos das universidades públicas brasileiras. *In:* Territorialidade e diversidade regional na América Latina:suas conexões com a educação física e ciências do esporte, CONBRACE n.9, CONICE n.6, 2015. Anais, Vitória, 2015.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 6. ed. São Paulo: Atlas , 2016.

MARTINS , D. C. O controle judicial de ações afirmativas pela ação civil pública. Série Monografias do CEJ, Brasília, n. 26, p. 176, jun. 2017.

NANINI, L. UnB aprova redução no número de vagas pelo sistema de cota racial.2014. Disponivel em: http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/04/unb-aprova-reducao-no-numero-de-vagas-pelo-sistema-de-cota-racial.html. Acesso em: 05 abr.2019.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas sob a pespectiva dos direitos humanos. *In*: DUARTE, C. PIZA; LIMA, BERTÚLIO; SILVA, P. BAPTISTA DA. Cotas raciais no ensino superior: entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e Direitos humanos: perspectivas global e regional. *In*: Igualdade, diferença e direitos humanos. SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS , A. D. O sistema de cotas para negros da UnB: um balanço da primeira geração. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

SANTOS, A. D. Movimentos negros, educação e ações afirmativas. Brasília, Junho 2007. Disponivel em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1973/1/Tese%20Sales%20versao%20final%203.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019.

SILVA, A. D. Curso de Direito Constituicional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editoras , 2014.

SILVA, V. P. M. O processo de formação da Lei de cotas e o racismo institucional no Brasil. 2017. Dissertação de Mestrado em Sociologia. Universidade de Brasilía, Brasília, 2017.

SILVÉRIO , V. R. Ação afirmativa: uma política pública que faz a diferença. *In*: PACHECO , Q.; SILVA , O negro da universidade: direito à inclusão. Brasília: Fundação Cultural Palmares , 2007.

SIMÃO , L. D. A.; RODOVALHO, T. O Estado na promoção da igualdade material. Revista de Informação Legislativa , Brasília, 51, 04 abr/jun. p. 131-144. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/503041. Acesso em: 05 dez.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. 1.Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no *caput* do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares [...]. Reqte: Democratas - DEM. Intdo: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ: 26 de abril de 2012. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269. Acesso em: 10 dez.2018.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Plano de Metas para a intgração social étnica e racial da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2003.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA.. Relatório Ilustrado : Gestão 2012/2016. Brasília: UnB, 2016.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Resolução do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão nº 38 de 10 de junho de 2003. Brasília: UnB,2003.

A APOSENTADORIA ESPECIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NAS PECS 287-A/2016 E 6/2019

Marcelo Verner Carvalho Duarte

RESUMO

O trabalho monográfico busca apresentar o instituto da aposentadoria especial da pessoa com deficiência, delineando a luta histórica desse grupo por inclusão na sociedade através da atuação do Estado positivando direitos que os coloquem em igualdade de oportunidades. Nesse contexto, apresentam-se as questões relativas à aposentadoria em condições dignas, haja vista as peculiaridades atinentes a própria condição de deficiência, fazendo com que seja necessária uma regulação especial, o que inicialmente foi tratado pela Lei Complementar 142 de 2013. Atualmente, com as apresentações das Propostas de Emenda à Constituição 287-A de 2016 e 6 de 2019, as condições previstas inicialmente na LC 142 podem sofrer alterações substancias na forma como essas pessoas terão acesso a suas aposentadorias, sendo tais propostas o objeto de estudo do presente trabalho.

Palavras chave: Aposentadoria Especial. Pessoa com Deficiência. Proposta de Emenda à Constituição

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, primando pela busca de igualdade de condições para todos os seus cidadãos, inovou ao trazer em seu texto, garantias para as pessoas com deficiência, que até hoje ainda lutam pelo seu direito de inclusão na sociedade, vista a ausência de medidas do Estado para garantia de acessibilidade

destas a condições dignas para participação no âmbito acadêmico, político e empregatício.

Os direitos garantidos na Constituição cidadã e estendidos pelas diversas legislações posteriores são frutos da organização e mobilização dessas pessoas que deixaram de ser meros expectadores de ações concretas pelo Estado, passando a ser organizar para exigir melhores condições de acesso a sociedade.

Tais movimentos têm seu começo na metade do Século XIX e se estendem por todo o Século XX, tendo como grande expoente o Ano Internacional da Pessoa com Deficiência, proclamado pelas Nações Unidas.

Alcançando a visibilidade necessária para que sejam criadas políticas públicas que garantam a igualdade e dignidade as pessoas com deficiência, torna-se necessária a inclusão destas no mercado de trabalho, onde o preconceito, muitas vezes, apenas permitia acesso dessas pessoas às funções subalternas, com remuneração inferior.

Sabendo dessa peculiaridade, é importante a busca da proteção da pessoa com deficiência a condições salubres de emprego, assegurada sua condição de deficiência (auditiva, visual, motora, mental ou intelectual).

Ademais, igualmente importante a garantia de acesso a aposentadoria especial dessas pessoas, para que possam gozar desse período sem que haja um desgaste exacerbado ocasionado pelas condições de trabalho impostas.

O método de pesquisa a ser utilizado neste trabalho monográfico será o da pesquisa exploratória, apoiando-se na análise das leis, tratados, convenções e jurisprudência relativa à aposentadoria da pessoa com deficiência e como estas podem ser afetadas com a aprovação de alguma das Propostas de Emenda à Constituição aqui analisadas.

No capítulo inicial, será feita uma breve contextualização da situação da pessoa com deficiência no Brasil da época colonial e como aos poucos, o Estado e sociedade civil começaram a se organizar para que, aos poucos, essas pessoas pudessem ser incluídas como membros ativos na sociedade e como esse movimento influenciou no texto promulgado da Constituição da República de 1988.

No segundo capítulo, será abordada a forma como se deu a inclusão do direito à aposentadoria especial da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio, tratando da Emenda Constitucional 47 de 2005, onde restou prevista a possibilidade de adoção de critérios diferenciados quando da aposentadoria da pessoa com deficiência, o que somente foi regulamentado através da Lei Complementar 142 de 2013. Ainda, serão observadas as peculiaridades na forma que se dá essa aposentadoria, além da utilização da lei no caso de aposentadoria de servidor público com deficiência.

Por fim, será analisado o contexto atual da previdência social no Brasil, havendo grande discussão sobre a necessidade de sua reforma e também serão estudadas as duas Propostas de Emenda à Constituição que visam reformar o sistema previdenciário brasileiro, a PEC 287-A de 2016 e a PEC 6 de 2019, com ênfase nas alterações previstas na aposentadoria da pessoa com deficiência.

1 OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

1.1 Breve resumo

Segundo censo realizado em 2010, no Brasil há 45,6 milhões de pessoas, o equivalente a 23,9% da população, que têm algum tipo de deficiência (auditiva, visual, motora, mental ou intelectual)[1].

Durante o período colonial no Brasil, essas pessoas viviam em contexto de segregação, dada a falta de ambientes que lhes fosse inclusivo, fazendo com que estas vivessem reclusas em suas próprias casas. Entre 1840 e 1860, surgem as primeiras instituições públicas de cunho assistencial para atendimento de tipos específicos de deficiência, não havendo nenhuma nova ação para pessoas com deficiência até a virada do século.[2]

Dada a ausência de ações de integração e assistência por parte do Estado, a sociedade civil começou a se organizar para criar instituições "voltadas para assistência nas áreas de educação e saúde, como as Sociedades Pestalozzi (1932) e as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) (1954)"[3].

A situação começa a se alterar no fim da década de 70, onde se iniciam os primeiros movimentos em prol dos direitos das pessoas com deficiência, com a criação da Coalizão Pró-Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes, a

[1] BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Coordenação Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Trabalho. In: Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012

[2] LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 21-22.

[3] LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 22

primeira organização com intuito de organizar o movimento representativo da pessoa com deficiência em âmbito nacional.[4]

Para impulsionar a discussão acerca da inclusão da pessoa com deficiência, a Organização das Nações Unidas (ONU), proclamou que o ano de 1981 seria o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), estabelecendo como principais objetivos[5]:

> 1. Ajudar os deficientes no seu ajustamento físico e psicossocial na sociedade;
>
> 2. Promover todos os esforços, nacionais e internacionais, para proporcionar aos deficientes assistência adequada, treinamento, cuidadosa orientação, oportunidades para trabalho compatível e assegurar a sua plena integração na sociedade;
>
> 3. Estimular projetos de estudo e pesquisa, visando a participação prática e efetiva de deficientes nas atividades da vida diária, melhorando as condições de acesso aos edifícios públicos e sistemas de transportes;
>
> 4. Educar e informar o público sobre o direito das pessoas deficientes de participarem e contribuírem nos vários aspectos da vida econômica, social e política;
>
> 5. Promover medidas eficazes para a prevenção de deficiências e para a reabilitação das pessoas deficientes.

O Ano Internacional da Pessoa com Deficiência é um marco para as pessoas com deficiência, que começam a ver a suas reinvindicações serem discutidas pela sociedade, gerando forte pressão para inclusão de suas demandas na Assembleia

[4] LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 37-38.

[5] BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.>. Acesso em: 19 de Out. 2018.

Nacional Constituinte de 1985 que tinha por objetivo a elaboração de uma nova Constituição para a República.[6]

1.2 A Constituição Federal de 1988 e as Convenções e Tratados Internacionais

Em outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federal do Brasil, um marco para sociedade que anteriormente conviveu com a supressão de direitos durante o período de regime militar, elencando como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana. Sobre isso, Flávia Piovesan afirma[7]:

> [...] a Constituição Brasileira de 1988 constitui um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.
>
> O valor da dignidade humana ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1°, III, impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério

[6] LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 37-38.

[7] PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF, Disponível: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf> Acesso em: 20 de out. 2018.

> interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

O texto da nova carta constitucional incluiu em diversos artigos do dever do Estado para com as pessoas com deficiência e seus direitos. Os artigos que versam sobre tais direitos e garantias das pessoas com deficiência são os seguintes:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
>
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
>
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
>
> Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:
>
> VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
>
> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.[8]

Com isso, o legislador cria para o Estado a obrigação de propor ações e medidas de acessibilidade e inclusão dessas pessoas, observando a Declaração Universal de Direitos Humanos. Quanto aos artigos, o Professor Titular de Direito Constitucional da PUC-SP, Luiz Alberto David de Araújo, faz os seguintes comentários:

[8]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Publicação Original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 de out. 2018.

Devemos fazer justiça ao texto de 1988. Tratava da igualdade formal, repetindo a norma em diversos momentos. E, em relação ao grupo de pessoas com deficiência, o texto cuida especialmente no campo do trabalho. Além da regra geral da igualdade, constante no artigo quinto, pode-se identificar a especificidade do texto no artigo sétimo, inciso XXXI, quando proíbe discriminação na contratação da pessoa com deficiência para o trabalho.

Assim, além da igualdade geral, já garantida no artigo quinto, a igualdade específica, digamos assim, também vem reforçada, no referido dispositivo.

Outros pontos da Constituição foram destinados à proteção desse grupo que, segundo o último Censo no Brasil, correspondem a 23,9% (vinte e três vírgula nove por cento) da população brasileira. Ou seja, quase 01 (um) em 04 (quatro) brasileiros tem alguma deficiência, índice que justifica, de per si, uma atenção especial do constituinte e dos legisladores infraconstitucionais.

A educação desse grupo vulnerável também recebeu tratamento especial, como se nota do art. 208, inciso III; o mesmo se diga da assistência social, conforme dispõe o art. 203, inciso IV.

Se os direitos foram garantidos de forma clara pela Constituição, garantindo a igualdade, ficou clara a necessidade de proteção desse grupo por uma igualdade material. Aponta-se, então, o art. 37, inciso VIII, que garante a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos empregos e cargos públicos.

Pelo dispositivo, há que reservar vagas em concursos públicos e empregos públicos. E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que não se pode, a priori, privar determinado grupo de competir, em razão de sua deficiência. O exame da capacidade deve ser anotado caso a caso, no momento da inscrição. Portanto, uma exclusão apriorística já foi vedada pela Corte Suprema.

Se houve cuidado com a igualdade material no caso, ela também se manifesta quando é deferido o direito de um salário mínimo à pessoa com deficiência (e ao idoso) que não tiver

> condições de se sustentar e nem de ser sustentado por sua família nos termos da lei.
>
> Assim, podemos anotar dois dispositivos que garantem a igualdade material, reserva de vagas e salário mínimo vital, ambos presentes em nosso sistema.
>
> Certamente, outro ponto que merece destaque é a acessibilidade. Não se pode falar em proteção das pessoas com deficiência sem que esteja garantida a acessibilidade. Ela é um direito fundamental instrumental, ou seja, ela é a garantia de que outros direitos poderão ser exercidos. Por isso, seu caráter instrumental. Como garantir o direito à saúde se a pessoa com deficiência não pode chegar sequer ao seu médico ou ao hospital por inacessibilidade? Como garantir o direito ao trabalho se a empresa não é acessível e nem o meio de transporte é acessível?
>
> Assim, tal direito se reveste de um caráter de fundamentabilidade instrumental. Sem ele, outros direitos não poderão ser exercidos. Ou seja, ele instrumentaliza o exercício de outros direitos.
>
> A acessibilidade veio garantida no texto de 1988 pelos dispositivos do art. 227, § 2º, e do art. 244.[9]

Ademais, os movimentos internacionais, guiados pela ONU, buscavam, no início da década de 1990, incluir em suas agendas os temas sociais, no que ficou conhecido como a "década das conferências", ampliando a discussão quanto aos direitos sociais e sua concretização por via de tratados e convenções. Nas palavras de José Augusto Lindgren Alves[10]:

> [...] as grandes conferências da década de 1990 procuraram abordar os múltiplos fatores dos respectivos temas em suas

[9] ARAUJO, Luiz Alberto David. Direito das pessoas com deficiência. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/51/edicao-1/direito-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 17 de abr. 2019.

[10] ALVES, José Augusto Lindgren. Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001. p. 34.

> interconexões, inserindo o local no nacional e este no internacional, com atenção para as condições físicas e humanas do espaço em que se concretizam. Corroboram, dessa forma, a percepção de que assuntos vitais são, agora mais do que nunca, inquestionavelmente globais, exigindo tratamento coletivo e colaboração universal. Para tanto recorreram não somente aos governos, mas a agentes sociais diversificados, na formulação de propostas. Abordaram economia, sem desconsiderar a antropologia; o planejamento estratégico, sem descurar dos direitos; a igualdade, sem descartar a liberdade (e vice-versa). Fizeram-no ainda, pela primeira vez, de maneira sistêmica, não compartimentada, de forma tal que as deliberações de uma conferência fossem influenciar as das demais e não apenas as da subsequente.

Com a redemocratização, o Brasil foi parte em diversas conferências, sempre aderindo aos movimentos e se tornando signatário dos tratados e convenções no intuito de ampliar o rol de direitos humanos a serem protegidos, a exemplo pode ser citada a Convenção de Belém do Pará, para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher[11] .

Ante a vigência da nova Constituição, os tratados internacionais e convenções assinados pelo País, principalmente os que versassem sobre Direitos Humanos, geraram dúvidas acerca de sua posição no ordenamento jurídico pátrio, e mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, não há ainda consenso[12].

A citada Emenda adicionou ao artigo 5º da Magna Carta dois novos parágrafos, sendo o terceiro de maior interesse para o tema aqui tratado, ao regular que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem

[11] BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em : 17 de abr, 2019.

[12] VITTORATI, Luana da Silva; HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: como "invisíveis" conquistaram seu espaço, Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p 232-233.

aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais[13].

Entretanto, as convenções e tratados internacionais da qual o País for signatário também são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, pela força do parágrafo segundo do artigo constitucional anteriormente citado (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)[14], havendo posições que defendam que estas são recepcionadas como Direito Supralegal, ou seja, estando acima da legislação infraconstitucional, mas não sendo recepcionada como norma constitucional[15].

Por outro lado, há quem defenda que tais tratados internacionais e convenções gozam de status materialmente constitucional, sendo o parágrafo terceiro apenas uma imperfeição com intuito de tornar formalmente constitucionais os tratados e convenções que já estão materialmente recepcionados pelo ordenamento brasileiro[16].

[13]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 20 de out. 2018.

[14]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 20 de out. 2018.

[15] GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de out. 2018.

[16] GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de out. 2018

Apesar da celeuma em torno do assunto, é importante destacar os mecanismos criados na chamada "Constituição cidadã" visando à proteção e garantia das pessoas e de sua dignidade, principalmente no que tange àqueles que ficavam a margem da sociedade, como é o caso das pessoas com deficiência, permitindo que os tratados internacionais e convenções que tenham por objetivo a busca por maior acessibilidade desse grupo a seus direitos constitucionalmente instituídos façam parte do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2.1 A Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência

No ano de 2008, foi recepcionada, com *status* de emenda constitucional, a Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, na qual o Brasil se compromete em assegurar acessibilidade para todos, reconhecendo e realizando o direito das pessoas que sofrem com algum tipo de deficiência[17], conceituando-as nos seguintes termos:

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.[18]

Em seu artigo 4º, os Estados Partes se comprometem a adotar as medidas a seu alcance, tais como administrativa, legislativa, política e judicial para que realize

[17]BRASIL. Decreto Nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 21 de out. 2018.

[18]BRASIL. Decreto Nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 21 de out. 2018.

os direitos previstos na convenção, com intuito de promover pleno exercício de todos os direitos e liberdades fundamentais por todos aqueles que portem qualquer tipo de deficiência, visando a eliminação de qualquer discriminação[19].

O documento possui 50 artigos que versam desde de direitos sobre igualdade, acesso a justiça, proteção da integridade, mobilidade, participação na vida política e pública até comitês sobre o direito das pessoas com deficiência e cooperação entre os Estados Parte e é de extrema importância pois algumas de suas definições e programações serão utilizados no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1.2.1.1 O direito a trabalho e emprego e acesso a programas e benefícios de aposentadoria

A Convenção, em seu artigo 27 prevê o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoais, apresentando-se da seguinte forma:

> Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência.
>
> a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

[19]FILHO, Luciano Dantas Sampaio. A Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: sua concretude no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37069/a-convencao-internacional-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-sua-concretude-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>. Acesso em 21 de out. 2018.

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;

k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência. [20]

[20]BRASIL. Decreto Nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 21 de Out. 2018.

Com isso, os Estados signatários devem salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho adotando as medidas apropriadas para proibir a discriminação com as formas de emprego, o tratamento igualitário em condições justas e favoráveis de trabalho, com igualdade no exercício de direitos trabalhistas e sindicais, além de promover o emprego de pessoas com deficiência tanto no setor público, quanto no privado, com adaptações razoáveis para possibilitar seu trabalho, dentro de suas limitações.

Essas medidas visam propiciar, acima de tudo, a igualdade da pessoa com deficiência, não sendo discriminada ou submetida a subempregos em razão de sua condição, mas podendo contar com um ambiente com adaptações necessárias para realização de seu trabalho.

Acerca desses artigos e as ações tomadas em âmbito nacional para promoção desse direito, assim se pronuncia a dra. Maria Aparecida Gugel, atual Vice-Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID:

> No eixo trabalho e emprego, do Artigo 27, estão destacados dois dos mais relevantes princípios da Convenção: o da não discriminação e o da igualdade de oportunidades.
>
> A partir deles, medidas específicas podem ser adotadas para acelerar, e ao final alcançar, a efetiva igualdade das pessoas com deficiência. (...)
>
> O Brasil já adota o modelo da ação afirmativa de reserva de vagas em cargos e empregos públicos e de postos de trabalho (art. 37, VIII, da Constituição da República; Lei nº 8.112/90, art. 5º, §2º; Lei nº 8.213/91, art. 93). Entende-se que a opção pelo sistema é acertada, porquanto decorre da constatação de falta de acesso e permanência da pessoa com deficiência, em igualdade de condições com os demais trabalhadores, aos

> cargos e empregos públicos e aos postos de trabalho nas empresas privadas[21].
>
> Concretizando-se o direito ao trabalho, é necessária também a proteção desse grupo para assegurar sua aposentadoria após período razoável de serviço. Quanto a isso, a Convenção apresenta apenas um item no artigo 28, que trata de padrão de vida e proteção social adequados. O item "e" do presente artigo se limita a "assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria."

1.3 A pessoa com deficiência na legislação brasileira

No Brasil, em 1991, entra em vigor a Lei 8.213 que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social e outras medidas, atendendo aos ditames dos artigos 201 e 202 da CRFB/1988.

Em sua subseção "Da Habilitação e Reabilitação Profissional", é criada disposição para facilitar a entrada da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. O artigo da citada lei assim dispõe:

> Art. 93. A empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
>
> I - até 200 empregados.....2%;
>
> II - de 201 a 500.....3%;
>
> III - de 501 a 1.000.....4%;

[21]BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 3ª Edição. SNPD – SDH-PR, 2014. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em 19 de abr. 2019.

> IV - de 1.001 em diante. .....5%."[22].

Ainda na lei 8.213/1991, tem-se a figura da aposentadoria especial, entretanto este tipo de aposentadoria inicialmente referia-se a quem trabalhasse sob condições de risco ou insalubres, sendo essas categorias regulamentadas pelos decretos 53.831/1964 e 83.080/1979. Quem se enquadrasse na relação de atividades prevista nos decretos citados, poderia se aposentar após ter trabalhado por 15, 20 ou 25 anos, a depender da atividade exercida.

Inicialmente, a renda da aposentadoria especial se dava em 85% do salário de benefício mais 1% por cada grupo de 12 contribuições mensais, não podendo ultrapassar 100% do salário de benefício[23]. Com a Lei 9.032/1995, houve a alteração do dispositivo legal, passando a vigorar da seguinte forma:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
>
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.[24]

Em 1993, entra em vigor a Lei Orgânica da Assistência Social – Lei 8.742/1993 – também conhecida como LOAS, que regula o Benefício de Prestação Continuada

[22]BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 23 de out. 2018.

[23]BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Publicação Original), Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 23 de out. 2018.

[24]BRASIL. Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9032.htm>. Acesso em 16 de abr. 2019.

(BPC), que nos termos do artigo 203, inciso V, da CRFB/1988, um dos objetivos da Assistência Social é:

> "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei."[25]

Importante ressaltar que o benefício previsto na Lei 8.742/1993 trata-se de benefício assistencial que, de acordo com o art. 203 da CRFB/1988, não necessita de contribuição prévia a seguridade social por parte do beneficiário. Quanto aos benefícios assistenciais prestados pelo Estado, Miguel Ragone de Mattos define sua importância:

> [...] em países de grande desigualdade de renda, a tese da desigualdade como fruto da premiação do esforço pessoal se revela perverso. Realmente, em países como o Brasil as condições de partida são extremamente diferenciadas, o que redunda em um nível significativo de desigualdade no acesso aos bens econômicos. Dessa forma, os programas assistenciais e as demais políticas redistributivas encontram plena justificativa na medida em que tendem "a redistribuir a renda naquilo que ela tem de distorcida em relação à premiação da eficiência econômica"[26].

Segundo o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), para ter direito ao benefício, é necessário que a renda por pessoa do grupo familiar seja menor que 1/4

[25] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 28 out. 2018.

[26] RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa.
In: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). Intervenção do estado no domínio econômico
– Temas atuais. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006. p. 457-500.



do salário-mínimo vigente[27]. Anteriormente, para elegibilidade ao benefício, se considerava apenas a deficiência em seu sentido biomédico, avaliando incapacidade para vida independente e trabalho decorrente de anomalias/lesões corpóreas. Isso se alterou em 2007, com a Lei 12.470 que instituiu um novo modelo de avaliação de deficiência, onde além de se avaliar o critério de renda, também procura avaliar impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial de longo prazo, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com demais pessoas[28].

Algo que deve ser ressaltado sobre o Benefício de Prestação Continuada é o fato de que o conceito de tratado no LOAS é mais amplo que o conceito de deficiência física, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2o DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo

[27] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/beneficio-assistencial-ao-idoso-e-a-pessoa-com-deficiencia-bpc/>. Acesso em: 23 de out. 2018.

[28] VAITSMAN, Jeni and LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoas com deficiência: barreiras de acesso e lacunas intersetoriais. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n11/1413-8123-csc-22-11-3527.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

> médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.
>
> II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laborai e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.
>
> III- Recurso desprovido.[29]

No ano de 1999 é criado, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE) através do decreto 3.072/1999. No mesmo ano é regulamentada a Política Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência pelo decreto 3.298/1999, que revogou o decreto 3.072/1999, mantendo o CONADE, sendo este competente por:

> I - zelar pela efetiva implantação da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;
>
> II - acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, cultura, turismo, desporto, lazer, política urbana e outras relativas à pessoa portadora de deficiência;
>
> III - acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária do Ministério da Justiça, sugerindo as modificações necessárias à consecução da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;
>
> IV - zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de defesa dos direitos da pessoa portadora de deficiência;

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360.202 - AL, Relator: Min. GILSON DIPP, Data de Julgamento: 04/06/2002. Disponível em: <https://educacaocoletiva.com.br/assets/system_files/material/phpG2OET68596.pdf>. Acesso em 20 de abr. 2019.

> V - acompanhar e apoiar as políticas e as ações do Conselho dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> VI - propor a elaboração de estudos e pesquisas que objetivem a melhoria da qualidade de vida da pessoa portadora de deficiência;
>
> VII - propor e incentivar a realização de campanhas visando à prevenção de deficiências e à promoção dos direitos da pessoa portadora de deficiência;
>
> VIII - aprovar o plano de ação anual da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE;
>
> IX - acompanhar, mediante relatórios de gestão, o desempenho dos programas e projetos da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência; e
>
> X - elaborar o seu regimento interno.

Recentemente, o CONADE teve seu âmbito alterado para ser parte do Ministério dos Direitos Humanos[30].

Das legislações sobre o tema, a de maior importância é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).

Instituída em 2015, ela amplia esse rol de direitos garantidos na CRFB/1988 e legislação posterior, consolidando as premissas tratadas na Convenção das Pessoas com Deficiência. Nas palavras de Vorcaro e Gonçalves a natureza do estatuto "incorpora um novo modelo social alvidrado pelos direitos humanos que é a

[30]BRASIL. Decreto 9.494 de 06 de Setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9494.htm#art2>. Acesso em 23 de out. 2018.

reabilitação da própria sociedade, visando, assim, minorar as barreiras de exclusão e incluir o deficiente na comunidade[31]".

Algumas disposições do estatuto foram alvos de duras críticas, principalmente no que diz respeito às pessoas com deficiência mental e intelectual que restaram abrangidas, por exemplo, pelo disposto no art. 6º da Lei 13.146/2015:

> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
>
> I - casar-se e constituir união estável;
>
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
>
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
>
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
>
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
>
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.[32]

Esse e outros dispositivos semelhantes levantaram a questão sobre a possibilidade de restrição à capacidade civil, baseada em critério médico, não sendo abordado na lei sobre a possibilidade de interdição. Essa lacuna seria resolvida de tal forma:

---

[31] VORCARO, Maria Eduarda Guimarães de Carvalho Pereira, GONÇALVES, Bernardo José Drumond. Análise objetiva das principais alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/15). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275942,71043-Analise+objetiva+das+principais+alteracoes+advindas+do+Estatuto+da>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

[32] BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 19 de abr. 2019.

> Mediante uma interpretação sistemática dos arts. 84 e 85, à luz dos princípios e das regras que figuram na LBI e na CDDPD, depreende-se o seguinte: a) a pessoa com capacidade reduzida poderá se valer do novo instituto da tomada de decisão apoiada, como forma de auxiliá-la a respeito das decisões de seu interesse; b) os apoiadores não representarão a pessoa com deficiência, mas tão somente fornecerão os elementos e as informações necessários para que ela possa exercer a sua capacidade, de acordo com o disposto no art. 116 das Disposições Finais e Transitórias da LBI; c) o apoio na tomada de decisão, portanto, será adotado como instrumento para assegurar a autonomia da pessoa com limitação funcional, e não para restringir direitos; d) a pessoa que se encontrar em situação excepcional, por não ter compreensão dos fatos à sua volta e, assim, estar impedida de expressar a sua vontade, é considerada civilmente incapaz para a prática de certos atos; e) apenas para este caso admite-se a nomeação de curador; f) a curatela deixa de ser a regra e passa a ser medida extraordinária e apenas para certos atos (patrimoniais e que forem descritos na sentença); g) a decisão judicial que instituir a curatela deverá expressamente consignar os motivos da sua definição e os atos para os quais a pessoa com deficiência necessitará de curador (os demais poderão ser praticados livremente).[33]

Conclui-se, portanto, o avanço de legislação voltada para pessoas com deficiência após a promulgação da Constituição de 1988 que deu diretrizes para inclusão desse grupo em ações afirmativas.

Outro fator que influenciou nessa guinada é a Convenção da Pessoa com Deficiência, de suma importância, sendo a principal diretriz por trás do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, apesar das críticas, é importante ferramenta na inclusão e proteção dos direitos da pessoa com deficiência.

[33] LEITE, Flávia Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.. [Minha Biblioteca]. p. 80-81.

2 A APOSENTADORIA ESPECIAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

2.1 A Emenda Constitucional 47/2005

Até o ano de 2005, a aposentadoria especial prevista no artigo 57 e seguintes da Lei 8.213/1991 se limitava a algumas categorias profissionais dada sua exposição a agentes nocivos à saúde, como calor ou ruído, de forma contínua e ininterrupta, em níveis de exposição acima dos limites estabelecidos em legislação própria[34].

O benefício passou a se estender para as pessoas com deficiência com a Emenda Constitucional 47, que estabeleceu a possibilidade da aposentadoria com tempo reduzido de contribuição tanto para pessoas que estivessem sob o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) quanto para aqueles que estivessem sob o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Eis a justificação apresentada para tal alteração:

> Finalmente, permite-se que sejam adotados requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, tanto no regime geral quanto nos regimes próprios, para os portadores de necessidades especiais, com o objetivo de garantir o tratamento equânime a esses cidadãos, dentro do princípio da discriminação positiva estabelecido pela Constituição.[35]

Essa discriminação positiva se demonstra necessária ao observar os dados apresentados no Censo 2010. Conforme já apontado, "apesar da exigência legal de cotas para trabalhadores com deficiência, a participação deles no mercado de

[34]BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 25 de out. 2018.

[35]BRASIL. Emenda Constitucional 47 de 05 de julho de 2005 (Justificação). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2005/emendaconstitucional-47-5-julho-2005-537717-exposicaodemotivos-149243-pl.html>. Acesso em 24 de out. 2018.

trabalho, em 2010, ainda era baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência.[36]"

Os números apresentados mostram que a porcentagem de pessoas com deficiência, com 10 anos ou mais, que tinham alguma ocupação era de 23,6% do total. Além disso, a faixa etária com maior número de ocupação é entre 40 a 59 anos[37], o que pode indicar que o ingresso dessas pessoas no mercado de trabalho se dá de forma tardia.

Ademais, nas palavras de Izabel Maior, professora de Medicina da UFRJ e ativista no movimento das pessoas com deficiência, quanto a necessidade de adoção de critérios diferenciados com relação à aposentadoria desse grupo de pessoas:

> Estudos científicos observaram que a expectativa de vida das pessoas com deficiência é inferior à da população sem deficiência, bem como seu desgaste funcional, com repercussões na condição de vida laboral e social, ocorre em razão de múltiplos fatores, tais como: maior vulnerabilidade da saúde por acidentes ou patologias, envelhecimento precoce e falta de acessibilidade nos ambientes gerais e no trabalho. Some-se a isso a entrada tardia no mercado de trabalho, que interfere na possibilidade de os trabalhadores com deficiência cumprirem o mesmo tempo de contribuição que os demais.
>
> Com frequência, as pessoas com deficiência deixavam de ter condições de continuar a trabalhar e precisavam ser aposentadas por invalidez, desconsiderando-se que a própria tentativa de permanecer na sua atividade laborativa causava a invalidez: aposentavam-se exauridas. A aposentadoria especial

[36]BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Coordenação Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Trabalho. In: Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012. p. 19

[37]BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Coordenação Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Trabalho. In: Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012

> foi adotada para corrigir essa injustiça e equiparar as oportunidades dos trabalhadores.[38]

Com isso, se verifica a necessidade de uma maior proteção a esse grupo, visto que apesar das políticas desenvolvidas no intuito da inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, a taxa de ocupação é baixa, sua entrada se dá de forma tardia e estas ainda sofrem um desgaste maior, em comparação a uma pessoa sem deficiência, fazendo jus a redução no tempo de serviço para uma melhora em sua qualidade de vida.

Apesar da Emenda Constitucional, não houve nenhuma legislação de imediato para regulamentar a questão quanto a aposentadoria da pessoa com deficiência, de forma que entre 2005 e 2013 o Congresso Nacional debateu sobre o tema, visando estabelecer a forma que se daria a concessão do benefício. Dado o reconhecimento do Brasil da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e posterior recepção com *status* de Emenda Constitucional, haviam novas observações necessárias a serem feitas e em 8 de maio de 2013, foi regulamentada a aposentadoria especial da pessoa com deficiência através da Lei Complementar 142.

2.2 A Lei Complementar 142/2013 e o Decreto 8.145/2013

A implementação da aposentadoria especial para esse grupo marca um novo período de ações afirmativas adotadas pelo Estado na busca de amenizar as desigualdades históricas sofridas pelas pessoas com deficiência. Sobre a Lei

[38] MAIOR, Izabel Maria Loureiro. Reforma da Previdência desfigura a aposentadoria especial do trabalhador com deficiência. Disponível em: <http://www.inclusive.org.br/arquivos/30141>. Acesso em 25 de out. 2018.

Complementar 142, Marisa Ferreira dos Santos, Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP e Desembargadora do TRF3 faz o seguinte comentário:

> Quis a LC, cumprindo a Constituição, dar cobertura previdenciária diferenciada a pessoas que apresentem maior dificuldade para o desempenho de suas atividades em comparação com os demais segurados não acometidos pela deficiência.
>
> Note-se que a "especialidade" que dá ensejo ao benefício com critérios diferencia- dos não está na exposição a agentes nocivos, que ponham em risco a saúde e a integridade física do trabalhador. A "especialidade", neste caso, está no sujeito ativo da proteção previdenciária. Protege-se de maneira diferenciada o segurado que, em razão de sua deficiência, tem maiores dificuldades para desempenhar suas atividades[39].

Ao tratar da aposentadoria especial da pessoa com deficiência, é necessário ressaltar que a Lei Complementar 142/2013, em seu artigo 2º, utiliza-se da definição de pessoa com deficiência dada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, demonstrando o esforço em seguir o que havia sido convencionado.

A presente legislação assim estabeleceu os critérios de tempo de serviço para concessão da aposentadoria para pessoas com deficiência:

> I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;
>
> II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;
>
> III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

[39] SANTOS, Marisa dos. Col. Esquematizado Direito previdenciário., 6ª edição... [Minha Biblioteca], p. 314.

> IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.[40]

No caso dos três primeiros incisos, a pessoa recebe 100% do salário de benefício, respeitado o cálculo previsto no art. 29 da Lei 8.213/1991, incidindo o fator previdenciário sobre a aposentadoria somente nos casos que resultam de renda mensal mais elevada[41], não sendo em nenhum momento explicitado como se define essa renda mensal mais elevada.

Já no caso do inciso IV, completados os requisitos de idade (60 anos para homens e 55 para mulheres) e tempo mínimo de contribuição (15 anos), o beneficiário tem direito a 70% do salário de benefício mais 1% por grupo de 12 meses de contribuições mensais, até o limite de 30%[42].

Em complemento ao disposto na Lei Complementar 142/2013, foi editado o Decreto 8.145/2013 que prevê a possibilidade de serem ajustados de forma proporcional ao benefício da aposentadoria especial as pessoas que vierem a ter seu grau de deficiência alterado ou vierem a se tornarem deficientes após a entrada no Regime Geral de Previdência Social:

> Art. 70-E. Para o segurado que, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau alterado, os parâmetros mencionados nos incisos I, II e III do caput do art. 70-B serão proporcionalmente ajustados e os respectivos

[40]BRASIL. Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 25 de out. 2018.
[41]BRASIL. Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
[42]BRASIL. Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

> períodos serão somados após conversão, conforme as tabelas abaixo, considerando o grau de deficiência preponderante, observado o disposto no art. 70-A:
>
> § 1º O grau de deficiência preponderante será aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, e servirá como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão.
>
> § 2º Quando o segurado contribuiu alternadamente na condição de pessoa sem deficiência e com deficiência, os respectivos períodos poderão ser somados, após aplicação da conversão de que trata o caput.[43]

Essa possibilidade de conversão se demonstra em conformidade com o previsto no artigo 201, parágrafo 1º do texto constitucional, garantindo a aposentadoria por tempo de contribuição, tendo a vantagem de ter o cálculo realizado em favor do segurado com deficiência[44].

> § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar[45].

Entre outras particularidades relativas à aposentadoria especial da pessoa com deficiência, existe a possibilidade de conversão de aposentadoria por invalidez para aposentadoria especial, o que permitiria o retorno ao trabalho. Tal decorre da vedação expressa imposta no artigo 46 da Lei 8.213/1991, *in verbis*: "Art. 46. O

[43]BRASIL. Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2019.

[44] CASTRO, Carlos Alberto de, LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 21ª edição.. [Minha Biblioteca], p. 787.

[45] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 28 out. 2018.

aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno."

Tal penalidade não é aplicável nos casos de aposentadoria nos termos da Lei Complementar 142/2013, sendo assim, caso se converta a aposentadoria por invalidez para aposentadoria especial da pessoa com deficiência, como não há nenhum impedimento previsto em lei, é possível o retorno do segurado ao trabalho.

Também é possível o recebimento de um adicional de 25% caso o beneficiário necessite de assistência permanente de terceiros[46]. Inicialmente, tal adicional somente encontra previsão nos casos de aposentadoria por invalidez, conforme disposto na Lei 8.213 de 1991: "Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).[47]"

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, ao julgar recurso repetitivo (Tema 982) reconheceu que o acréscimo é devido em todas as modalidades de aposentadorias pagas pelo INSS, quando comprovada a necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa, pois tal situação de vulnerabilidade e necessidade pode acontecer com qualquer segurado do INSS[48].

[46] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 25 de out. 2018.

[47] BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 23 de out. 2018.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Adicional de 25% deve ser pago a todo aposentado que precise da ajuda permanente de terceiros. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Adicional-de-25%25-deve-ser-pago-a-todo-aposentado-que-precise-da-ajuda-permanente-de-terceiros>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

Além destas peculiaridades, há outros pontos de grande debate que não restou claro com a Lei Complementar, como a redução de tempo no caso de exercício simultâneo de atividade consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Conforme doutrina de Carlos Alberto Pereira de Castro:

> Caso o segurado com deficiência venha a exercer de forma simultânea atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, não será possível conseguir as duas reduções para a obtenção da aposentadoria. Ou seja, a redução do tempo de contribuição prevista na LC n. 142/2013 não poderá ser acumulada, no tocante ao mesmo período contributivo, com a redução assegurada aos casos de atividades exercidas sob condições especiais (art. 10).
>
> A vedação é apenas sobre o mesmo período. Sendo períodos diferentes, não há qualquer proibição em converter um ou mais períodos pela atividade especial e outro pelo exercício laboral como deficiente. No caso de simultaneidade, cabe ao segurado a opção de escolha entre a redução da atividade sob condições especiais ou a redução da atividade como deficiente, conforme a mais vantajosa no caso concreto.
>
> Essa regra gera algumas controvérsias. Por exemplo, professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental e médio e que possuam alguma deficiência, além da redução de cinco anos no tempo de contribuição pela função de magistério (sala de aula, direção, coordenação ou assessoramento pedagógico), também teriam uma redução contributiva conforme o grau de deficiência? Os trabalhadores rurais e os segurados especiais poderão acumular a redução dos cinco anos, prevista no art. 201, § 7º, II, da Constituição, e a redução da LC n. 142/2013?
>
> Entendemos essas reduções como acumuláveis, pois "onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir" (STJ, REsp 1.082.631/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 26.3.2013). Portanto, inexistindo restrição expressa na LC n. 142/2013 quanto a esse tema, não subsiste eventual óbice imposto ao direito dos professores e trabalhadores rurais.
>
> Assim, uma professora que laborar com deficiência moderada poderá se aposentar aos 19 anos de magistério (redução de seis

> anos em relação ao exigido constitucionalmente). Da mesma forma, um segurado especial com deficiência (leve, moderada ou grave) poderá se aposentar aos 55 anos de idade, comprovados 15 anos de atividade rural.
>
> No entanto, o Decreto n. 8.145/2013 nada tratou a respeito da função de magistério e restringiu o direito do segurado especial. Quanto à aposentadoria (com redução de tempo de contribuição), é exigida contribuição facultativa (art. 70-B, parágrafo único). No que tange à aposentadoria por idade, a norma não admite a redução etária de forma cumulativa (art. 70-C, § 2º).

Como pode ser verificado, quanto à Lei Complementar 142/2013 e o Decreto 8.145/2013, estas não previram de maneira ampla a interação da aposentadoria especial da pessoa com deficiência com outras modalidades de aposentadoria, sendo este objeto de discussão em âmbito judicial.

2.2.1 A aposentadoria especial para servidor público com deficiência

Em que pese a Emenda Constitucional 47/2005 garantir a possibilidade da adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria para servidores com deficiência, a Lei Complementar 142/2013 prevê apenas a adoção dos critérios diferenciados para os segurados pelo Regime Geral de Previdência Social.

Há em tramitação projeto de lei (PLS 250/2005) com intuito de regulamentar a aposentadoria de servidores com deficiência que atualmente aguarda votação no Senado[49]. Para que os servidores pudessem gozar do direito a aposentadoria especial, era necessário impetrar mandado de injunção para reconhecimento do direito.

[49] BRASIL. Senado Federal. Aposentadoria especial para servidores com deficiência é defendida em audiência. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/21/aposentadoria-especial-para-servidores-com-deficiencia-e-defendida-em-audiencia>. Acesso em: 27 de out. 2018.

Inicialmente, em 2014, foi editada a Súmula Vinculante nº 33, em que reconhecia a aplicabilidade das normas do Regime Geral de Previdência Social nas hipóteses de aposentadoria dos servidores reconhecidos no artigo 40, parágrafo 4º, inciso III (cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física)[50].

A citada Súmula Vinculante serviu como parâmetro nas decisões de mandados de injunção que tinham por objeto a aplicação por analogia da LC 142/2013 para os servidores públicos.

Em um dos diversos julgados sobre o assunto, assim se pronunciou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, na decisão do mandado de injunção nº 6.418, de 25 de fevereiro de 2015:

> No tocante aos pedidos de aposentadoria especial formulados por servidores públicos portadores de deficiência, fundamentados no art. 40, § 4º, I, da CF/88, era pacífico o entendimento nesta Corte segundo o qual a autoridade administrativa competente, a partir da situação fática do servidor, deveria aplicar, no que coubesse, o disposto no art. 57 da Lei nº 8.213/91, até que a lei específica sobre tais servidores regulamentasse a matéria. Vide:
>
> "MANDADO DE INJUNÇÃO - MAGISTRADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º, I) - INJUSTA FRUSTRAÇÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO IMPUTÁVEL A ÓRGÃOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL - CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À

[50]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 27 de out. 2018.

LEGISLAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA - A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO COMO ELEMENTO REVELADOR DO DESRESPEITO ESTATAL AO DEVER DE LEGISLAR IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO - OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS: UMA PRÁTICA GOVERNAMENTAL QUE SÓ FAZ REVELAR O DESPREZO DAS INSTITUIÇÕES OFICIAIS PELA AUTORIDADE SUPREMA DA LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO - A COLMATAÇÃO JURISDICIONAL DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: UM GESTO DE FIDELIDADE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, À SUPREMACIA HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - A VOCAÇÃO PROTETIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO - LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA (DENTRE ELES, O RECURSO À ANALOGIA) COMO FORMA DE SUPLEMENTAÇÃO DA 'INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI' - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 17 E 18, C/C O ART. 557, § 2º) - AUSÊNCIA DE INTUITO MANIFESTAMENTE PROCRASTINATÓRIO - RECORRENTE QUE NÃO AGE COMO 'IMPROBUS LITIGATOR' - ATITUDE MALICIOSA QUE NÃO SE PRESUME - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (MI nº 1.967/DF-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal pleno, DJe de 5/12/2011).

"MANDADO DE INJUNÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º, I) - INJUSTA FRUSTRAÇÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO IMPUTÁVEL A ÓRGÃOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL - CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA - A INÉRCIA

DO PODER PÚBLICO COMO ELEMENTO REVELADOR DO DESRESPEITO ESTATAL AO DEVER DE LEGISLAR IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO - OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS: UMA PRÁTICA GOVERNAMENTAL QUE SÓ FAZ REVELAR O DESPREZO DAS INSTITUIÇÕES OFICIAIS PELA AUTORIDADE SUPREMA DA LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO - A COLMATAÇÃO JURISDICIONAL DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: UM GESTO DE FIDELIDADE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, À SUPREMACIA HIERÁRQUICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - A VOCAÇÃO PROTETIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO - LEGITIMIDADE DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA (DENTRE ELES, O RECURSO À ANALOGIA) COMO FORMA DE SUPLEMENTAÇÃO DA "INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI" - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (MI nº 940/DF-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/12/2011).

Muito embora persista a mora legislativa em relação ao direito constitucional dos servidores públicos portadores de deficiência, em 8/5/13 foi publicada a Lei Complementar Federal nº 142, a qual regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social, impondo a sua aplicação, por analogia, aos pedidos realizados por servidores públicos em iguais circunstâncias enquanto não sobrevenha regulamentação do direito vindicado.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação para declarar a mora legislativa e possibilitar à impetrante ter seu pedido de aposentadoria especial analisado pela autoridade administrativa competente que, a partir da comprovação da situação fática do servidor, aplicará, no que couber, o disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 142/13 a fim de viabilizar o exercício do direito previsto no art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal.[51]

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 6.418 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/02/2015. Disponível em:

Conforme se verifica, enquanto não houver legislação específica com relação a aposentadoria do servidor com deficiência, é aplicável, no que couber, a Lei Complementar 142/2013, sendo o STF competente por julgar mandado de injunção quanto a omissão legislativa em editar lei complementar relativa a aposentadoria prevista no" artigo 40, parágrafo 4º da CRFB/1988, entretanto a via judicial não deve ser a única via utilizada.

O entendimento atual do Supremo é no sentido de que, para provimento do mandado de injunção é necessário que se demonstre ter ocorrido a negativa pela administração, sendo pressuposto essencial para provimento do pedido[52].

O provimento do pedido injuncional não garante *per si* a aposentadoria do servidor com deficiência, sendo o provimento mero instrumento que possibilite a análise do pedido de aposentadoria sob prisma da Lei Complementar 142/2013. Quanto a isso:

> Hoje a regulamentação encontra-se prevista em Decreto e Portaria Conjunta editada pelo Poder Executivo federal.
>
> E todos os operadores sabem da dificuldade que é a utilização das regras atinentes ao Regime Geral no âmbito do Regime Próprio, basta ver os obstáculos existentes para a aplicação da Súmula Vinculante n.º 33.
>
> Some-se a tudo isso o fato de que a Lei prevê e o Ministério reconhece a necessidade de tempo mínimo de contribuição para a concessão do benefício por idade, ou seja, é obrigatório o cumprimento da carência de 15 (quinze) anos de contribuição como deficiente.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25362967/mandado-de-injuncao-mi-6418-df-stf>. Acesso em 27 de out. 2018.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.662 DF, Relator Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 22/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749507352>. Acesso em 20 de abr. 2019.

> E o que é mais grave, sem considerar a conversão de tempo autorizada pela própria Lei, ou seja, o tempo tem que ser integralmente cumprido na condição de deficiente.
>
> Nunca é demais lembrar que um dos principais fundamentos para a aplicação das regras do INSS no âmbito da Previdência do Servidor Público é a autorização contida no § 12 do artigo 40 da Constituição, onde se evidencia que a mesma somente pode se dar quando não houver incompatibilidade entre as normas.
>
> O § 4º do artigo 40, por sua vez, autoriza que sejam estabelecidos critérios e requisitos diferenciados dos previstos para as regras gerais de aposentadoria, não permitindo, em momento algum, a introdução de novas exigências.
>
> Daí a interpretação e a orientação quanto à observância da aplicação da carência prevista na legislação do Regime Geral, contrastar com os ditames constitucionais.
>
> Mais correto seria fixar apenas a obrigatoriedade de cumprimento do tempo mínimo no serviço público e no cargo efetivo em que ocorrerá a aposentadoria, contida no caput do artigo 4º da referida Instrução Normativa, para que o benefício pudesse ser concedido.
>
> Permitindo-se, assim, que o benefício fosse concedido observando-se cumulativamente o requisito idade exigido para os segurados do INSS e os tempos mínimos que devem ser observados por qualquer servidor, sem o cumprimento de qualquer carência na condição de deficiente.[53]

Com isso, verifica-se que apesar da mora legislativa em apresentar lei específica que verse sobre a aposentadoria do servidor público com deficiência, o mandado de injunção tem sido ferramenta utilizada para que os servidores alcancem tal benefício.

[53]MARTINS, Bruno Sá Freire. Aposentadoria do Servidor Portador de Deficiência. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor/aposentadoria-do-servidor-portador-de-deficiencia>. Acesso em 20 de abr. 2019.

Ainda importa o fato que a apreciação dessa concessão se dê no que couber em relação à aposentadoria do regime geral, regido pela LC 142/2013, o que vêm sendo obstaculizado no âmbito administrativo, como demonstrado acima.

2.2.2 A avaliação e concessão da aposentadoria

A avaliação relativa ao grau de deficiência e quando se deu o início da deficiência é responsabilidade do Instituto Nacional de Seguridade Social, através de perícia médica e serviço social do seu quadro de servidores[54]. Essa avaliação será realizada com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria (IF-BrA)[55].

O Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria consta de um anexo na Portaria Interministerial nº 1 de 2014, listando 41 atividades distribuídas entre 7 domínios (sensorial, comunicação, mobilidade, cuidados pessoas, vida doméstica, educação, trabalho e vida econômica, socialização e vida comunitária).

> Cada atividade do instrumento é avaliada por uma escala de pontuação que considera a dependência dos sujeitos avaliados em relação a outras pessoas ou a produtos e tecnologias, sempre em comparação às demais pessoas no contexto em que o sujeito está inserido. As atividades são baseadas na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e

[54] BRASIL. Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, de 27 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265085>. Acesso em: 25 de out. 2018.

[55] BRASIL. Portaria aprova instrumento de classificação da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/portaria-aprova-instrumento-de-classificacao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em 26 de out. 2018.

> Saúde (CIF), e a escala é uma adaptação da Medida de Independência Funcional, (MIF), que são documentos reconhecidos internacionalmente como legítimos para a discussão sobre deficiência e saúde coletiva.[56]
> Além das atividades e domínios que serão verificados, também serão identificados outros fatores que podem ser empecilho a continuidade da atividade laboral. Ao final, através dos dados coletados, será elaborada uma planilha que registra uma pontuação que classifica o grau de deficiência.
>
> Deficiência Grave quando a pontuação for menor ou igual a 5.739.
>
> Deficiência Moderada quando a pontuação total for maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354.
>
> Deficiência Leve quando a pontuação total for maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584.
>
> Pontuação Insuficiente para Concessão do Benefício quando a pontuação for maior ou igual a 7.585.[57]

O sistema de graus de deficiência adotado no IF-BrA e a forma de avaliação do grau de deficiência não são bem vistos por alguns estudiosos da área de serviço social. Dentre as críticas à forma como é feita a avaliação do grau de deficiência:

> A Convenção propõe a classificação da deficiência considerando as deficiências física, sensoriais e intelectuais, mas não há uma gradação entre leve, moderado e grave. Essa atitude de graduar a deficiência contribui para segregação e enfraquecimento do grupo de pessoas com deficiência [...]
>
> A proposta da LC 142/2013 em trazer uma gradação da deficiência pode estar relacionada como o caráter de restringir o acesso a política, já discutido anteriormente. Pois dentro da pontuação proposta, existirão pessoas que não serão encaixadas em nenhum dos graus, mesmo que tenham

[56] SILVA, Sabrina Rodrigues da. Direitos das pessoas com deficiência no Brasil: uma análise da Lei Complementar 142/2013. 2014. Monografia (Bacharelado em Serviço Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 39.

[57] BRASIL. Portaria aprova instrumento de classificação da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/portaria-aprova-instrumento-de-classificacao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em 26 de out. 2018.

> restrição de participação. Essa classificação da deficiência está diretamente relacionada com a questão da pontuação que restringe o acesso de alguns segurados requerentes da LC 142/2013.[58]

Quanto a tais incongruências nos critérios de avaliação da deficiência realizada pelo INSS, importa ressaltar um estudo realizado que aponta as incongruências na avaliação que deve ser realizada pelos profissionais da assistência social e pelos médicos peritos:

> Os resultados da pesquisa mostram que os profissionais que se dedicam a uma abordagem social da deficiência, como é o caso dos assistentes sociais, têm dificuldade para separar, na avaliação social, a restrição de participação devida à deficiência de restrições de outras ordens, como classe e gênero. (...). Segundo as instruções do IFBrA, o aplicador deve pontuar cada uma das 41 atividades com uma escala de valores a depender do desempenho do sujeito. Tal escala considera a dependência ou a independência para realizar a atividade. Para os assistentes sociais, no entanto, além dos impedimentos corporais e as barreiras direcionadas para eles, diferentes fatores influenciam a realização das atividades e a independência do segurado, conforme detalharemos a seguir.
>
> Para os assistentes sociais, restrição de participação é um conceito multifacetado. As pessoas sofrem restrição de participação de várias ordens: econômica, racial, de gênero, etc. Tais formas de opressão, para eles, tanto agravam o desempenho das atividades no contexto da deficiência como podem compor a própria condição de pessoa com deficiência. Consideram, assim, desafiador determinar como cada forma específica de opressão contribuiu ao longo da vida, ou no presente, para a independência das pessoas na realização das atividades listadas pelo IFBrA.

[58] CUNHA, Ana Carolina Castro Pereira da. Análise da Lei Complementar 142: ampliação da política de previdência social a partir da perspectiva dos peritos médicos e assistentes sociais do INSS. 2016. 92 f., il. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Serviço Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 64-65.

As barreiras sociais colocadas para a deficiência, para os assistentes sociais entrevistados, são frequentemente agravadas ou reforçadas por outras condições de desigualdade. (...)

Há uma clareza para os peritos médicos entrevistados de que deficiência é um conceito multifacetado. A apropriação dos vários determinantes da deficiência, no entanto, acontece respeitando as tensões conceituais que se ancoram na formação biomédica dos profissionais. Para acomodar elementos do modelo social, os médicos descrevem os parâmetros da avaliação como subjetivos e objetivos. (...). Por outro lado, nos casos em que o instrumento demanda uma leitura contextual das atividades do periciando, como atividades vinculadas a escolarização ou vida comunitária, os médicos acreditam estar avaliando uma dimensão subjetiva da deficiência e se dizem menos confortáveis e confiantes para a tarefa.

Mas, embora os peritos médicos relatem desconforto em avaliar a deficiência como restrição de participação, na prática atrelam invariavelmente seu julgamento a isso. Durante a avaliação, os médicos se sentem compelidos a considerar a restrição de participação como resultado do impedimento do sujeito. Estabelecer uma relação de causalidade entre o impedimento e a diversidade na realização das atividades listadas é um desafio constante para os profissionais. Os médicos relatam que muitas vezes as barreiras são evidentes, como no caso em que os sujeitos poderiam ter uma funcionalidade incrementada com o acesso a uma prótese ou a recursos de melhor qualidade. Mas, em geral, entendem que enxergar as barreiras nos casos apresentados são demandas colocadas pela política que ainda constituem entraves na avaliação.

Há um esforço dos peritos para adequar seu olhar para uma concepção de deficiência mais próxima do modelo social. Mas, para além da formação biomédica, há elementos institucionais que desafiam esses profissionais, como o tempo disponível para a avaliação e outras frentes de trabalho que não adotam a mesma concepção de deficiência. Como o INSS é a instituição responsável pelas perícias que conferem também as aposentadorias e os benefícios por incapacidade, os médicos alternam seus turnos entre a avaliação de sujeitos com

> deficiência que trabalham e sujeitos com e sem deficiência incapazes para o trabalho.[59]

Apesar do grande esforço em criar critérios objetivos que facilitem a avaliação do INSS para concessão do benefício, a própria complexidade da forma que se gera a pontuação associada a desconfiança que se tem da correta avaliação realizada pelo médico perito faz com que muitas vezes ocorra uma busca pela judicialização do assunto[60].

Neste sentido, faz necessário ressaltar a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, órgãos competentes para julgamento das demandas relativas a aposentadoria, sobre as incongruências das perícias médicas:

> APOSENTADORIA ESPECIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 142/13. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. DEFICIÊNCIA DE GRAU MODERADO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DO INSS QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> Ação proposta em face do INSS objetivando a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado com deficiência, nos termos da Lei Complementar n. 142/2013.
>
> Julgado parcialmente procedente o pedido, recorre o INSS aduzindo que "no caso concreto, não restou caracterizada a deficiência que enseja a concessão da aposentadoria diferenciada de que trata a Lei complementar 142/2013, observado o conceito de deficiência encontrado na legislação

[59] PEREIRA, Éverton Luís; BARBOSA, Livia. Índice de Funcionalidade Brasileiro: percepções de profissionais e pessoas com deficiência no contexto da LC 142/2013. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 21, n. 10, p. 3017-3026, Out.. 2016.. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003017&lng=en&nrm=iso>. Acesso 21 abr. 2019.

[60] CONSULTOR JURÍDICO, Revista. Judicialização da Previdência A cada dez benefícios pagos pelo INSS, um é resultado de decisão judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/cada-dez-beneficios-pagos-inss-ordem-judicial>. Acesso em: 26 out. 2018.

em vigor, conforme evidenciado na perícia realizada pelo INSS, alicerçada na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF. Isso porque, conforme se verifica a pontuação total obtida pelo segurado não foi suficiente para o deferimento do benefício. (...)

No caso dos autos, a controvérsia reside na apuração do grau de deficiência da parte autora. A avaliação da deficiência deve considerar não só os aspectos corporais, mas também os aspectos e barreiras mencionados no art. 2º, da LC 142/2013. (...)

Conquanto a autarquia previdenciária sustente que a autora apresenta deficiência leve, na hipótese, consoante o laudo pericial, forçoso é concluir que a deficiência deve ser considerada moderada. (...)

Considerando que a autora alcança contagem suficiente, é de ser mantido o julgamento de procedência do pedido.[61]

Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que concedeu ao autor aposentadoria por tempo de contribuição a portador de deficiência. Em síntese, insurge-se quanto a procedência do pedido do autor, sob a alegação de que se for considerado apenas o laudo judicial produzido, seria apurado escore equivalente a 6.450 pontos, muito próximo do escore administrativo (6500), de forma que o autor seria apenas portador de deficiência em grau leve, não moderado como afirmado na sentença. (...)

No caso dos autos, a parte autora alega ser portadora de deficiência física/motora em decorrência de sequelas de poliomielite no membro inferior esquerdo.

Após avaliação administrativa, o INSS apurou que o autor apresenta deficiência motora desde 09/01/1976 (...), Ao avaliar o grau de acometimento das 41 atividades inseridas nas 07 áreas de domínio apurou-se administrativamente pontuação igual a 6.500 pontos no período de 09/01/1976 até a DER, sendo 3.375 pontos referentes à avaliação médica e 3.125

[61] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso Inominado: 00002181420164036316 SP, Relator: JUIZ FEDERAL FABIO IVENS DE PAULI, Data de Julgamento: 27/03/2019, 15ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial DATA: 02/04/2019.

> referentes à avaliação social – pontuação que corresponde ao grau de deficiência leve. (...)
>
> Realizada perícia judicial, o perito constatou que o autor apresenta sequelas de poliomielite desde a infância (CID B91). (...)
>
> Assim, da avaliação das atividades acometidas em algum grau em razão da deficiência física/motora apresentada pelo autor resulta que ele atinge pontuação igual a 3.275 pontos. Entretanto, como a todas as atividades do domínio de mobilidade foi atribuída pontuação igual a 75 pontos, aplicou-se o Método Fuzzy e ajustou-se a pontuação levando em conta o desempenho funcional diante das barreiras/facilitadores, resultando pontuação definitiva de 3.225 pontos o que implica escore final de 6.450 pontos (se considerada apenas a pontuação do laudo judicial) ou de 6.350 (se considerada a pontuação do laudo judicial mais os 3.125 pontos do laudo social elaborado administrativamente). Em ambas as hipóteses a pontuação corresponde a grau de deficiência moderada, infirmando a conclusão administrativa.
>
> Isso posto, e tendo o INSS apurado em favor da parte autora tempo de contribuição com deficiência correspondente a 30 anos, 03 meses e 15 dias e que até a DER verteu 287 contribuições mensais, faz jus a parte autora ao benefício pretendido[62].

Entretanto, também é inegável a importância da utilização de critérios diferenciados para aposentadoria de pessoas com deficiência, dado seu histórico de exclusão do mercado de trabalho, além das dificuldades enfrentadas em decorrência de sua deficiência que geram um maior desgaste.

Outro ponto digno de nota é o fato de não ser aplicado para as aposentadorias o fator previdenciário. Tal decorre do fato que boa parte das pessoas com deficiência

[62] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Cível: 50007835020184047202 SC 5000783-50.2018.4.04.7202, Relato: LUÍSA HICKEL GAMBA, Dara de Julgamento: 25/02/2019, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE SC).

ocupam faixa de renda entre meio salário mínimo até 2 salários mínimos, havendo grande número de pessoas que não possuem renda[63].

Nesse sentido, nota-se que a intenção do legislador é garantir uma melhor qualidade de vida a essas pessoas, se aproximando, assim, do estabelecido na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Sobre o tema:

> No caso das pessoas com deficiência, obviamente não basta por si a concessão de salário mínimo para que se vejam ou se sintam protegidas socialmente, porquanto a complexidade das situações peculiares dita a busca por um amplo apoio assistencial que hoje ainda está aquém de se cumprir a Convenção aderida, mormente no que se refere ao atendimento apropriado às necessidades básicas especiais relacionadas com a deficiência.(...)
>
> No aspecto geral, a proteção social básica está aí. Quanto a outras, o País tem buscado medidas para que ganhe concreção a proteção social adequada, promovendo programas de implantação e melhoria do saneamento básico, acesso à moradia e à habitação, imposições a contratação de pessoas com deficiência, inclusive em estágios remunerados; e alterações legislativas significativas, como por exemplo, a que pretende conferir aposentadoria condigna, e de acordo com as peculiaridades, às pessoas com deficiência, inclusive com diminuição de prazo de contribuição e preservação de seu valor integral (Lei Complementar n° 142/2013).[64]

Portanto, a legislação atual se demonstrava a caminho de atender todas as demandas acordadas na Convenção das Pessoas com Deficiência, tendo a Lei Complementar 142 de 2013 avançado significativamente na busca de igualdade

[63] BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Coordenação Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Trabalho. In: Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012. p. 24.

[64] BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 3ª Edição. SNPD – SDH-PR, 2014. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em 19 de abr. 2019.

material. Tais avanços, porém, podem ser alvo de mudanças propostas pelo executivo.

3 AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS EM PECS

3.1 Necessidade de reforma da previdência social no Brasil?

Recentemente, o País tem discutido a necessidade de uma reforma no sistema previdenciário brasileiro, sendo o tema tratado com certa urgência. Dentre os motivos apresentados que afirmam essa necessidade, o sítio da Confederação Nacional da Industria apresenta os seguintes dados:

> A população envelhece rapidamente: A população brasileira está envelhecendo muito rapidamente e, em pouco tempo, haverá mais gente recebendo benefícios do que pessoas contribuindo para a Previdência. Isso inviabilizará o sistema e ameaçará o pagamento das pensões e aposentadorias.
>
> De acordo com o governo, em 2016, 52,1 milhões de brasileiros contribuíram para a Previdência e havia 33,2 milhões de aposentados. Para cada pessoa que recebia a aposentadoria, havia pouco mais de 1,5 contribuintes. Mas as projeções indicam que, sem a reforma da Previdência, em 2050, o número de contribuintes cairá para 43,9 milhões de pessoas e haverá 61 milhões de aposentados.;
>
> Os gastos crescem e a conta não fecha: Com o rápido envelhecimento da população, o dinheiro arrecadado dos contribuintes é insuficiente para cobrir os gastos com o pagamento das aposentadorias e pensões.;
>
> As despesas aqui são maiores do que a de outros países: Atualmente, o Brasil, onde 8,9% da população têm mais de 65 anos de idade, gasta, com Previdência, 13% do Produto Interno Bruto (PIB), a soma de todas as riquezas produzidas pelo país em um ano. É quase o mesmo gasto da Áustria e de Portugal, onde o número de idosos é proporcionalmente maior do que no Brasil.;

> Os brasileiros se aposentam mais cedo: Um dos problemas da Previdência Social hoje é que, mesmo com o envelhecimento acelerado da população, os brasileiros se aposentam mais cedo que nos demais países. Por aqui, a idade média de aposentadoria dos trabalhadores homens da iniciativa privada é de 59,4 anos. No Chile é de 70,9 anos e, no México, de 72 anos.[65]

O ponto de maior polêmica quanto a necessidade de reforma da previdência tem relação com o argumento de que haveria um déficit na previdência, o que não é unanimidade entre os estudiosos do assunto. Neste sentido, Flávio da Silva Azevedo Júnior faz os seguintes apontamentos:

> É possível, que você leitor questione: "Mas e o rombo da previdência constantemente anunciado na mídia?" E a resposta é simples e direta: O argumento é mentiroso, isso porque, dentre outros equívocos, a análise realizada pelo governo desconsidera que a previdência é apenas uma parte da seguridade social, que engloba um tripé constitucionalmente (artigo 194) previsto (Previdência; Assistência social; Saúde). Ora, esses três pilares são indissociáveis, e assim o sendo, não se torna possível afirmar que a seguridade social é superavitária e a previdência deficitária.
>
> Sob essa ótica deturpada de desvinculação da previdência, os defensores da PEC 287, deixam de apreciar outras fontes de arrecadação asseguradas de igual maneira pela nossa lei maior (artigo 195), como a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição Para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Programa Integração Social (PIS) e a receita de concursos e prognósticos (cobrança de imposto sobre os prêmios das loterias da Caixa Econômica Federal), levando em conta, tão somente, a contribuição do empregado e empregador. Veja que além daquelas previstas na Constituição Federal, a seguridade social conta com uma infinidade de receitas advindas de regras infraconstitucionais, que por óbvio, são igualmente desconsideradas na confecção do cálculo estatal.

[65] Confederação Nacional da Industria <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/reforma-da-previdencia/entenda/porque-fazer-a-reforma/>, acesso em: 08 abr. 2019.

Mas a busca para justificar o déficit, perpassa por um erro ainda mais grotesco, qual seja, a inclusão dos regimes próprios da previdência (aquele destinado a servidores públicos), esquecendo-se de modo bastante conveniente, que a seguridade social não abarca esse regime, tão pouco os dos militares, que também foram incluídos na somatória governista (Em resumo, adicionam os custos de regimes diferentes, desprezando por outro lado, a receita gerada).

Além disso, ignora as renuncias fiscais concedidas aos empresários, entidades filantrópicas, produtores rurais, dentre outros (o que representa quase um terço do total do "déficit"), ou seja, "doações" diretas da previdência ao empresariado. Soma-se a esse contrassenso, a ausência absoluta de cobrança da dívida ativa previdenciária, que segundo a CPI instaurada em março de 2017 pelo deputado Paulo Paim, só os bancos acumulam um débito de 500 bilhões de reais, tudo isso, como bônus pelas dificuldades vivenciadas pelo sistema. Seria cômico se não fosse trágico!

Nessa mesma toada, temos ainda a retirada de 30% dos recursos da seguridade, com a famosa Desvinculação das Receitas da União (DRU), para o pagamento de juros da dívida pública, extremamente obscura e jamais auditada. A pergunta óbvia diante dessa desvinculação, retomada em 2016 e majorada em 50% pelo governo atual (com previsão até o ano de 2023) é a seguinte: Como retiro 30% daquilo que está em déficit? Sim, a lógica por vezes faz ruir complexos discursos.

Sob um olhar atento a todos esses aspectos, não precisa ser um grande economista para identificar que a defasagem nas contas da previdência social, mostram-se no mínimo duvidosas, e ao contrário do que defende o Presidente da República e seus compinchas, a seguridade social é sim superavitária, mas é necessário que cumpram com o que determina nossa Constituição Federal, vinculando a arrecadação dos tributos ao sistema de proteção social. [66]

[66] AZEVEDO JUNIOR, Flávio da Silva. Desconstruindo a necessidade de reforma na previdência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 166, nov 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19919&revista_caderno=20>. Acesso em 08 abr 2019.

Assim, através do estudo de ambos os discursos, se verifica haverem argumentos que sustentem tanto a possibilidade de haver um déficit nas contas previdenciárias, como também ser possível que tal déficit se baseie numa análise superficial das contas informadas, que tratariam da previdência social como algo a parte da seguridade social. A posição adotada pelo último e pelo atual governo é a da existência de um déficit na previdência social[67]

Neste cenário, surgem duas Propostas de Emenda a Constituição, a PEC 287-A, apresentada em 05/12/2016 e a PEC 06, apresentada em 20/2019, ambas apresentadas sob argumento de ajustar as contas públicas e combater privilégios.

Tais propostas apresentam pontos de redução de direitos da pessoa com deficiência, alterando regras de aposentadoria especial e forma de cálculo de benefícios, como veremos a seguir.

3.2 A PEC 287-A/2016

No tocante a aposentadoria especial da pessoa com deficiência, tanto no regime geral quanto no próprio, a PEC em comento prevê a seguinte alteração nos Artigos 40 e 201 da CRFB/1988:

> Art. 40 § 4º [...]
>
> I - com deficiência;
>
> [...]
>
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

[67] BRASIL. Ministério da Economia. Previdência Social teve déficit de R$ 195,2 bilhões em 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/previdencia-social-teve-deficit-de-r-1952-bilhoes-em-2018/>. Acesso em: 17 de abr. 2019.

> § 4º-A. Para os segurados de que trata o § 4º, a redução do tempo exigido para fins de aposentadoria, nos termos do inciso III do § 1º, será de, no máximo, dez anos no requisito de idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição, observadas as regras de cálculo e reajustamento estabelecidas neste artigo.
> Art. 201 [...]
>
> § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar, os casos de segurados:
>
> I - com deficiência; e
>
> II - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.
>
> § 1º-A. Para os segurados de que tratam os incisos I e II do § 1º, a redução para fins de aposentadoria, em relação ao disposto no § 7º, será de, no máximo, dez anos no requisito de idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição.[68]

Além do aumento no tempo máximo de contribuição, a proposta apresentada também prevê a incidência de fator previdenciário no cálculo do valor a ser percebido de benefício quando da aposentadoria:

> Art. 201
>
> [...]
>
> § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social àqueles que tiverem completado sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos.
>
> § 7º-A. Por ocasião da concessão das aposentadorias, inclusive por incapacidade permanente para o trabalho, serão

[68] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 287-A (2016). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25C5BF7E0DC358197F5DF5A1921B5A0B.proposicoesWebExterno1?codteor=1521447&filename=Avulso+-PEC+287/2016>. Acesso em 08 abr. 2019.

> considerados para o cálculo do valor das aposentadorias os salários de contribuição do segurado ao regime de previdência de que trata este artigo e as remunerações utilizadas como base para as contribuições do segurado aos regimes de previdência de que tratam os arts. 40 e 42, respeitado o limite máximo do salário de contribuição do regime geral de previdência social.
>
> § 7º-B. O valor da aposentadoria corresponderá a 51% (cinquenta e um por cento) da média dos salários de contribuição e das remunerações utilizadas como base para as contribuições do segurado aos regimes de previdência de que tratam os arts. 40 e 42 acrescidos de 1 (um) ponto percentual para cada ano de contribuição considerado na concessão da aposentadoria, até o limite de 100% (cem por cento), respeitado o limite máximo do salário de contribuição do regime geral de previdência social, nos termos da lei.[69]

Tais alterações afetariam significativamente o modo como se dá a aposentadoria da pessoa com deficiência, o que pode ser observado no aumento do tempo de contribuição e idade mínima para requerer o benefício. Como apontado por Izabel Maior, nos casos de pessoa com deficiência considerada grave que alcance a idade mínima de 55 anos, tendo contribuído por 20 anos, que é a redução autorizada pelo texto, o valor de aposentadoria, ao invés de 100%, seria de apenas 71%, fazendo com que essas pessoas tenham que trabalhar por mais tempo para que possam perceber o valor de 100% do benefício, desvirtuando assim o instituto da aposentadoria especial.[70]

[69] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 287-A (2016). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=25C5BF7E0DC358197F5DF5A1921B5A0B.proposicoesWebExterno1?codteor=1521447&filename=Avulso+-PEC+287/2016>. Acesso em 08 abr. 2019.

[70] MAIOR, Izabel Maria Loureiro. Reforma da Previdência desfigura a aposentadoria especial do trabalhador com deficiência. Disponível em: <http://www.inclusive.org.br/arquivos/30141>. Acesso em 25 de out. 2018.

Cláudia Grabois, presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência também realizou críticas à proposta de alteração da aposentadoria especial da pessoa com deficiência:

> A imposição da idade mínima de 55 anos e de no mínimo 25 anos de contribuição para homens e mulheres, diante da diminuição precoce de funcionalidade e de um mercado de trabalho altamente excludente, criará um exército de pessoas com deficiência desamparadas. Os resultados da Reforma da Previdência e do BPC serão potencializados, sem dúvida, pela precarização do trabalho proposta na Reforma Trabalhista. Os estudos apontam que a maioria dos acidentes de trabalho ocorrem ao final de jornadas extensas, em razão da exaustão física e mental. Certamente essas jornadas excessivas aumentarão significativamente o número de pessoas que vão adquirir deficiências no ambiente de trabalho.[71]

Atualmente, a PEC 287-A, apresentada durante o mandato do Presidente Michel Temer, encontra-se em pronta para pauta no Plenário, porém após eleições de 2018, com o início do governo do Presidente Jair Bolsonaro foi apresentada nova PEC que também visa realizar uma reforma na Previdência, como veremos a seguir.

3.3 A PEC 6/2019

A Proposta de Emenda à Constituição 6, apresentada em 20 de fevereiro de 2019, traz em seu texto regras de transição para a aposentadoria da pessoa com deficiência regida pelo RGPS, fazendo nos seguintes termos:

[71] Assessoria de Comunicação do IBDFAM. "Reforma da Previdência dificulta violentamente acesso da pessoa com deficiência à aposentadoria especial", afirma presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência do IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6249/%E2%80%9CReforma+da+Previd%C3%AAncia+dificulta+violentamente+acesso+da+pessoa+com+defici%C3%AAncia+%C3%A0+aposentadoria+especial%E2%80%9D%2C+afirma+presidente+da+Comiss%C3%A3o+da+Pessoa+com+Defici%C3%AAncia+do+IBDFAM>. Acesso em: 08 abr. 2019.

> Art. 27. Até que entre em vigor a nova lei complementar a que se refere o §7º do art. 201 da Constituição, as aposentadorias garantidas aos segurados com deficiência previamente submetidos à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar serão concedidas com valor de cem por cento da média aritmética a que se refere o art. 29, quando cumpridos:
>
> I - trinta e cinco anos de contribuição, para a deficiência considerada leve;
>
> II - vinte e cinco anos de contribuição, para a deficiência considerada
>
> moderada; e
>
> III - vinte anos de contribuição, para a deficiência considerada grave.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de o segurado se tornar pessoa com deficiência ou tiver seu grau de deficiência alterado após a vinculação ao Regime Geral de Previdência Social, os tempos de contribuição mencionados neste artigo serão proporcionalmente ajustados, considerado o número de anos em que exercer atividade laboral sem deficiência e com deficiência e observado o grau de deficiência correspondente.[72]

Quanto aos artigos referentes a servidores públicos com deficiência, não são apresentadas grandes mudanças daquilo apresentado nos artigos relativos ao Regime Geral de Previdência Social. Assim são apresentados os artigos relativos ao Regime Próprio de Previdência Social da pessoa com deficiência:

> Art. 7º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas na lei complementar a que se refere o § 1º do art. 40 da Constituição, o servidor público com deficiência, previamente submetido à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data

[72] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 6 (2019). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019>. Acesso em: 8 abr. 2019.

> de promulgação desta Emenda à Constituição, poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - para a deficiência:
>
> a) considerada leve, trinta e cinco anos de contribuição;
>
> b) considerada moderada, vinte e cinco anos de contribuição; e
>
> c) considerada grave, vinte anos de contribuição;
>
> II - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
>
> III - cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.
>
> § 1º Se o servidor público tornou-se pessoa com deficiência ou teve seu grau de deficiência alterado após a vinculação ao regime próprio de previdência social, os tempos de contribuição a que se refere o inciso I do caput serão proporcionalmente ajustados, considerado o número de anos em que exercer atividade laboral sem deficiência e com deficiência e observado o grau de deficiência correspondente, na forma estabelecida para o Regime Geral de Previdência Social.[73]

Inicialmente, é importante ressaltar que a proposta não faz diferenciação de tempo entre homens e mulheres, de forma que considerando o disposto na LC 142/2013, quando for constatada deficiência de grau leve, haverá o aumento de 2 anos de contribuição para homens e 7 anos para mulheres; quando constatada deficiência de grau médio, haverá redução de 4 anos de contribuição para homens e aumento de 1 ano para mulheres e; quando constatada deficiência de grau grave, haverá redução de 5 anos de contribuição para homens, mantendo-se o tempo para mulheres.

[73] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 6 (2019). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019>. Acesso em: 8 abr. 2019.

Em uma análise mais pormenorizada feita pelo DIEESE, aponta que a proposta, no geral, exigirá um maior sacrifício das mulheres, ante o aumento de tempo de contribuição e maiores exigências para acesso a benefícios[74].

Outra alteração perceptível é a ausência da figura da aposentadoria por idade, prevista na LC 142/2013, em seu art. 3º, inc, IV., não havendo previsão de redução da idade mínima para requerer a aposentadoria, porém também ausente previsão de fator previdenciário na aposentadoria especial para pessoa com deficiência.

Ainda há, na figura da aposentadoria do servidor com deficiência, a exigência de vinte anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, inovação trazida pela PEC abrangendo todos os servidores públicos.

Estas ainda podem sofrer alteração posterior ante a previsão de futura Lei Complementar a ser estabelecida por iniciativa do Poder Executivo que verse sobre eventuais alterações na aposentadoria da pessoa com deficiência:

> § 1º Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal disporá sobre as normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade previdenciária na gestão dos regimes próprios de previdência social de que trata este artigo, contemplará modelo de apuração dos compromissos e seu financiamento, de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos, dos benefícios, da fiscalização pela União e do controle externo e social, e estabelecerá, dentre outros critérios e parâmetros[75]:

[74] DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Nota Técnica Número 202 de Março de 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2019/notaTec202MulherPrevidencia.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2019.

[75] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 6 (2019). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019>. Acesso em: 8 abr. 2019.

A proposta prevê alteração do art. 40 da Constituição, onde seria criada a figura de um gatilho em que a idade mínima para aposentadoria pode ser ajustada conforme a expectativa de sobrevida brasileira tiver aumento, sendo esse gatilho tanto para o RGPS quanto para o RPPS.

> § 3º As idades mínimas para concessão dos benefícios previdenciários a que se referem os § 1º e § 2º serão ajustadas quando houver aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira, na forma estabelecida para o Regime Geral de Previdência Social[76].

As regras apresentadas referem-se a regra geral, caso a proposta seja aprovada. Há ainda apontamentos feitos quanto a regra de transição, que na forma da proposta foram apresentadas três regras: uma primeira considerando tempo de contribuição e idade, nos moldes da regra vigente 86/96; uma segunda em que se exigirá idade mínima iniciando em 61 e 56 anos, para homens e mulheres respectivamente com tempo de contribuição de 35 e 30 anos e; uma terceira estipulando regra para que está a dois anos de cumprir o tempo mínimo de contribuição, com pedágio de 50% sobre o tempo faltante, sendo dispensado o requisito etário[77].

Um dos pontos de maior polêmica no texto da proposta apresentada é a reforma apresentada para o benefício de prestação continuada que cria um sistema fásico para o idoso em situação de miserabilidade, que inicialmente receberia um

[76] BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição 6 (2019). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019>. Acesso em: 8 abr. 2019.

[77] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, MODESTO, Paulo, GABARRA, Miranda Rafael. Regras de transição na reforma da previdência (PEC 6/19): coerência de compromisso, proporcionalidade e limites ao poder de reforma, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI296812,71043-Regras+de+transicao+na+reforma+da+previdencia+PEC+619+coerencia+de>. Acesso em 22 de abr. 2019.

valor abaixo do mínimo aos 60 anos, podendo perceber o valor de salário mínimo aos 70 anos. Quanto à pessoa com deficiência, a regra fásica não seria aplicada.

Ante o exposto, se verifica a intenção da proposta em alterar as disposições acerca de previdência para que estas sejam tratadas por Lei Complementar, cujo processo de aprovação é mais simplificado que o de Emenda à Constituição. Ademais, os institutos trazidos nessa proposta demonstram retrocesso às conquistas estabelecidas pela LC 142/2013, eliminando a possibilidade de aposentadoria por idade, além de aumentar o tempo de contribuição para as mulheres.

3.4 Considerações finais

Após a análise das propostas apresentadas para que seja realizada a reforma da previdência, tão necessária conforme apontado pelo governo, se nota que tais pretendem reduzir significativamente os direitos adquiridos pelas pessoas com deficiência no que concerne a aposentadoria especial.

O discurso adotado de se combater privilégios e reduzir o déficit da previdência, reduzindo seus gastos, tenta se amparar no princípio da cláusula da reserva do possível, o que por si não se sustenta visto que fere outros importantes princípios como os da garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Assim, não poderia o governo, ao tentar solucionar problema econômico, fazê-lo de forma a extinguir direitos conquistados ao longo do tempo, como é o caso das pessoas com deficiência, causando verdadeiro retrocesso social. Neste ponto, cabe apresentar conceito de José Joaquim Gomes Canotilho acerca do princípio do não-retrocesso social:

> (…) o princípio da proibição de retrocesso social formula-se assim: "o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial".[78]

Portanto, após análise das presentes propostas, frente ao histórico de luta por inclusão das pessoas com deficiência, tais se demonstram ineficientes em garantir a proteção dos direitos adquiridos ao longo dos por esse grupo que ainda buscam por políticas que garantam condição de igualdade na sociedade.

CONCLUSÃO

Após extensiva análise da evolução das políticas públicas em prol das pessoas com deficiência, se percebe que boa parte dos institutos aqui tratados são posteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, com pouco mais de 30 anos de políticas inclusivas às pessoas com deficiência.

No primeiro capítulo, foram abordadas as políticas incutidas no texto constitucional e toda legislação posterior que versasse sobre os direitos das pessoas com deficiência, verificando-se que tais ações do Estado somente passaram a ganhar força após a promulgação da Constituição.

Tais institutos, mesmo que recentes, correm risco de alterações substanciais que reduzem direitos adquiridos após anos de árdua discussão para sua conquista.

O capítulo subsequente tratou especificamente de toda legislação necessária à criação do regime especial para a pessoa com deficiência, sendo tal apenas relativo ao

[78] CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006

Regime Geral de Previdência Social, sendo usado, subsidiariamente, para concessão da aposentadoria do servidor público com deficiência.

Quanto ao último capítulo, tratou-se de todas as alterações previstas nas duas PECs quanto á aposentadoria da pessoa com deficiência e como essas reduzem de maneira significativa os direitos conquistados através dos anos.

A própria Lei Complementar 142 de 2013, legislação mais recente no âmbito previdenciário de proteção a pessoa com deficiência, poderá sofrer alterações ante as Propostas de Emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional.

A redução de direitos propostas vai de encontro com o acordado na Convenção Internacional Sobre Os Direitos Das Pessoas Com Deficiência, demonstrando que o Estado não está se empenhando em manter os direitos desse grupo, expondo-os a condições mais degradantes para aquisição do direito à aposentadoria.

Observou-se, também, o grande debate que envolve a necessidade de uma reforma da previdência, havendo argumentos tanto favoráveis a reforma, quanto aqueles que não vislumbram a urgência de sua realização, afirmando como falacioso o argumento de haver um déficit nas contas da previdência social.

Havendo ou não essa necessidade, o fato é que tais reformas, sob pretexto de cortar privilégios, pecaram ao tratar da aposentadoria da pessoa com deficiência que, como demonstrado, ainda não tem pleno acesso a emprego e nem sempre lhes são garantidos direitos a um ambiente que o acomode dentro de suas necessidades.

Desse modo, ao aumentar o tempo necessário de contribuição, aumentar-se-ia o risco de que essas pessoas tenham um desgaste maior, vindo a se aposentar já exaustas e sem condições de saúde.

Os estudos apresentados apontaram que a expectativa de vida das pessoas com deficiência é inferior ao da população sem deficiência, logo o Estado ao promover essas reformas, estaria não somente desamparando essas pessoas, como também atentando contra a dignidade humana, expondo-as a condições desiguais que lhes impediriam do gozo pleno de direitos garantidos na Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências. Brasília: IBRI, 2001. p. 34.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Direito das pessoas com deficiência. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/51/edicao-1/direito-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 17 de abr. 2019

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. "Reforma da Previdência dificulta violentamente acesso da pessoa com deficiência à aposentadoria especial", afirma presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência do IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6249/%E2%80%9CReforma+da+Previd%C3%AAncia+dificulta+violentamente+acesso+da+pessoa+com+defici%C3%AAncia+%C3%A0+aposentadoria+especial%E2%80%9D%2C+afirma+presidente+da+Comiss%C3%A3o+da+Pessoa+com+Defici%C3%AAncia+do+IBDFAM>. Acesso em: 08 abr. 2019.

AZEVEDO JUNIOR, Flávio da Silva. Desconstruindo a necessidade de reforma na previdência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 166, nov 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19919&revista_caderno=20>. Acesso em 08 abr 2019.

BRASIL. Portaria aprova instrumento de classificação da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/portaria-

aprova-instrumento-de-classificacao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em 26 de out. 2018.

BRASIL. Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, de 27 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265085>. Acesso em: 25 de out. 2018.

BRASIL. Portaria aprova instrumento de classificação da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/portaria-aprova-instrumento-de-classificacao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em 26 de out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 6.418 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/02/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25362967/mandado-de-injuncao-mi-6418-df-stf>. Acesso em 27 de out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.662 DF, Relator Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 22/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749507352>. Acesso em 20 de abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso Inominado: 00002181420164036316 SP, Relator: JUIZ FEDERAL FABIO IVENS DE PAULI, Data de Julgamento: 27/03/2019, 15ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial DATA: 02/04/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso Cível: 50007835020184047202 SC 5000783-50.2018.4.04.7202, Relator: LUÍSA HICKEL GAMBA, Dara de Julgamento: 25/02/2019, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE SC).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: 27 de out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Aposentadoria especial para servidores com deficiência é defendida em audiência. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/21/aposentadoria-especial-para-servidores-com-deficiencia-e-defendida-em-audiencia>. Acesso em: 27 de out. 2018.

BRASIL. Lei complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 25 de out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8145.htm>. Acesso em: 16 de abr. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto de, LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 21ª edição.. [Minha Biblioteca]. p. 787.

BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência; Coordenação Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Trabalho. In: Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência. 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social (MDS). Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 25 de out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Adicional de 25% deve ser pago a todo aposentado que precise da ajuda permanente de terceiros. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Adicional-de-25%25-deve-ser-pago-a-todo-aposentado-que-precise-da-ajuda-permanente-de-terceiros>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360.202 - AL, Relator: Min. GILSON DIPP, Data de Julgamento: 04/06/2002. Disponível em: <https://educacaocoletiva.com.br/assets/system_files/material/phpG2OET68596.pdf>. Acesso em 20 de abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional 47 de 05 de julho de 2005 (Justificação). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2005/emendaconstitucional-47-

5-julho-2005-537717-exposicaodemotivos-149243-pl.html>. Acesso em 24 de out. 2018.

BRASIL. Decreto 9.494 de 06 de Setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2018/Decreto/D9494.htm#art2>. Acesso em 23 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 23 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991 (Publicação Original), Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 23 de out. 2018.

BRASIL. Decreto Nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 21 de out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Publicação Original). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 de out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006

CASTRO, Carlos Alberto de, LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário, 21ª edição.. [Minha Biblioteca], p. 787.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDUSTRIA. Por que fazer a reforma. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/reforma-da-previdencia/entenda/porque-fazer-a-reforma/>, acesso em: 08 abr. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO, Revista. Judicialização da Previdência A cada dez benefícios pagos pelo INSS, um é resultado de decisão judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/cada-dez-beneficios-pagos-inss-ordem-judicial>. Acesso em: 26 out. 2018.

CUNHA, Ana Carolina Castro Pereira da. Análise da Lei Complementar 142: ampliação da política de previdência social a partir da perspectiva dos peritos médicos e assistentes sociais do INSS. 2016. 92 f., il. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Serviço Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 64-65.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, MODESTO, Paulo, GABARRA, Miranda Rafael. Regras de transição na reforma da previdência (PEC 6/19): coerência de compromisso, proporcionalidade e limites ao poder de reforma. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI296812,71043-Regras+de+transicao+na+reforma+da+previdencia+PEC+619+coerencia+de>. Acesso em 22 de abr. 2019.

FILHO, Luciano Dantas Sampaio. A Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: sua concretude no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37069/a-convencao-internacional-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-sua-concretude-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>. Acesso em 21 de out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de out. 2018.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LEITE, Flávia Almeida. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.. [Minha Biblioteca]. p. 80-81.

MAIOR, Izabel Maria Loureiro. Reforma da Previdência desfigura a aposentadoria especial do trabalhador com deficiência. Disponível em: <http://www.inclusive.org.br/arquivos/30141>. Acesso em 25 de out. 2018.

MARTINS, Bruno Sá Freire. Aposentadoria do Servidor Portador de Deficiência. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor/aposentadoria-do-servidor-portador-de-deficiencia>. Acesso em 20 de abr. 2019.

PEREIRA, Éverton Luís; BARBOSA, Livia. Índice de Funcionalidade Brasileiro: percepções de profissionais e pessoas com deficiência no contexto da LC 142/2013. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 21, n. 10, p. 3017-3026, Out.. 2016.. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003017&lng=en&nrm=iso>. Acesso 21 abr. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF, Disponível: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf> Acesso em: 20 de out. 2018.

RAGONE, Miguel. Políticas públicas de inclusão pelo consumo: uma análise dos custos e de sua justificativa.in: GICO JR., Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coord.). Intervenção do estado no domínio econômico – Temas atuais. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006. p. 457-500.

SANTOS, Marisa dos. Col. Esquematizado Direito previdenciário., 6ª edição... [Minha Biblioteca], p. 314.

SILVA, Sabrina Rodrigues da. Direitos das pessoas com deficiência no Brasil: uma análise da Lei Complementar 142/2013. 2014. Monografia (Bacharelado em Serviço Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 39.

VAITSMAN, Jeni and LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoas com deficiência: barreiras de acesso e lacunas intersetoriais. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n11/1413-8123-csc-22-11-3527.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

VITTORATI, Luana da Silva; HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: como "invisíveis" conquistaram seu espaço, Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014. p 232-233.

VORCARO, Maria Eduarda Guimarães de Carvalho Pereira, GONÇALVES, Bernardo José Drumond. Análise objetiva das principais alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/15). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275942,71043-Analise+objetiva+das+principais+alteracoes+advindas+do+Estatuto+da>. Acesso em: 20 de abr. 2019..

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Natanael Melo de Araújo

RESUMO

O presente trabalho possui o escopo de examinar a possibilidade da aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito improbidade administrativa, sob a ótica dos tribunais superiores brasileiros, bem como, do emprego do referido princípio pelo Ministério Público Federal em seus procedimentos e processos. Em um primeiro momento, abordar-se-á valores da Administração Pública, sua origem, principalmente no que tange aos seus princípios norteadores, conceitos e definições. Dando prosseguimento aos estudos, atingir-se-á a conceituação da improbidade administrativa, bem como o estudo de seus elementos constitutivos. Em um terceiro momento, tratar-se-á dos atos de insignificância, afim de ser abordar o ápice do trabalho onde concluir-se-á a possibilidade, ou não, de se aplicar o princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos ou políticos. Por fim, será abordado a atuação do Ministério Público Federal e, principalmente, se tal entidade se utiliza do princípio da insignificância para arquivar processos, procedimentos internos sem ao menos levar ao conhecimento do Poder Judiciário, em um caso concreto.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Constitucional. Administração Pública. Improbidade Administrativa. Princípio da Insignificância.

INTRODUÇÃO

Trata-se de Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), com o escopo de abordar a possibilidade ou não da aplicação do princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, gerando para o presente trabalho uma modesta miscelânea entre Direito Administrativo e Direito Penal.

A concepção do tema foi optada diante o marco em que o país se encontra, diante uma população totalmente revoltada com seu âmbito político e que não mais compactua com essa farra brasileira de corrupção, já que o Brasil ocupa a 96º posição no ranking da corrupção.

Destarte, o Ministério Público Federal vem crescendo e ganhando força a cada dia em que se passa, em se tratando de combate à corrupção. E como estagiário da Procuradoria da República no Distrito Federal, atuando no oficio de Combate à Corrupção, possuo uma visão diferente do modo de atuação do Ministério Público Federal, visão esta que será fomentada durante este trabalho.

O presente trabalho será desenvolvido com o escopo de facilitar a percepção do leitor sobre a aplicabilidade, ou não, do supramencionado princípio aos atos de improbidade administrativa e/ou nos crimes cometidos contra a Administração Pública, bem como a importância que o *parquet* possui seu principal método de atuação em ralação ao combate à corrupção.

Neste entendimento, a monografia será iniciada com a conceituação dos princípios norteadores da administração pública, objetivando o melhor entendimento do leitor para que se esclareça uma melhor compreensão sobre o

próximo tópico que será a Improbidade Administrativa. Após a abordagem da Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 - LIA, chega-se ao ápice do trabalho que será a aplicabilidade do principio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, trazendo para o trabalho, doutrina, jurisprudência e a atuação do próprio Ministério Público detentor da legitimidade neste âmbito.

Em síntese, por mais que a pesquisa tenha como foco central o Direito Administrativo, não menos importante se faz a pesquisa em Direito Penal na qual se conceitue o princípio da insignificância, já que o autor irá embasar sua aplicabilidade no âmbito da improbidade administrativa.

Concentrar-se-á esforços na LIA, Lei nº 8.429/1992, com uma extensa análise doutrinaria, trazendo conceitos ao passo de chegarmos na jurisprudência atuais sobre a lei que revolucionou os crimes de "colarinho branco" no país, e principalmente, os entendimentos diversos que temos nos tribunais superiores.

Como última abordagem, busca-se entender como o Ministério Público Federal atua aplicando o princípio da insignificância em seus processos e procedimentos, que não torna esta aplicabilidade judicial, mas sim em fase de investigação antes da própria propositura da ação judicial, já que os processos ou procedimentos são arquivados com base na Orientação nº. 3 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 ORIGEM

O nascimento da Administração Pública está totalmente relacionado com a consagração dos ideais da Revolução Francesa de 1789, bem como, com o

surgimento do Estado de Direito, a partir da aplicação de ideais liberais revolucionárias da burguesia francesa e na teoria da tripartição dos poderes, o poder estatal é limitado e o direito administrativo nasce como um sub ramo do direito, ao lado do direito privado, regulando por sua vez o equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados.[1]

Com a queda do Estado absolutista, o Estado de Direito surge com a função de promover novamente a justiça e o bem-estar social, e para tanto, cria-se os poderes legislativo, executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si. O poder Executivo possui como incumbência principal a administração do que é público, realizando todos os atos inerentes à esta função; o Poder Legislativo, por sua vez, tem como função principal a edição de leis; o poder Judiciário, por fim, possui seu aspecto principal, a de julgar, exercendo a função jurisdicional estatal.

Ressalta-se que é impossível realizar um estudo da administração sem que aborde seus princípios norteadores, portanto, passaremos agora ao estudo dos princípios básicos ou gerais da administração pública.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os princípios, como uma das fontes do direito, desempenham funções relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro, pois eles retratam valores inerentes a toda à sociedade, bem como respaldam o estado democrático de direito. Já na esfera administrativa, os princípios estabelecem um equilíbrio necessário entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados, nas quais devem sempre buscar o interesse da sociedade.

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2018. p. 29

Para Irene Patrícia Nohara[2] os princípios são normas jurídicas de caráter geral e elevada carga valorativa.

Ressalta-se que os princípios básicos da Administração Pública podem ser subdivididos em princípios expressos e implícitos, dependendo de estarem ou não arrolados no rol do artigo 37, *caput,* da Constituição Federal.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Importante salientar, que os aludidos princípios devem ser observados por toda a Administração Pública, bem como a direta e indireta, de qualquer dos poderes, da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. Até mesmo, os particulares que estejam no exercício de alguma função pública, como por exemplo as organizações sociais que recebem recursos públicos para o cumprimento de atividades de interesse coletivo, são obrigados a observar os supramencionados princípios.

Nesta linha de raciocínio, não existe exceção à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência por parte da Administração Pública. Para Ricardo Alexandre,[3] o legislador constituinte deixou claro, ao se atentar, que as funções administrativas não cabem somente ao poder executivo, mas também, ao legislativo e ao judiciário em suas funções atípicas, portanto, no exercício da função administrativa, todos os poderes de todas as esferas

[2] NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 55.
[3] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 175.

da federação devem observar, abarcar, obedecer e seguir os princípios básicos da Administração Pública.

Destarte, diante de toda esta importância dos princípios fundamentais à administração, torna-se imprescindível estudar, de forma separada, os princípios norteadores da Administração Pública, para o melhor entendimento das ilicitudes abarcadas pela improbidade administrativa, que veremos posteriormente neste trabalho. Diante disto passaremos agora a abordar, na individualidade, os princípios constitucionais expressos no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal.

1.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Trata-se do princípio que estabelece que toda e qualquer atuação da Administração Pública, deve ser outorgada por lei. O princípio da legalidade é um dos princípios mais consideráveis pelo arcabouço jurídico que rege a administração, tendo em vista que, a administração somente poderá agir segundo o que a lei determina, e não, contra a lei ou além da lei. Assim, como na esfera privada, o indivíduo poderá fazer tudo o que a lei não veda (princípio da reserva legal), o administrador público somente poderá atuar quando a lei o autorizar (princípio da legalidade estrita).

Para Hely Lopes Meireles, "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".[4]

Portanto, quando visto sob vista do particular, o suso mencionado princípio, caracteriza-se pela autonomia de vontade das partes, conforme prevê o artigo 5º,

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 93.

inciso II da Constituição Federal "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Destarte, quando visto sob a ótica da Administração Pública, o artigo 37, *caput,* da Constituição Federal, é caracterizado pela restrição de vontade do administrador, já que ele somente poderá agir se assim a lei determinar.

O supramencionado princípio se caracteriza pela submissão dos agentes estatais as leis que o próprio Estado edita, um dos princípios basilares do Estado de Direito, caso este seja desrespeitado, a atividade estará comprometida sob pena de nulidade dos atos praticados. Infelizmente, o que se pode perceber, na atualidade, a pratica é o não cumprimento dos princípios basilares da administração pública, o que certamente enseja a impossibilidade de atender os interesses coletivos da sociedade, já que a lesão a este princípio é uma lesão direta a própria norma.[5]

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:[6]

> Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um especifico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda estrutura nelas esforçada.

Por conseguinte, este princípio é visto como uma das principais garantias aos direitos individuais e coletivos, pois, o princípio da legalidade garante que a atuação

[5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo: MÉTODO. 2018. p. 36.

[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo. Malheiros. 2016. p. 991.

do Estado, em toda sua soberania, esteja limitada ao que a lei autorizar, prevenindo, por sua vez, ações tiranas e autoritárias tendentes a restringir direitos da sociedade como um todo, fluindo então o Estado Democrático de Direito.

1.2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade institui, constitui, que os atos administrativos necessitam ser praticados atendendo o interesse público, e não os interesses privados de terceiros ou mesmo do agente administrativo. Impende salientar que a administração em seus atos podem, tanto, beneficiar ou prejudicar seu agente, todavia, os atos administrativos devem ser cumpridos mesmo assim, tendo em vista, que o administrador público com supedâneo neste princípio, é obrigado a distanciar-se de suas vontades próprias, visto que ele é um representante da sociedade, e, deve agir em benefício dela.

Portanto, a impessoalidade, um novo princípio dado pelo legislador constituinte na CF de 88, para a Administração Pública é examinada sobre alguns aspectos, sejam eles: vedação à promoção pessoal dos agentes públicos; dever de isonomia, e; dever de conformidade aos interesses públicos. Tendo em vista esta novidade, a doutrina brasileira tem sido controvérsia, já que uns assemelham-se ao princípio da isonomia, já outros acham que se equipara ao princípio da finalidade pública, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro.[7]

> o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 103.

> Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello[8] possui entendimento diverso:

> Nele se traduz a ideia de que Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentos. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O Princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (...).

Nesta linha de raciocínio, nota-se que o princípio da isonomia é uma das características do princípio da impessoalidade, pois é objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve realizar entre os indivíduos, deve tratar todos de forma igualitária, sem favorecimento ou perseguições.

Conclui-se que, este princípio, inovador, trazido pelo legislador da carta magna, é possível que a administração exerça de forma igualitária a busca pelos interesses públicos, e, que somente assim, poderemos chegar à um bem comum e justo para toda nossa sociedade.

1.2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como trata-se da Administração Pública, os agentes não estão mexendo em seus bens privados e sim com bens coletivos, na tentativa de alcançar o melhor para

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 117.

o interesse social, impõe-se a necessidade de atuação aos administradores públicos à ética, traduzida na competência de distinguir o que é probo do improbo, o que está totalmente ligado a boa-fé por parte deste administrador.

Para Alexandre Mazza:[9]

> A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração.

Saliente-se que o princípio da moralidade coincide com à ideia de bom administrador, que deve além de tudo agir de forma correta perante os bens públicos, ser um bom conhecedor da legislação vigente e cumpridor dos princípios éticos regentes da função administrativa. O bom administrador é aquele que consegue alcançar o melhor interesse social, utilizando-se dos meios legais dispostos a lei pela própria lei, e, só assim, alcançar os objetivos traçados.

Portanto, possuir uma conduta ilibada, exemplar, pautada pela moralidade e lealdade, boa-fé, é um preceito básico para qualquer agente que tratar da coisa pública, para qualquer administrador público. A sociedade, como um todo, nos dias de hoje, não só espera, mas anseia por gestores públicos que tratam da coisa pública onde não hajam de má-fé, deixando de afrontar o princípio da moralidade e passe agora a agir como um "bom administrador".

Para a doutrina administrativa, a denominada moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, vez que a moralidade administrativa se afasta da ideia comum de seus agentes sobre o que é probo ou improbo de forma

[9] MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 123.

ética. Destarte, o que importa é a noção objetiva para a moralidade administrativa, que é o cumprimento do conjunto de princípios e normas jurídicas da administração existentes no ordenamento jurídico brasileiro por parte de seu gestor.

É de sapiência de todos que moralidade no âmbito da administração não possui um conceito determinado, já que alguns os comparam com o bem comum ou interesse público, e ainda, há os que entendem que a possibilidade de extrair do artigo 37, *caput,* da Constituição Federal, já que este princípio se confunde com outros princípios aqui abordados.

1.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Este princípio impõe a Administração o dever do que hoje chamamos de transparência pública, todos seus atos devem ser tornados públicos, ao conhecimento da sociedade, permitindo que a sociedade tenha como forma de controle, ter conhecimento de todas informações inerentes a função pública do Estado. A publicidade dos atos administrativos está totalmente relacionada com o princípio da moralidade, já que com a existência da publicidade de seus atos, os agentes públicos tendem a agir de forma proba. Para Marçal Justen Filho "os governantes são constrangidos a prestar esclarecimentos e a responder por seus atos".[10]

Para a sociedade, a Constituição Federal prevê uma série de institutos jurídicos que os permitam exigir a transparência das ações estatais, a exemplo do mandado de segurança (artigo 5º, inciso LXIX, CF), *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII, CF), ação popular (artigo 5º LXXIII, CF), bem como a Lei nº 9.784, de 29 de

[10] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83.

janeiro de 1999,[11] prevê em seu artigo 2º, inciso V, que é obrigatória a "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo prevista na Constituição", para os processos administrativos.

Muito embora a regra geral seja a publicidade dos atos da administração, a Constituição Federal prevê algumas hipóteses em que este princípio poderá ser limitado, são elas a segurança da sociedade e do Estado, prevista no artigo 5º, inciso XXXIII[12], e no artigo 5º, inciso LX,[13] em defesa da intimidade ou o interesse social exigirem, ambas da Constituição Federal. Nota-se que, nos referidos dispositivos constitucionais, somente a lei poderá instituir regras de sigilo, sendo vedado a Administração Pública criar por meio de atos administrativos.

Para Irene Patrícia Nohara:[14]

> A publicidade é princípio básico da Administração Pública, positivado no caput do art. 37 da Constituição Federal, que permite credibilidade pela transparência. É pela publicidade que os cidadãos têm conhecimento das ações dos administradores no trato da coisa pública. Ela também garante a defesa de direitos quando estes são violados pelo Poder Público, viabilizando a proteção da moralidade e a estabilidade das relações jurídico-administrativas.

[11] BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

[12] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

[13] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

[14] NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.p. 84.

Em regra, a publicização dos atos se refere à divulgação em órgãos oficiais e meios de imprensa escrita, sejam por diário oficial, jornais, etc. Como a maioria dos princípios aqui apresentados, o princípio da publicidade somente é possível graças ao Estado Democrático de Direito.

Compreende-se que a publicidade compõe muito mais do que a simples divulgação dos atos estatais, estabelecendo que a sociedade realmente tenha conhecimento dos atos da administração, saindo da clandestinidade e atingindo, por sua vez, a transparência que a sociedade necessita para a realização da fiscalização e controle.

Portanto, a regra é da publicidade, mas o Estado visando dar garantia aos seus próprios direitos constitucionais, bem como a proteção da sociedade e do próprio indivíduo, a própria Constituição Federal mitiga este princípio em razão dos direitos individuais.

1.2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Introduzido por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência é o mais moderno e recente em ralação ao artigo 37, *caput,* da Constituição Federal. Este princípio exige da Administração Pública que toda a sua atividade seja pautada pela presteza, rendimento funcional e perfeição, objetivando por sua vez a maior produtividade e redução de verbas e desperdícios públicos.

Ao impor aos agentes públicos a eficiência, este princípio atua de modo que os resultados sejam todos favoráveis à consecução dos fins que cabe a Administração Pública alcançar. Nota-se que para Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência

"exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional".[15]

Nesta esteira, a administração deverá primar pela elevada produtividade de seus agentes, pela celeridade de sua atividade, bem como pela busca pela economicidade e qualidade na presteza destes. Nota-se, porém, que como os outros princípios aqui abordados, o princípio da eficiência não é um princípio absoluto, ou seja, não poderá sobrepor-se aos demais princípios, como por exemplo, em razão do princípio da eficiência, o agente público não poderá ferir o princípio da legalidade, alegando dar cumprimento ao dever da boa administração.

Ricardo Alexandre nos traz a ideia de que "o princípio da eficiência exige o satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros, não se contentando com o atendimento apenas parcial de tais necessidades".[16]

Portanto, o agente público em busca da eficiência em suas atividades, deve realizar a observância aos procedimentos previstos em lei, bem como na legislação vigente. Assim, o gestor público deverá atuar de forma que obedeça estritamente ao que a lei prevê, bem como seus princípios norteadores, mas também deverá agir de forma a que cumpra o princípio da eficiência, uma não podendo se sobrepor à outra. Portanto, a Administração Pública deverá sempre estar em busca da equidade e razoabilidade de todos os seus atos.

1.2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 105.
[16] ALEXANDRE, Ricardo, João de Deus. Direito Administrativo. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 200.

Muito embora estes princípios não estejam elencados no rol da Carta Magna,[17] eles possuem valores importantes em nosso sistema jurídico. Embora, eles sejam empregados como sinônimos, parte da doutrina brasileira destacam algumas particularidades que os distinguem.

Para Fernanda Marinela o princípio da razoabilidade "proíbe a atuação do administrador de forma despropositada ou tresloucada, quando, com desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom senso. Trata-se do principio da proibição de excessos".[18]

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:[19]

> Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Este princípio surge com a competência de orientar como os agentes administrativos deverão interpretar e exercer sua função ponderando os fins pretendidos e os meios empregados na prática de um ato administrativo. Ele não busca substituir a vontade da lei pela vontade do aplicador do direito, ele apenas

[17] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

[18] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:625279. Acesso: 23 nov. 2018.

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 111.

representa um limite para sua atuação, de modo a restringir o poder estatal, criando barreiras a administração para que não sejam tomadas decisões, arbitrárias, danosas, inadequadas, abusivas à coletividade.

Desta forma, não basta que os atos administrativos sigam estritamente o que a lei determina, é necessário realizar a análise dos meios empregados, para que sejam adequados, e só assim, atingir o fim almejado. As decisões tomadas pela administração que violem este princípio não serão consideradas inadequadas ou inconvenientes, por sua vez, elas são consideradas ilegais e ilegítimas, pelo fato de ofender o intuito da lei, por ofender princípio constitucional implícito, admitindo, no que lhe diz respeito, a correção pelo Poder Judiciário, realizando, tão somente, o controle da legalidade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade".[20]

Já o princípio da proporcionalidade, exige um certo equilíbrio do gestor público, isto é, possui como característica conter o excesso de poder estatal, para que seus agentes não ultrapassem os limites segundo a sociedade em que ele se encontra. Nesta linha de pensamento, cabe ao agente estatal agir de forma sensata, de forma que sua atuação seja de forma proporcional e equilibrada, como agiria o chamado "homem médio", moldando-se aos anseios coletivos. Este meio termo, se assim posso dizer, é que deve ser direcionado pelo gestor públicos ao tomar suas decisões. Agindo de forma contraria, assim como o princípio da razoabilidade, violará princípio constitucional implícito e por fim a própria lei.

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 112.

Para que a conduta do agente público seja considerada proporcional no caso concreto, esta conduta deverá conter três pressupostos para sua configuração: adequação (o equilíbrio entre o meio empregado e o fim desejado); exigibilidade (a conduta não poderá conter meios danosos para se alcançar o interesse público, deverá ser necessária); proporcionalidade em sentido estrito (as desvantagens de sua conduta não poderão ser maiores que as vantagens conquistadas).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser aplicados e observados, principalmente, nos atos discricionários de seus agentes, ou seja, aqueles atos que possuem escolha, que se admite o administrador escolher o que é o melhor para a sociedade. E por isso o legislador trouxe no artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, parágrafo único, diversos exemplos de aplicação de tais princípios, determinando que os processos administrativos observem: a adequação entre meios e fins[21]; cumprimento das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados[22]; adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados[23].

Se o ato administrativo acarretar ações desproporcionais, desarrazoáveis, segundo o padrão do homem médio, excedendo aos limites que a lei estipula, este ato deverá ser anulado pelo Poder Judiciário. Em regra, o Poder Judiciário não interfere em atos discricionários de própria escolha do administrador, principalmente,

[21] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

[22] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso: 23 nov. 2018.

[23] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

quando este administrador possui mais de uma forma lícita de operar. Todavia, o controle realizado pelo judiciário nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, equivale-se, de fato, no controle da legalidade ou legitimidade, e não no controle de mérito. E por sua vez, sendo um ato ofensivo aos princípios constitucionais ou implícitos a constituição, este ato deverá ser anulado.[24]

José dos Santos Carvalho Filho lembra, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade "não incidem apenas sobre a função administrativa, mas, ao contrário, incide sobre qualquer função pública, inclusive sobre a função legislativa[25]". E nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal, já julgou, por mais de uma vez, declarando a inconstitucionalidade de lei por violação de princípios. Como por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade, ADI 4.467 MC/DF:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE

[24] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 207.

[25] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31.ed. São Paulo: 2017, p. 42.

> 2010. 1.[...]. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto. 3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte. 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto.[26]

1.2.7 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4467 MC/DF. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042. Acesso 23 nov. 2018.

Por último, mas não menos importante, o princípio da supremacia do interesse público, propõe que toda atividade exercida pelo Estado deve ser em prol do interesse da sociedade. Se este objetivo não estiver presente em suas ações, o Estado estará violando a própria lei, em desvio de finalidade, mesmo que haja em vista de um algum interesse estatal imediato, o objetivo almejado sempre deverá ser o interesse coletivo.[27]

Nesta linha de raciocínio, o indivíduo, por si só, não é o destinatário final das atividades exercidas pela Administração Pública, mas sim a sociedade, como um todo. Já no final do século XIX[28], após o fim da era individualista exacerbada, o Estado passa agora a se identificar como *Welfare State*, ou seja, Estado de bem-social, com o objetivo principal de atingir o interesse coletivo. Portanto, o direito deixa de ser apenas uma forma de garantia dos direitos privados, e, agora, passa a ser visto como um meio de justiça social, um meio de conseguir um bem-estar coletivo. Muito embora ocorra conflitos entre o interesse coletivo e o interesse privado, há de se prevalecer o interesse coletivo sobre o interesse privado.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira divide o interesse público em duas categorias: interesse público primário "relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica)"; e interesse público secundário "é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de

[27] CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual. São Paulo: 2017, p. 34.

[28] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 99.

atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público".[29]

Hoje, o principal debate em cima deste princípio é pela própria dificuldade de se afirmar um conceito uníssono. É fato que não se pode confundir o interesse da própria administração com o interesse da sociedade em si, a Administração Pública deverá apenas ter como seu objetivo principal o interesse público primário, ou seja, deverá sempre buscar a satisfação coletiva.

Muito embora o princípio da supremacia do interesse público não esteja elencado no rol do artigo 37, caput, da Constituição Federal, este é uma das bases do direito norteador da administração, e pode ser encontrado, de forma implícita, em diversas manifestações do legislador constitucional, a exemplo do instituto de requisição da propriedade particular contido no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal.[30] Em razão disso, afirma-se que este princípio encontra-se implícito em nossa Carta Magna.

Diante disso, Ricardo Alexandre[31] entende que:

> podemos afirmar que a única razão de ser da Administração Pública é a necessidade da busca da consecução do bem comum da maneira politicamente definida pelo governo. A Administração é, portanto, o instrumental de que dispõe o governo para atingir o bem comum que, por princípio, se sobrepõe ao interesse privado.

[29] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 45.

[30] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 27 nov. 2018.

[31] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 170.

Destarte, entende-se que os princípios, sejam eles expressos ou implícitos, são de suma importância para a gerência dos bens públicos, que por ser tratar de bens públicos deverão atender os melhores anseios da sociedade, de forma legal, impessoal, moral, público, bem como eficiente. E posto isso, aqui se mostra o por que dos estudos dos princípios norteadores da Administração Pública, para melhor entendermos a própria improbidade administrativa que veremos no próximo tópico, sem entender o por que os princípios são importantes e o por que eles norteiam a administração, não conseguimos entender como um agente público comete tais ilícitos em sua função.

Portanto, passa-se agora ao estudo da improbidade administrativa, seus sujeitos, sejam ativo ou passivos e suas sanções.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Um dos maiores males que assolam a sociedade brasileira nos dias atuais, a improbidade administrativa vem sendo reconhecida em nosso ordenamento jurídico, como ato ilícito, de longa data, como na constituição de 1946 que já previa o enriquecimento ilícito por influência ou com abuso de cargo ou função pública.[32] Bem como no Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941, que sujeitava a sequestro de bens as pessoas indiciadas por crimes que resultam de prejuízo a fazenda

[32] BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §31 [...] A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica; Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

pública.[33] Ante a necessidade de analisarmos suas características, evidencia-se seu estudo em um capítulo distinto.

Nesta linha de pensamento e diante a cultura de corrupção instaurada no âmbito brasileiro, que o legislador constituinte de 1988 inovou ao trazer o ato de improbidade administrativa no capítulo da Administração Pública. Todavia, antes mesmo da Constituição Federal, na tentativa de punir os agentes ímprobos da administração o legislador criou a Lei nº 8.429, mas conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa – LIA. Nesta lei, foi definido o conceito de improbidade, seus sujeitos e sanções que o judiciário deverá aplicar em seus agentes ímprobos, o que veremos a seguir.

2.1 Considerações iniciais

Intrinsicamente alusiva à desonestidade, contrária à boa fé, à probidade e à ética, a improbidade é abordada por alguns doutrinadores de forma igualitária com o princípio da moralidade, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:[34]

> Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que

[33] BRASIL. Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros Art. 1º Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública [...]; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso. 27 nov. 2018.

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1008.

> assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Para outros autores a probidade é um subprincípio da moralidade, já para alguns a probidade possui um sentido mais amplo, abarcando a moralidade. Fato é que independentemente da teoria abraçada, é de conhecimento de todos que tanto para o dever de probidade quanto para a moralidade, é exigido dos agentes públicos à honestidade no exercício de suas funções, respeitando por sua vez os princípios da boa-fé, ética e lealdade.[35]

Destarte, com a inserção do princípio da moralidade no texto constitucional, resultado de uma preocupação do legislador com a verdadeira farra de corrupção em que o país se encontrava, e se encontra até os dias atuais, a exigência da moralidade passou-se a se estender para toda administração, já que antes somente se punia as infrações de improbidade para dos agentes políticos e para os demais punia-se apenas aqueles que se enriqueciam ilicitamente em razão de seu cargo ou função na administração. Com esta maior abrangência da improbidade administrativa, agora no texto constitucional, passou-se a ser sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos, e como infrações, não temos apenas o enriquecimento ilícito.

Nota-se que, no momento em que se pensa em improbidade como uma tipo de infração, ato ilícito, as expressões improbidade e moralidade deixam de ser sinônimas, já que a improbidade administrativa possui um sentido muito mais amplo do que a moralidade administrativa, já que ela não abrange somente atos desonestos ou imorais, mas também, é principalmente, à atos violadores da lei. Na lei

[35] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 913.

de improbidade administrativa, a lesão ao principio da moralidade é apenas uma das diversas hipóteses dos atos de improbidade administrativa previsto em lei.[36]

Realizada essa breve contextualização sobre a improbidade, torna-se prevalecente o estudo sobre os elementos que constituem os atos de improbidade administrativa para conseguirmos diferencia-los dos atos que, por força da lei, são tidos como atos probos.

2.2 Elementos constitutivos

Os atos de improbidade administrativa são compostos por alguns elementos, para Ricardo Alexandre "para que se configure o ato de improbidade administrativa e, por consequência, venham a ser aplicadas as sanções mencionadas no art. 37, §4º, da CF/1988, devem estar presentes os seguintes requisitos: sujeito passivo, sujeito ativo, conduta ímproba e elemento subjetivo".[37] Os quais serão abordados adiante.

2.2.1 Sujeito passivo

Entende-se que aqueles que sofrem danos causados por agentes administrativos são os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa. Conforme Irene Patrícia Nohara "podem ser sujeitos passivos de improbidade as entidades lesadas elencadas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92 e seu parágrafo único".[38]

[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1011.

[37] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 915.

[38] NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 963.

Portanto, o próprio artigo 1ª da Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, prevê as pessoas jurídicas públicas e políticas que poderão estar no polo passivo.

> Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Destarte, o parágrafo único do mesmo artigo prevê outras entidades privadas, que por receber incentivo, benefício, subvenção de órgão público também podem ser sujeitos passivos desta demanda.

> Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Ante a análise do dispositivo legal aqui abordado, percebe-se que o sujeito passivo, por sua vez, abrange todas as pessoas jurídicas públicas e políticas de qualquer um dos Poderes. Percebe-se ainda, pela redação do parágrafo único, que entidades privadas também são elencadas pela legislação tendo em vista que estas entidades privadas recebem fomento do Estado, ou seja, pode-se elencar aqui algumas destas modalidades, sejam as chamadas organizações sociais (Sesi, Senai, Sesc, etc.), as entidades de sociedade civil de interesse público ou qualquer outro tipo de organização criada ou mantida com recursos dos cofres públicos.

2.2.2 Sujeito ativo

Considera-se sujeito ativo desta relação, de acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, o agente público, elencado no artigo 1º,[39] e o terceiro, que mesmo não tendo cargo ou função pública, equipara-se ao agente público se caso ele induza ou concorra para a pratica dos atos de improbidade, ou até mesmo que ele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, como prevê o artigo 3º.[40]

Para tanto, o legislador teve todo o cuidado em conceituar o agente público em seu artigo 2º.[41] O que se entende deste artigo é que, não é necessário ser servidor público com vínculo empregatício com a administração pública para ser qualificado como sujeito ativo desta relação jurídica. Já em relação aos servidores públicos, todas as categorias de servidores estão sujeitas à esta demanda, mesmo que ocupem cargos comissionados ou funções públicas, independentemente do regime contratual, seja função transitória ou permanente, e por qualquer das formas de provimento.

Ressalva-se, que quanto aos agentes políticos, por desfrutarem de algumas prerrogativas e prerrogativas especiais, algumas categorias, em razão destas

[39] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

[40] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

[41] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

prerrogativas, são protegidas pelo exercício de seu mandato. Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que "É o caso, em primeiro lugar, dos Parlamentares que têm asseguradas a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos e a imunidade parlamentar".[42] Desta forma, a imunidade parlamentar impede a responsabilização dos agentes públicos que gozam desta inviolabilidade, não podendo ser responsabilizados civilmente, penalmente, administrativamente ou politicamente.

Além dos agentes públicos e políticos, a lei de improbidade também prevê a aplicação de sanções à terceiros que, mesmo não estejam revertidos de cargo ou função pública, concorre ou induz para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie, mesmo que seja de forma direta ou indiretamente. Diante disto, percebe-se do dispositivo legal que o terceiro não pode praticar ato de improbidade administrativa separadamente, sendo totalmente necessário, para tanto, a participação de um agente público ou político.

2.2.3 Ato danoso

Os atos de improbidade, tido como atos danosos a administração pela Lei nº 8.429/1992, são compreendidos em quatro modalidades, quais sejam: a primeira é encontrada no artigo 9º, são atos que importam em enriquecimento ilícito, a segunda modalidade encontra-se expressa no artigo 10 e tipifica os atos que causam prejuízo ao erário. Neste ponto o legislador inovou ao trazer os atos que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, acrescentado pela Lei Complementar nº 157 de 2016 no artigo 10-A, e, por fim, mas não menos

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1023.



importante, o artigo 11 remete-nos aos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nota-se que, conforme abordado no início deste capítulo, são imprescindíveis três elementos, o sujeito ativo e passivo e um dos atos expresso na LIA, para a caracterização dos atos de improbidade administrativa, que, muito embora, a lei use o termo ato, o ato de improbidade administrativa não corresponde somente a um ato administrativo, mas, também, pode equivaler a uma conduta ou omissão daquele agente público.

> Cumpre salientar que o rol de atos de improbidade administrativa apresentado pelo legislador é meramente exemplificativo, não se tratando de enumeração exaustiva, cujo desenlace se pode perceber pelo uso do advérbio notadamente pelo legislador no *caput* de cada um dos artigos. Nessa linha de raciocínio esclarece Rafael Carvalho Rezende Oliveira:[43]
>
> A tipificação dos atos de improbidade administrativa é, em regra, aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração é exemplificativo, pois os arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, ao elencarem determinadas condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam-se da expressão "notadamente", o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade.

Ademais, no que tange o artigo 10-A da Lei 8.429/1992, o novo texto apresentado pelo legislador não apresenta rol aberto de condutas, discriminando minuciosamente as condutas que constituirão ato de improbidade decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício tributário ou financeiro.

---

[43] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2018. p. 909.

Percebe-se que nos termos do artigo 21 da LIA, a aplicação das sanções previstas nesta lei, se dão independente de: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento (redação dada pela Lei nº 12.120 de 2009); II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou Tribunal ou Conselho de Contas.

De uma atenta análise dos incisos contido no artigo 21 da Lei de Improbidade, compreende-se que no que tange ao inciso II, alusivo aos Tribunais ou Conselhos de Contas, que a norma é de simples percepção, com o auxílio do artigo 71 da Constituição Federal, no qual se prevê as competência do Tribunal de Contas da União, verifica-se que a apreciação das contas dos agentes públicos não exaure todas as competências daquele colegiado. Como o Tribunal de Contas da União não faz parte do Poder Judiciário, suas decisões não possuem força de coisa julgada, sendo, a todo momento, suscetível de revisão, com supedâneo no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Destarte, o inciso I merece uma apreciação mais cautelosa, tendo em vista que seria inaceitável penalizar qualquer indivíduo por um ato que não causou qualquer tipo de dano. Diante disto, escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro:[44]

> Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o "dano ao patrimônio público" utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4.717/65) define patrimônio público como "os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico" (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade

[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1821.

> administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo.

Portanto, compreende-se que o legislador quis dizer que as sanções podem ser empregadas mesmo sem a incidência de dano ao patrimônio econômico. Nesse sentido, é o que ocorre nos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11, que nos remete aos que atentam aos princípios da Administração Pública.

Por fim, tem-se que um mesmo ato de improbidade poderá se encaixar em todas as hipóteses trazidas pelo legislador no texto da Lei nº 8.429/1993, bem como, também, são passíveis de punições, tanto na esfera penal como na esfera administrativa, como por exemplo a ocorrência do crime previsto no artigo 312 do Código Penal, peculato, incidindo no enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, bem como atenta contra os princípios da Administração Pública e recaindo nas sanções penais.

2.2.4 Dolo e culpa como elemento subjetivo

O elemento subjetivo do dolo ou culpa é tido como obrigatório pelo sujeito ativo para a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto na LIA. Para aplicar-se a lei de improbidade é, mas do que necessário, o uso do bom senso pela autoridade à frente do processo/procedimento, tendo em vista que indispensável analisar se a conduta ilegal em tela foi praticada por seu agente com culpa, dolo ou má-fé, para que realmente se possa entender o *modus operandi* daquele comportamento improbo.

Percebe-se que nos artigos que preveem os atos de improbidade, somente o artigo 10 e 10-A traz em seu texto a previsão de ser em ação ou omissão, dolosa ou culposa. É dificultoso entender se realmente foi a intenção do legislador colocar o

elemento subjetivo somente nos artigos mencionados, ou se houve falha, já que se pode encontrar estes elementos em diversos outros artigos na Lei de Improbidade, como por exemplo no artigo 5º "Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano".

Nesta linha de raciocínio escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro: [45]

> No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Por isso, a inclinação da jurisprudência é a de somente se reconhecer o elemento subjetivo culposo nas hipóteses dos artigos 10 e 10-A da LIA, já que o próprio dispositivo prevê expressamente a sua ocorrência. Para a caracterização das hipóteses trazidas nos artigos 9º e 11 requer a ocorrência, e sua possível confirmação, de dolo, tanto que, consegue-se mencionar que a culpa é presumida, como por exemplo no caso de enriquecimento ilícito.

3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Tido como o escopo principal do estudo em epígrafe, o princípio da insignificância vem escancarando o merecimento de sua aplicação, já que esta teoria nos permite à não aplicação de punições severas demais à atos/fatos simples, sem muita relevância para o mundo jurídico e para a sociedade como um todo, tal como

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1825.

um simples beliscão ou uma mãe que em razão de estrema pobreza e necessidade furta um pão para dar de comer aos seus filhos, em estado de fome.

Para os doutrinadores alemães, o princípio da bagatela teve sua origem advinda das várias consequências causadas pelas guerras mundiais, nas quais o grande desemprego e a falta de dinheiro para comprar alimentos, juntamente com outros diversos fatores, instigaram, momentaneamente, a sociedade a realizar pequenos furtos, o que nós conhecemos hoje como furto famélico. Entretanto, há uma segunda corrente que entende que a origem do princípio da insignificância foi no direito romano, consoante os brocardos "*minimis non curat praetor*" (o magistrado não deve se preocupar com as questões insignificantes) e "*minimis non curat Lex*" (a lei não deve se preocupar com coisas mínimas).[46]

Todavia, é de sapiência de todos que Claus Roxin introduziu o princípio da insignificância no direito penal, e nesse passo entende a maioria das doutrinas penalistas. O supramencionado princípio foi anunciado pela primeira vez no ano de 1964, atuando sobretudo na criminalização secundária, permitindo excluir de primeiro plano crimes de bagatela.[47]

3.1 Considerações iniciais

A priori, o princípio da insignificância possui como sua principal premissa tornar a tipicidade material do agente egressa, em razão de sua baixa reprovabilidade social e em corolário de sua ínfima lesão aos bens jurídicos tutelados.

Eugênio Pacelli[48] destaca que:

[46] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 73
[47] JUNQUEIRA, Gustavo. Manual de Direito Penal: parte geral. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 42
[48] PACELLI, Eugênio. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 60

> A expressão insignificância, ou crimes de bagatela, posta aqui como princípio geral da parte especial, pretende cumprir exatamente essa função redutora do excesso penal, perfeitamente justificada no sistema de interpretação de ora cuidamos de expor. Relembre-se, no particular, de que o próprio Código Penal reconhece o menor desvalor do resultado (e talvez até da ação) na subtração da coisa de menor valor, consoante se vê do texto expresso contido no art. 155, § 2o, CP. Ali, se prevê hipótese de diminuição obrigatória da reprimenda, por meio de juízo de correlação entre o valor da coisa e seu significado no patrimônio.

Nesta linha de raciocínio, frisa-se que, no mundo jurídico, insignificante é aquilo que não possui importância, valor ou relevância. Portanto, para o direito penal brasileiro, a conduta do agente é insignificante quando ela se apresenta totalmente incapaz de lesar o bem jurídico tutelado pelo Estado, inofensiva, resultando em uma total desproporcionalidade em se punir por intermédio da intervenção estatal. Não se confunde, por sua vez, aos crimes ou infrações pequenas, independentemente de sua relevância, mas se impura à seriedade, intensidade ou amplitude da ofensa acarretada aos bens jurídicos que são tutelados por intermédio da via penal.

Nesse sentido explica Cesar Roberto Bitencourt:[49]

> A insignificância situa-se no abismo que separa o grau da ofensa produzida (mínima) ao bem jurídico tutelado e a gravidade da sanção que lhe é cominada. É nesse paralelismo — mínima ofensa e desproporcional punição — que deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato.

Portanto, se o tipo penal busca tutelar a proteção dos bens jurídicos é pasmoso que o legislador tenha cogitado, alguma vez, introduzir em um tipo penal

[49] BITERCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 83

condutas que sejam absolutamente inócuas ou incapazes de lesionar o bem jurídico tutelado pelo Estado, motivo pelo qual se tal conduta não é passível de lesar o tutelado pelo Estado, e se a função da legislação penal é proteger este bem, não há razão pela qual se explique a tipificação de tal tipo penal. É que na legislação atual não se há tipificado comportamentos que sejam incapazes de produzir ou lesionar algum bem tutelado, motivo pelo qual não há que se falar em danos que são considerados fatos atípicos.[50]

3.2 No Brasil

Cumpra salientar que o Brasil não possui previsão expressa em instrumento legislativo, seja constitucional ou infraconstitucional, que delineie os aspectos formais para a aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito jurisdicional brasileiro, sendo que este princípio é, seja dito de passagem, uma construção doutrinária e jurisprudencial que passou a ganhar força, sendo utilizada em todo cenário jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988.

Neste âmbito, após o Brasil adotar o Estado Democrático de Direito, deixando para trás o antigo modelo político constitucional com base no Estado de Direito, as leis passaram a garantir igualdade formal a todos perante a esfera judiciária, passando também a conter, em sua Carta Magna[51], objeto e adequação social, tendo por base no princípio da dignidade da pessoa humana.

[50] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 74

[51] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 13 janeiro. 2019.

Portanto, apesar do Brasil ser um país com direito, a *priori*, positivado, a influência dos princípios, como fonte de direito, chega a ser imensa, de modo que temos hoje em nossa lei maior a positivação de princípios, tais como o suso mencionado princípio da dignidade da pessoa humana. Salienta-se, que a intervenção estatal penal somente se dará em *ultima ratio legis*, ou seja, a intervenção da lei ocorrerá, somente, quando for absolutamente necessário para a subsistência da sociedade, restando prejudicada à um mínimo imprescindível, resultado do princípio da intervenção mínima estatal, princípio regente das bases do direito penal.

Diante disso, tem-se hoje a unanimidade de aceitação nas cortes brasileiras do uso do princípio da insignificância, tanto que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido as teses de ausência de tipicidade nos cognominados crimes de bagatela, aos quais são suscetíveis de aplicação do princípio da insignificância, sendo que à lei não lhe concerne inquietar-se com infrações de pequena monta, impossíveis de causar o mais ínfimo dano à coletividade.[52]

Para tanto que surge o princípio da insignificância, pretendendo a exclusão da tipicidade penal válida no mundo jurídico, para os fatos que não gerem lesão ou risco de ofensa a um bem jurídico tutelado na esfera penal. Muito embora os atos com lesões insignificantes para os bens tutelados sejam deficitários de tipicidade formal, qual seja, como já abordado anteriormente, a simples caracterização de um fato ser tipificado formalmente, não configura a tipicidade material, posto que o bem tutelado não foi efetivamente lesado, ou, ao menos, lesado de uma forma tão irrisória a ponto de não se justificar a movimentação da máquina estatal.

[52] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 74

E nesta esteira conceitua Ricardo Antônio Andreucci:[53]

> O princípio da insignificância vem tendo larga aplicação nas Cortes Superiores (STJ e STF), sendo tomado como instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, que não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal (tipicidade formal — subsunção da conduta à norma penal), mas também e fundamentalmente em seu aspecto material (tipicidade material — adequação da conduta à lesividade causada ao bem jurídico protegido

Por isso o princípio da insignificância opera como causa de exclusão da tipicidade, mais especificamente, da exclusão da tipicidade material, de uma ação ou omissão realizada pelo agente que está formalmente típica, excluindo, por sua vez, em razão da inexistência de lesão, ofensa ou seus riscos, a um bem jurídico penalmente relevante.

Em razão disto, o princípio da insignificância vem ganhando, cada vez mais, espaço no cenário jurídico brasileiro, tendo em vista que a jurisprudência usa-se dele como causa excludente da tipicidade dos crimes de bagatela, muito embora, como já visto anteriormente, este princípio não se encontra tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo somente uma criação doutrinaria e jurisprudencial.

À vista disso, no âmbito da jurisprudência brasileira, o princípio da insignificância foi reconhecido pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal no final da década de 80,[54] aplicando-o em um caso concreto, vejamos:

> EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DAINSIGNIFICÂNCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de

[53] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 12. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2018. p. 46

[54] JUNQUEIRA, Gustavo. Manual de Direito Penal – parte geral. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 42

> trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas.[55]

E desde então vem gerando diversas discussões a respeito de sua aplicabilidade e seus critérios, já que não se tem um conceito expresso do que seria irrelevante para o mundo jurídico, restando-lhe, esta valoração, ao livre arbítrio do julgador.

Todavia, a partir de 2004, o Ministro José Celso de Mello Filho no julgamento do HC 84.412 do Supremo Tribunal Federal estabelece para o supramencionado princípio quatro requisitos para sua aplicabilidade, que de forma reiterada pela mais alta instância do poder judiciário brasileiro vem sendo utilizada, a ponto de torna-se jurisprudência pacifica entre os ministros. Os requisitos apresentados são: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) ausência total de periculosidade social da ação; 3) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; e 4) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada:

> EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL, EM SEU ASPECTO MATERIAL. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. "RES FURTIVA" NO VALOR DE R$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso em Habeas Corpus. RHC nº 66.869. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, [...]. Recorrente: Clenilton Vieira Rigonato. Recorrido: Ministério Pùblico Federal. Brasília, 17 de junho de 2014. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...em...rhc-66869.../inteiro-teor-103070400. Acesso 23 nov. 2018.

> SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOUTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PEDIDO DEFERIDO. (HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2a T., j. em 19-10-2004, DJ 19-11-2004).[56]

Nesse sentido, também vem sendo aplicada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estes requisitos, senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA DO RÉU QUE NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ÍNFIMO VALOR DA RES FURTIVA (R$ 30,00). RECURSO. DESPROVIDO. 1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC n. 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009). 2. Em hipóteses excepcionais, é recomendável a aplicação do princípio da insignificância, a despeito de ser o acusado reincidente. 3. No caso, o acusado foi denunciado porque, em 5/12/2012, subtraiu um aparelho celular, avaliado em R$ 30,00 (trinta reais), aproximadamente 5% (cinco por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1398288 / PI, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 84.412/SP. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, [...]. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%2884412%2ENUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mrhstql. Acesso 23 nov. 2018.

> 5a T., j. em 21/03/2019, publicado em 09/04/2019). (grifo nosso).[57]

Somando a isto, registre-se o advento dos enunciados sumulares de número 589[58] e 599[59] do Superior Tribunal de Justiça, que reforçam ainda mais a aplicabilidade de tal princípio no âmbito de nossos tribunais superiores.

Neste aspecto, importante se faz uma breve explicação sobre os requisitos para aplicação do princípio da insignificância, conforme veremos a seguir: a) Mínima ofensividade da conduta do agente: o *modus operandi* do agente deve ser revertido do mínimo de hostilidade possível, para não se gerar ofensa à integridade moral ou físico da vítima/sociedade; b) Ausência total de periculosidade social na ação: novamente, o *modus operandi* do agente não pode conter violência ou grave ameaça, gerando, por sua vez, risco para os demais a sua volta; c) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento: o crime deve causar o mínimo de repudia na sociedade como um todo, que causem o mínimo de reprovação de seus iguais; d) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada: o princípio da insignificância somente será usado quando a lesão ocorrida seja ínfima ao bem jurídico tutelado, ao ponto de não produzir danos à terceiros.

---

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp 1398288/PI. 1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal [...]. Agravante: Ministério Público do Estado do Piauí. Agravado: José Marcelo Neuton Chaves. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93453729&num_registro=201803030532&data=20190409&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 nov. 2018.

[58] BRASIL. Súmula 589. Terceira Seção. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27589%27).sub. Acesso em: 10 de jan. 2019.

[59] BRASIL. Súmula 599. Corte Especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.Acesso em: 10 de jan. 2019

Dito isto, percebe-se que a utilização do supramencionado princípio, apesar de não tipificado formalmente, atinge a todos os tribunais do nosso país, ganhando a cada dia em que se passa, como já dito anteriormente, mais força em nosso mundo jurídico, tanto é que são dos mais variados julgados em que se aplicam o referido princípio, e neste aspecto explica Guilherme de Souza Nucci:[60]

> Há várias decisões de tribunais pátrios, absolvendo réus por considerar que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal, como ocorre nos casos de "importação de mercadoria proibida" (contrabando), tendo por objeto material coisas de insignificante valor, trazidas por sacoleiros do Paraguai. Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de uma azeitona, exposta à venda em uma mercearia. Ressalte-se que, no campo dos tóxicos, há polêmica, quanto à adoção da tese da insignificância: ora a jurisprudência a aceita; ora, rejeita-a.

Compreende-se, portanto, que o princípio deste estudo pode ser aplicado em diversos julgados. E neste sentido, várias são as jurisprudências em que se aplicam a insignificância, veremos agora algumas destas jurisprudências com o intuito de perquirir o seu entendimento.

a) .. Nos crimes contra o patrimônio

Este campo deve abarcar a maior quantidade de incidência de aplicabilidade do princípio da insignificância. Tem-se que o valor do bem jurídico tutelado por três viés, o do agressor, o da vítima e o da sociedade, há bens que podem ser de valor para vítima, mas não para o agressor (não se aplica a insignificância), bem como pode haver bens que não ínfimos, tanto para o agressor como para a vítima, mas possuem

[60] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018. p. 184.

um valor muito acima do que a média do poder aquisitivo da sociedade (também não se aplica).[61]

Portanto, tem-se como estimativa o valor do bem em questão, seja pecúnia ou sentimental, para a aplicação do mencionado princípio, conforme veremos a seguir:

> EMENTA: Agravo Regimental no Habeas corpus. 2. Furto simples de blusa de frio, marca Adidas, no valor de R$ 99,00. Sentença absolutória reformada pelo Tribunal. 3. Réu, à época da condenação, primário. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau que aplicava o princípio da insignificância. (HC 139738 AgR/MG. Rel. Min. Edson Fachin. 2a Turma. j. em 08/06/2018. publicado em 01/08/2018)[62]

> EMENTA: PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS DE UM CONE UTILIZADO NA SINALIZAÇÃO DE TRÂNSITO. VALOR ÍNFIMO DO OBJETO FURTADO (R$ 34,00). RECORRENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO COM EXTENSÃO DA ORDEM AOS DEMAIS DENUNCIADOS. (HC 101349/MG. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 5a Turma. j. em 20/09/2018. publicado em 01/10/2018)[63]

---

[61] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018. p. 184.

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG.REG.HC 139738 AgR/MG. 2. Furto simples de blusa de frio, marca Adidas, no valor de R$ 99,00. Agravante: Alysson Daniel Alves. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 08 de junho de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747676716. Acesso em: 13 jan. 19.

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC 101349/MG. 1. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da [...]. Recorrente: Lucas Marques de Miranda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 de setembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87907750&num_registro=201801937170&data=20181001&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 01 dez. 2018.

b).. Nos crimes de entorpecentes

Os tribunais superiores consideram o princípio da insignificância incompatível com o crime de tráfico de drogas, por se tratar de delito de perigo abstrato ou presumido. Portanto, de acordo com nossa jurisprudência, a insignificância não se aplica aos crimes de tráfico de drogas, vejamos:

> EMENTA: HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. TRÁFICO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PEQUENA QUANTIDADE – INSIGNIFICÂNCIA. O tráfico, pouco importando a quantidade da substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio da insignificância. (HC 141500/SP. Min. Marco Aurélio. 1a Turma. j. em 13/11/2018. publicado em 27/02/2019)[64]
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. ART. 33, § 1º, INC. I, PARTE FINAL, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. (AgRg no REsp 1761768/SP. Min. Felix Fischer. 5a. Turma. j. em 25/09/2018. Publicado em 03/10/2018)[65]

[64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus. HC 141500/SP. O tráfico, pouco importando a quantidade da substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio da insignificância. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 390579. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13 de novembro de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246201. Acesso em: 13 mar. 2019.

[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp 1761768/SP. II - Outrossim, Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas [...]. Agravante: Halysson Teves dos Santos. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=881826511&num_registro=201802167568&data=20181003&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2019.

c) .. Nos crimes contra a Administração Pública

Embora a quantidade de julgados neste sentido seja mínima, o Supremo Tribunal Federal também reconhece a aplicabilidade do supramencionado princípio aos crimes contra a Administração pública, conforme o julgado abaixo:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112388/SP. Min. Ricardo Lewandowski. 2a. Turma. j. em 21/08/2012. Publicado em 14/09/2012)[66]

Portanto, conclui-se que o princípio da insignificância, como já dito anteriormente, é utilizado em diversos julgados, mas como já explicitado, a jurisprudência não reconhece sua aplicabilidade em todos os casos, como mostrado nos casos de tráfico de drogas. Vencido este ponto, passaremos agora ao ponto central do presente trabalho que é a aplicabilidade, ou não, do princípio da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, para tanto traremos diversos julgados, bem como, também, a atuação do Ministério Público Federal como a maior organismo público no combate à corrupção.

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 112388/SP. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. Paciente: Antônio Carlos de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de agosto de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590. Acesso em: 14 abr. 2019.

4 MINISTÉRIO PÚBLICO, APLICABILIDADE E JURISPRUDÊNCIA

Passa-se agora a abordar a principal indagação do presente trabalho, que é compreender se o princípio da insignificância, que como já visto possui um grande uso nos tribunais brasileiros, tem aplicabilidade no âmbito da improbidade administrativa, à luz da Lei nº 8.429 de 1992 - LIA[67], e para tal utilizaremos a jurisprudência dos referidos tribunais superiores, bem como utilizaremos a atuação do ministério público federal.

Muito embora o referido princípio tenha sua plena aplicabilidade no âmbito penal, cabe-nos destacar que a LIA não possui caráter penal, tratando-se de lei de cível que regula o artigo 37, §4º, da Constituição Federal,[68] no qual prevê sanções para os atos de improbidade, que são eles: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma do que predispõe os artigos da LIA.

Cabe lembrar, que são eles: o artigo 9º que regula os atos que importam enriquecimento ilícito; o artigo 10 que prevê os atos que causam prejuízo ao erário e a inovação do legislação no artigo 10-A que compõe os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e por fim, o artigo 11 que regulamenta os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

[67] BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

[68] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

Atente-se ao fato de que por mais que a LIA seja uma lei cível, seus artigos preveem atos que além de importar a improbidade administrativa, apesar de não serem todos, também estão contidos no código penal brasileiro. Motivo pelo qual o ministério público federal, como detentor do direito de postular em nome da sociedade, ajuíza ação penal pública e ação de improbidade administrativa ao mesmo tempo, podendo o agente improbo receber punição em ambas, por uma única infração sem incorrer em *bis in idem*.

Questão interessante se faz em relação à aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a Administração Pública, tendo em vista a natureza dos bens jurídicos tutelados. Primeiro, cabe-nos apontar que não é aconselhável a simples aplicação robótica de institutos, seja de qualquer uma das áreas do compro do direito, tendo em vista o seu desgaste natural. Para isso, apresentamos no presente trabalho jurisprudência sobre seu cabimento ou não em casos em concreto.

Razão pela qual, mas do que imprescindível, se faz a análise de jurisprudência neste sentido, e nesta acepção trazemos agora uma atuação do ministério público federal em um caso concreto.

4.1 Ministério público estudo de um caso concreto

Cumpre ressaltar que o Ministério Público é uma consequência da evolução do estado brasileiro e de sua democracia. Sua crônica nos remete a dois fatos históricos que resultaram na consagração do *parquet* como instituição e na ampliação de suas áreas de atuação, seja ela no período colonial sobre forte

influência do direito lusitano, ou seja ela na criação da república brasileira, no qual se menciona pela primeira vez o ministério público no âmbito federal.[69]

Para melhor análise do caso em concreto, se faz necessário a preservação do nome do agente infrator motivo pelo qual este trabalho apenas usará suas iniciais. Pois bem, trata-se de um Inquérito Civil de nº 1.16.000.000945/2017-62 (Anexo A) instaurado a partir de um inquérito policial encaminhado pela polícia do Senado Federal com o escopo de apurar supostas irregularidades praticadas por F.B.C, servidor efetivo do Senado Federal.

Consta do referido inquérito que a fraude consistia na simulação da realização de sua jornada de trabalho como servidor público, já que F.B.C, por diversas vezes, teria se direcionado ao Senado Federal tão somente para efetivar registros fraudulentos de entrada e saída em coletores biométricos, em ato contínuo à ilícita fixação de frequência laboral, ausentava-se de seu local de trabalho sem que realizasse sua devida contraprestação de serviços.

Diante disto, foi instaurado uma sindicância administrativa visando apurar a possível irregularidade trazida ao ministério público federal, que, por sua vez, resultou na penalidade de Advertência para o então servidor público.

Pois bem. Por intermédio do despacho de arquivamento nº 781/2018, de lavra do Procurador da República Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, aquele órgão ministerial decidiu, por bem, que os atos de improbidade se caracterizam pela má-fé, na qual não se pode confundir com uma mera irregularidade administrativa, exigindo-se, por sua vez, a comprovação da conduta dolosa do servidor, ou, mesmo,

[69] BRASIL. Histórico do Ministério Público no Brasil. Disponível em: http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico. Acesso em: 20 dez. 2018.

excepcionalmente, a culpa grave quanto ao dano ao Erário, conforme pode se extrair do seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PAULA CÂNDIDO/MG. (I) OFENSA AO ART. 535, I E II DO CPC. INOCORRÊNCIA. (II) ALEGADO DESAPARECIMENTO DE UM TUBULÃO E DE TRÊS VIGAS AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO CONSTATADO. (III) INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO DOLOSO OU CULPOSO NA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO QUE JUSTIFIQUE O AMOLDAMENTO DA CONDUTA NOS ARTS. 10 OU 11 DA LEI 8.429/92. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)2. Para a configuração dos atos de improbidade ora em exame, há necessidade de haver o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado nos arts. 10 ou 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo específico de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário – admitindo-se excepcionalmente, a modalidade culposa no art. 10; (d) dano efetivo ao ente estatal (art. 10 da LIA), sendo dispensado de comprovação, caso a conduta seja enquadrada no art. 11 da Lei mencionada, que exige tão somente ofensa aos princípios da Administração Pública. (...) (STJ – AgRG no REsp 1325577/MG. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 1a. Turma. J. em 04/09/2014. Publicado em 17/09/2014)

Utilizando-se da lógica de que não houve dano ao erário, tendo em vista que foi lançado no referido ponto do servidor a "falta injustificada", motivo pelo qual o servidor não recebeu pelos dias nos quais ele apenas registrou-se sem prestar sua devida contraprestação laboral, nos seguintes moldes:

> Junta-se a isso o fato de que o entendimento diverso, com a propositura da respectiva ação de improbidade, estaria fadado a eventual rejeição da peça inicial e a sobreposição de recursos,

> os quais representariam um custo operacional desarrazoado, frente à ausência de prejuízo financeiro ocasionando aos cofres públicos e da ofensa significativa aos princípios administrativos, sendo aplicável ao caso o entendimento veiculado na Orientação nº 3 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. [...]
>
> Dessa forma, em que pese os registros irregulares da entrada e saída promovidos em benefícios do investigado, não se verifica efetivo prejuízo ao erário deles decorrentes, nem eventual enriquecimento oriundo de tal atuação, não ensejando a necessidade de atuação deste órgão ministerial.
>
> Assim, sem antever, no caso concreto, interesse público a ser tutelado pelo Ministério Público, determino o arquivamento do procedimento em epígrafe com esteio no art. 17, caput, da Resolução nº 87/2010 do CSMPF. [...]

Expõe-se a homologação do referido despacho pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que coordena os núcleos de combate à corrupção do ministério público, nos seguintes moldes:

> PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO. INQUÉRITO CIVIL ORIGINADO DO IPL Nº 004.2017-PLSF. SERVIDOR DO SENADO FEDERAL F.B.C SUPOSTO REGISTRO IRREGULAR DE ENTRADA E SAÍDA EM COLOTERES BIOMÉTRICOS (PONTO ELETRÔNICO), SEM A REALIZAÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DILIGÊNCIAS REALIZADAS. INSTAURADA COMISSÃO DE SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. JUNTADA NOVE FILMAGENS DE OCORRÊNCIAS EM QUE O MENCIONADO SERVIDOR REGISTRAVA O PONTO, COMO SE INICIASSE A JORNADA, E DEIXAVA AS DEPENDÊNCIAS DO SENADO FEDERAL. LOGO EM SEGUIDA. APLICADA A PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA. LANÇADO FALTA INJUSTIFICADA ENTRE 19 A 27/01/2017. PROCEDIDO DESCONTO FINANCEIRO. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS. HOMOLOGAÇÃO.[70]

[70] Anexo B – Homologação.

Vê-se, que o caso concreto trazido ao presente trabalho coloca em evidência a atuação do ministério público federal, que dentro de sua atuação arquiva procedimentos sem ao menos apresentar ao Poder Judiciário, que teria, nos moldes dos seus poderes constitucionais, a competência para efetuar o arquivamento de acordo com os entendimentos da jurisprudência atual dos tribunais superiores brasileiro. Nesse sentido escreve Cleber Masson:[71]

> O Superior Tribunal de Justiça entende que somente o Poder Judiciário é dotado de poderes para efetuar o reconhecimento do princípio da insignificância. [...] Com o devido respeito, ousamos discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial. [...] Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar sua incidência.

Percebe-se, também, que o arquivamento destes procedimentos que, em tese, seriam fadados ao fracasso na esfera judicial, traz uma grande economia para o estado brasileiro, tendo em vista a quantidade de recursos gastos na atuação do Poder Judiciário, bem como a superlotação de processos nas estantes dos tribunais brasileiros.

Portanto, com base nos princípios da eficiência, proporcionalidade, utilidade e da economia, o ministério público federal atua arquivando seus procedimentos, já que ele é o detentor da legitimação dos processos em nome da sociedade, sem levar a apreciação do Poder Judiciário. Todavia, conforme podemos analisar da argumentação para tal arquivamento, avistamos o uso da orientação nº 3 da 5ª

[71] MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral 1. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2018. p. 48.

Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – 5ª CCR[72] que prevê:

> "O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial merecedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa".

O que em nosso entendimento, esta orientação chega a ser bastante perigosa tendo em vista que num país no qual pessoas morrem na fila de um hospital público todos os dias,[73] R$ 20.000,00 (vinte mil reais) não é proporcional para que seja aplicado o princípio da insignificância. Entende-se que nos procedimentos, como no caso em tela, em que não se tenha prejuízo ao erário, ou que seja pelo simples peculato de uma caneta ou um clips, que o referido princípio seja muito bem aplicado pelo ministério público, mas o que a referida orientação da 5ª CCR traz é desumano para um pais no qual a grande maioria de sua sociedade trabalha duro o mês inteiro para auferir um salário mínimo, que somando 12 (doze) meses, não chegaríamos aos R$ 20.000,00 (vinte mil reais) no qual se aplicaria o supramencionado princípio.

[72] BRASIL. Orientação nº 3 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

[73] BRASIL. Por dia, 14 pessoas morrem por falta de leitos em hospitais do RJ. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/08/por-dia-14-pessoas-morrem-por-falta-de-leitos-em-hospitais-do-rj-diz-defensoria.ghtml. Acesso em 13 jan. 2019.

Vejamos a seguir que a própria jurisprudência, compreende-se pelos ministros, possui tratamento diferente à respeito do tema, percebe-se, portanto, duas correntes de entendimentos divergentes no que tange a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra administração pública e nos atos de improbidade , são elas a corrente mais conservadora que não assimila a possibilidade de tal aplicabilidade, bem como, em sentido oposto, temos a corrente vanguardista que compreende tal possibilidade.

4.2 Correntes divergentes

Primeiro abordar-se-á a corrente vanguardista no qual tem-se a visão da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos atos de improbidade administrativas contidos na LIA. Para tanto, essa corrente utiliza-se dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, economia e eficiência para justificar o entendimento de que nem toda conduta do agente tido como ímprobo merece as severas sanções estatais, bem como esta corrente defende que muito embora todos os agentes públicos devem ser regidos pela moral e à ética, o direito penal deve se atentar à tutela dos bens jurídicos que devem ser protegidos e não à ética ou à moral.

Nesse sentido coaduna o entendimento de Bitencourt:[74]

> Questão interessante é a aplicação do princípio da insignificância a determinados crimes, em razão da natureza ou importância do bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, nos crimes contra a Administração Pública, nos crimes de trânsito, ou, quem sabe, nos crimes de tráfico (pequeno) de entorpecentes. A importância, simplesmente, do bem jurídico tem levado significativo segmento jurisprudencial a não aceitar o reconhecimento da insignificância da conduta infracional

[74] BITERCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 24 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 83

> em determinados crimes, v. g., nos crimes contra a administração pública. No entanto, tecnicamente, não há que se fazer essa restrição.

Bem como Fernando Capez:[75]

> Com relação à aplicação desse princípio, nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha, apropriando-se de tais bens. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância.

Para esta corrente, a concomitância entre as instâncias justificam a flexibilidade das penas adotadas, ou seja, como no caso concreto apresentado, à pena sofrida pelo servidor do Senado Federal de advertência, bem como o lançamento de "faltas injustificadas", alcançando o desconto financeiro em seus vencimentos, justificam a não perquirição na esfera penal, já que o referido servidor já obteve uma sanção proporcional ao delito cometido por ele, obtendo, portanto, um caráter educacional para aquela sanção imposta ao agente público ímprobo.

Em concordância com esta corrente, a seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DA IGREJA DE SÃO JORGE, EM SANTA CRUZ, BAIRRO DA PERIFERIA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE, PARA CONFIGURAR-SE IMPROBIDADE, NOS CASOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PROBATÓRIA CONSISTENTE, DE MODO A SUPORTAR JUÍZO CONDENATÓRIO QUANTO ÀS IMPUTAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO LÍCITO, DANO AO ERÁRIO E CONDUTA DOLOSA DO AGENTE.

[75] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 76

> RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO. […] 3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor, neste caso, trata-se de contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R$ 150.000,00. 4. Recursos Especiais de CÉSAR EPITÁCIO MAIA e STÚDIO G. CONSTRUTORA LTDA, aos quais se dá provimento para afastar suas condenações por improbidade administrativa. (REsp 1536895/RJ. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho. 1a. Turma. j. em 15/12/2015, publicado em 08/03/2016).[76]

Por fim, para aqueles que defendem a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a Administração Pública, bem como no caso de improbidade administrativa, obtêm-se sua máxima nas sanções administrativas com o fulcro de se evitar o gasto exacerbado de recursos públicos, sejam eles físicos ou mesmo financeiros, tal cautela é realizada para impossibilitar que ocorra toda a movimentação da máquina estatal e, consequentemente, o dispêndio dos escassos recursos.

Doutra feita, uma corrente em pensamento contrário ao já exposto, possui uma grande força no âmbito dos tribunais superiores. A corrente conservadora, por sua vez, entende que o princípio da insignificância não deve ser aplicado aos crimes

[76] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial. REsp 1536895/RJ.3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno [...]. Recorrente: César Epitácio Maia. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15 de dezembro de 2015. disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55852184&num_registro=201500324197&data=20160308&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 02/04/2019.

cometidos contra administração pública e/ou improbidade administrativa, tendo em vista que os agentes ímprobos lesam a moralidade pública e neste aspecto não se é possível dimensionar os danos causados ao bem tutelado, motivo pelo qual não se pode aplicar o princípio da insignificância.

Fernando Capez[77] escreve que:

> Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica com relação a não aplicação da insignificância nos crimes contra a administração pública, entendendo que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal é a moralidade administrativa, sendo esta insuscetível de valoração econômica. Nesse sentido, o julgado HC 310.458/SP, datado de 6 de outubro de 2016.

Para Rodrigo Janot Monteiro de Barros[78]:

> Nessa linha de raciocínio, é preciso assertar que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme para afastar a aplicação do princípio da insignificância em crimes que, por sua natureza, representam o menosprezo de agentes públicos na condução de suas funções e em detrimento da sociedade ou que, em outras palavras, possuem grande capacidade de conspurcar o meio social. Por isso é que o princípio da insignificância não é, em regra, acolhido por aquela Corte Superior, quando em julgamento os crimes previstos no Decreto-lei 201, de 27.02.1967, ou aqueles praticados contra a Administração Pública, ainda que de pouca monta sejam os valores envolvidos nas condutas.

Portanto, para esta corrente doutrinária o agente público deve zelar dos interesses da sociedade com toda benquerença que possa existir, já que no mínimo deslize ele deve ser punido severamente, independentemente do dano ou prejuízo causado à Administração Pública.

[77] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 77

[78] JANOT, Rodrigo. Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro. Forense. 2016. p. 335.

Neste pensamento, não se admite a quantificação de danos causados já que eles são diretamente à princípios, como o já elencado princípio da moralidade administrativa ou pública, que possui um valor imaterial e por este motivo não se admite a aplicabilidade do princípio da insignificância.

E nesse sentido perdurou por muito anos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se observar:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA CRIMES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. REVOLVIMENTO DA PROVA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. (STJ – AgRg no Ag 1320840/MS. Rel. Arnaldo Esteves Lima. 5a. Turma. j. em 14/12/2010. Publicado em 02/02/2011).

Todos os atos que contrariem a lei, são considerados como imorais e não há como se medir tal ofensa, por tanto aquele agente público que cometer tais ilegalidades deverá arcar com as penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Diante o exposto, passa-se as considerações finais do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que a corrupção é um crime que vem gerando diversos males à sociedade brasileira, motivo pelo qual este mal terá que ser desenraizado do cunho de nossa Administração Pública tendo em vista o seu grande potencial lesivo à sociedade em sua totalidade. O Ministério Público Federal aponta um desvio de cerca de R$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) por ano por esquemas de

corrupção, o que provoca no âmbito nacional diversos efeitos nocivos, já que a falta de recursos congela todo o potencial estatal de promover todos os investimentos e incentivos que sociedade tanto anseia.

Para tanto, o direito em sua evolução histórica possui o dever de proteção ao cidadão, mesmo que esta proteção seja feita através da preservação da máquina estatal, ou seja, de forma indireta. Para tal apreço, nossa Carta Magna visa dizer os ditames aos quais nosso Estado irá se comportar, bem como nossos agentes públicos, trazendo aos seus agentes a aplicação de diversos princípios já estudados neste trabalho.

Neste contexto, percebe-se que por mais que os agentes públicos sejam regidos por todos os princípios constitucionais, sejam expressos ou não, no âmbito de suas atividades, pode ocorrer a possibilidade de deslizes em sua conduta pública que acarretaram atos de improbidade administrava, contudo, verifica-se, hoje, uma maior maturidade de nosso Poder Judiciário no reconhecimento de que nem todos os atos ímprobos, que muito embora sejam típicos, causam prejuízos significantes aos bens jurídicos tutelados, motivo pelo qual o próprio ministério público possa arquivar seus procedimentos, sem ao menos levá-lo à análise judicial.

Nesta esteira, pode-se observar que duas correntes doutrinárias predominam neste aspecto, sejam aqueles que não reconhecem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no âmbito da improbidade e nos crimes contra a administração pública, chamados de conservadores, ou aqueles, chamados de vanguardistas, que defendem a possibilidade de sua aplicação em analogia ao direito penal, admitindo, por sua vez, a exclusão da tipicidade material daquele ato infrator.

Portanto, conclui-se que o simples cumprimento da norma pura a qualquer custo, como defendem os conservadores, parece-me equivocada e desarrazoada, podendo até acarretar maiores danos ao erário público tendo em vista os gastos da movimentação de toda a maquina estatal para investigar, processar e julgar aquele simples caso do exemplo de furto de um clips. Portanto, o princípio da insignificância deve ser aplicado aos atos de improbidade administrativa.

E neste sentido se faz presentes as próprias sanções administrativas que a própria Administração Pública poderá aplicar aos seus agentes públicos, desde que não fira o princípio da proporcionalidade, já que no âmbito penal as penas não seriam tão severas. Por isso o tratamento dado pela Administração Pública aos seus agentes públicos ímprobos deve-se resguardar do princípio da proporcionalidade e razoabilidade não atingindo patamares maiores do que seriam aplicadas na esfera penal, tendo em vista o seu cunho de natureza sancionadora.

Ademais, percebe-se uma profunda alteração nos entendimentos de nossos julgadores dos tribunais superiores, ao ponto de se conceder na prática a aplicabilidade do princípio da insignificância nos atos de improbidade administrativa, mudando completamente seu entendimento anterior. Portanto, diante desta severa mudança, a discussão sobre o tema não se encontra de forma alguma encerrada, já que nos casos concretos não se vê uma jurisprudência uníssona, ao ponto de se afirmar ou não se o princípio da insignificância deve ser aplicado.

Neste ínterim, evidencia-se o acompanhamento doutrinário e, principalmente, das instâncias superiores aos diversos casos de improbidade que nosso Poder Judiciário recebe, trazendo à tona esta discussão para a sociedade

compreender o que acontece em nosso país e concebendo a possibilidade de acompanhar e participar ativamente no âmbito de nosso Poder Judiciário.

Por fim, como contribuição acadêmica, sugere-se a criação de enunciados sumulares a respeito do tema, impossibilitando, por sua vez, um maior assoberbamento da máquina estatal, evitando-se a criação de milhares de processos e procedimentos fadados ao fracasso. Da mesma forma, sugere-se ao Ministério Público Federal a exclusão da Orientação nº 3 da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do Ministério Público Federal, tendo em vista que é um desrespeito ao cidadão brasileiro que recebe apenas um salário mínimo por mês de árduo trabalho, a faculdade de um Procurador da República arquivar um procedimento pautando-se exclusivamente no montante do prejuízo ao erário, ou que apenas modifique este quantitativo, já que estes R$ 20.000,00 (vinte mil reais) não representam a insignificância para a grande maioria das famílias brasileiras.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

ALEXANDRE, Ricardo, João de Deus. Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. 12. ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2018.

BITERCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e

à propriedade, nos termos seguintes: [...] §31 [...] A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica; Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 13 janeiro. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros Art. 1º Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública [...]; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso. 27 nov. 2018.

BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso: 23 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 1 jan. 2019.

BRASIL. Histórico do Ministério Público no Brasil. Disponível em: http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. Súmula 589. Terceira Seção. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27589%27).sub. Acesso em: 10 de jan. 2019.

BRASIL. Súmula 599. Corte Especial. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.Acesso em: 10 de jan. 2019.

BRASIL. Orientação nº 3 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Por dia, 14 pessoas morrem por falta de leitos em hospitais do RJ. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/08/por-dia-14-pessoas-morrem-por-falta-de-leitos-em-hospitais-do-rj-diz-defensoria.ghtml. Acesso em 13 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial. REsp 1536895/RJ.3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno [...]. Recorrente: César Epitácio Maia. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 15 de dezembro de 2015. disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55852184&num_registro=201500324197&data=20160308&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 02/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp 1761768/SP. II - Outrossim, Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas [...]. Agravante: Halysson Teves dos Santos. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC

&sequencial=88182651&num_registro=201802167568&data=20181003&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp 1398288/PI. 1. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal [...]. Agravante: Ministério Público do Estado do Piauí. Agravado: José Marcelo Neuton Chaves. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93453729&num_registro=201803030532&data=20190409&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC 101349/MG. 1. A lei penal não deve ser invocada para atuar em hipóteses desprovidas de significação social, razão pela qual os princípios da [...]. Recorrente: Lucas Marques de Miranda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 de setembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87907750&num_registro=201801937170&data=20181001&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 112388/SP. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. Paciente: Antônio Carlos de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de agosto de 2012. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus. HC 141500/SP. O tráfico, pouco importando a quantidade da substância entorpecente, é crime que não viabiliza a observância do princípio da insignificância. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 390579. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13 de novembro de 2018. Disponível em:

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246201. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 84.412/SP. O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, [...]. Paciente: Bill Cleiton Cristovão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%2884412%2ENUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mrhstql. Acesso 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso em Habeas Corpus. RHC nº 66.869. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, [...]. Recorrente: Clenilton Vieira Rigonato. Recorrido: Ministério Pùblico Federal. Brasília, 17 de junho de 2014. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...em...rhc-66869.../inteiro-teor-103070400. Acesso 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4467 MC/DF. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042. Acesso 23 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG.REG.HC 139738 AgR/MG. 2. Furto simples de blusa de frio, marca Adidas, no valor de R$ 99,00. Agravante: Alysson Daniel Alves. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 08 de junho de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747676716. Acesso em: 13 jan. 19.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal 1: parte geral. 22. ed. São Paulo. Saraiva. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31.ed. São Paulo: 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

JANOT, Rodrigo. Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro. Forense. 2016.

JUNQUEIRA, Gustavo. Manual de Direito Penal: parte geral. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral 1. 12. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2018.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 12.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:625279. Acesso: 23 nov. 2018.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo. Malheiros. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018.

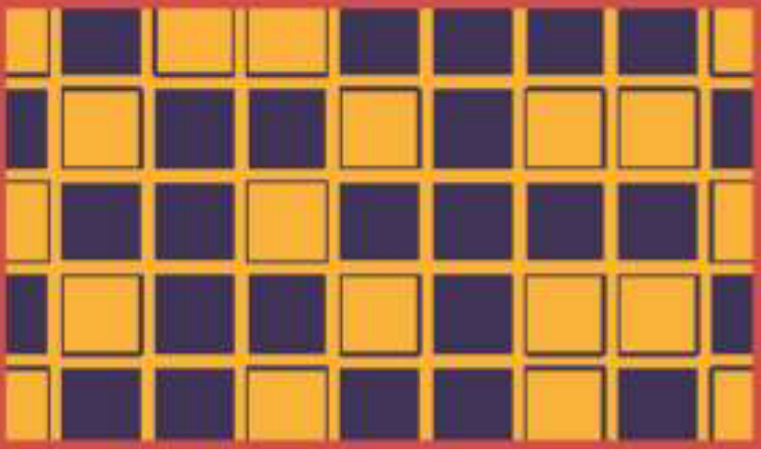
OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo: MÉTODO. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2018.

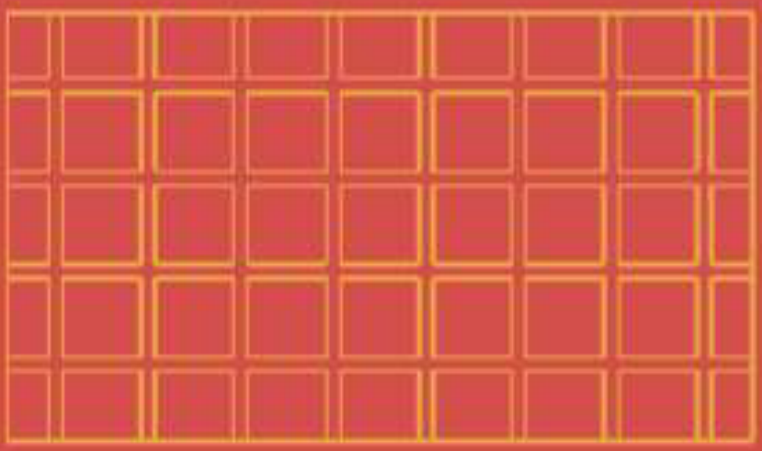
PACELLI, Eugênio. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário



CEUB

SINDICALISMO BRASILEIRO PÓS FIM DO CARÁTER COMPULSÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Cintia Alves da Silva Pinto

RESUMO

O presente trabalho analisa as alterações advindas com a Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, no âmbito do direito coletivo, principalmente no que diz respeito ao fim do caráter compulsório da contribuição sindical e as perspectivas do sindicalismo brasileiro. O objetivo principal da presente pesquisa é aprofundar o estudo sobre as perspectivas que se colocam para as entidades sindicais diante do fim do caráter compulsório da contribuição sindical. Para se chegar a esse objetivo principal se faz necessário analisar o sistema sindical brasileiro, sua estrutura, funções, fontes de custeio e as alterações no direito coletivo advindas com o a Reforma Trabalhista. Ainda se faz necessário analisar a relação da liberdade sindical e da contribuição sindical de caráter compulsório, o julgamento das ações de declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade impetradas perante o Supremo Tribunal Federal, e as alterações advindas com a MP 873/19. Para tanto foi adotado o método de pesquisa de revisão bibliográfica. Conclui-se que o fim do caráter compulsório se fez necessário para que os sindicatos saíam da zona de conforto em que se encontram e passem a representar seus respectivos representados. Essa alteração está de acordo com a Constituição Federal de 1988 e com os entendimentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). No entanto, além de se proceder com os cortes das verbas compulsórias, deve ser feita uma verdadeira reforma no sistema sindical brasileiro, visando a plena liberdade sindical, tal como a substituição da unicidade pelo pluralismo sindical.

Palavras-chave: Sindicato. Contribuição Sindical. Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Liberdade Sindical.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da defesa dos direitos trabalhistas, as organizações sindicais possuem um papel importantíssimo, visto que os trabalhadores apenas ganham corpo, estrutura e potência de sujeito coletivo por intermédio dessas organizações associativas de cunho profissional, e é, a partir delas que conseguem empreender esforços adequados para manutenção de direitos já conquistados, assim como para a aquisição de novos direitos trabalhistas.

O Brasil vive uma terrível crise, a qual abrange dimensões moral, política, econômica, financeira e social. Em virtude da insegurança que esse contexto gera, assistimos frequentemente à altos índices de inflação, demissões em massa, falências de empresas e desemprego. E como forma de enfrentamento a essas questões o que se ver são desmontes de direitos dos cidadãos brasileiros, tal como a flexibilização da legislação trabalhista, com o argumento de que isso gerará mais empregos, diante da diminuição dos custos para os empregadores.

A Lei 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, entra em vigor nesse contexto de crise, sendo tratada como resposta a alguns dos problemas que a sociedade enfrenta. A referida lei alterou aspectos tanto do direito individual quanto o direito coletivo.

Para fins do presente trabalho, faz-se necessário realizar um corte no objeto. Assim, por mais que diversas alterações tenham ocorrido com o advento da Reforma Trabalhista no direito individual, o presente trabalho se limitará a tratar das alterações que ocorreram no âmbito do direito coletivo, tais como, a não obrigatoriedade das homologações das rescisões dos contratos de trabalho de empregados com mais de um ano de serviço pelos sindicatos, e o fim do caráter compulsório da contribuição sindical.

Será dada ênfase principalmente ao fim do caráter compulsório, a qual anteriormente à lei citada era devida por toda a categoria profissional independente de filiação ou autorização, para, posteriormente, seguir-se a análise das perspectivas do sindicalismo brasileiro diante do novo contexto. Assim, para a realização do presente estudo será feita uma revisão bibliográfica, visando uma melhor compreensão do atual sindicalismo brasileiro.

Inicialmente, importa esclarecer que tendo em vista as conjecturas e particularidades dos sindicatos patronais, dos obreiros, dos sindicatos representantes dos trabalhadores do serviço público e da iniciativa privada, fez-se necessário, para fins dessa pesquisa, outro corte no objeto. Dessa forma, o presente trabalho terá por objeto apenas os sindicatos dos obreiros da iniciativa privada.

No primeiro capítulo deste trabalho será desenvolvida brevemente a conceituação dos sindicatos, seu histórico global, de maneira mais detalhada seu histórico no Brasil e as funções que exercem. Também será abordada a organização sindical brasileira e as suas características, ressaltando que no Brasil o sindicalismo é organizado, de maneira geral, com base nas categorias econômicas e profissionais e que existem duas estruturas sindicais que se encontram acima dos sindicatos, que são as federações e confederações, e as centrais sindicais. Ainda no primeiro capítulo será feita uma análise da autonomia dos sindicatos em relação ao poder público e sobre a unicidade sindical, além de descrever as existentes formas de custeio que podem se valer os sindicatos.

No segundo capítulo, será feita uma análise das alterações advindas com a Lei 13.467/2017 no âmbito do direito coletivo do trabalho, tais como, a desnecessidade da homologação sindical na rescisão contratual de empregados com mais de um ano

de serviço; quitação anual das obrigações trabalhistas pelos sindicatos; desnecessidade de autorização prévia da entidade sindical para dispensas coletivas; definição das matérias passíveis de celebração de convenção e acordo coletivo, e prevalência do negociado sobre o legislado; possibilidade de negociação direta ente o empregador e o empregado hiperssuficiente; celebração de acordo de banco de horas por acordo individual e escrito sem necessidade da presença do sindicato; acordo individual para pactuação da compensação da jornada mensal; criação da comissão de representação dos empregados; e, por fim, sobre o fim do caráter compulsório da contribuição sindical, principal objeto do presente trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, será explorada a questão da liberdade sindical e a contribuição sindical no Brasil, posteriormente será feita uma análise do julgamento das ações de declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade sobre o fim da contribuição sindical impetradas no STF, em seguida serão tecidas considerações sobre as alterações advindas com a MP nº 873/2019 e por fim serão abordadas as perspectivas do sindicalismo brasileiro diante do fim do caráter compulsório da contribuição sindical.

Destarte, não é pretensão perpetrar a análise esgotada deste assunto e ostentar soluções. Tem-se apenas a intenção de aprofundar o estudo sobre os sindicatos, as alterações no direito coletivo a partir da entrada em vigor da Reforma Trabalhista e sobre as perspectivas que se colocam para as entidades sindicais com o fim do caráter compulsório da contribuição sindical.

2 ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA

Os sindicatos nasceram com o intuito de obter, por meios de conflitos e negociações, a melhoria das condições de trabalho (CASSAR, 2017). Segundo Delgado (2017, p. 1511):

> sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), datada de 1943, por mais que não aduza explicitamente a definição do que seriam os sindicatos, disciplina no art. 511 que são lícitas as associações "para fins de estudos, defesa e coordenação" dos interesses econômicos ou profissionais dos empregadores, empregados, agentes, trabalhadores autônomos ou profissionais liberais que exerçam "a mesma atividade, ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas" (CERDEIRA, 2017).

Para robustecer a análise sobre o fim da Contribuição Sindical Compulsória com o advento da Reforma Trabalhista e as consequências para os sindicatos, faz-se necessário realizar uma análise pontual do histórico dos sindicatos no mundo, do histórico do sindicalismo no Brasil, das suas funções, da sua estrutura hoje existente no país, e das suas receitas sindicais.

Sabe-se que os sindicatos foram criados no contexto de desenvolvimento da Revolução Industrial como forma de reação e enfrentamento à exploração que vinham sofrendo os trabalhadores pelos detentores dos meios de produção. Considera-se que são produtos da sociedade capitalista e que foram criados a partir do momento que os trabalhadores constataram que lutar de forma conjunta com seus pares, que possuíam interesses muito semelhantes, aumentariam suas forças e

possibilidades para alcançar melhores condições de trabalho, de salário e consequentemente de vida.

No entanto, é indiscutível que mesmo antes da Revolução Industrial, existiam organizações de trabalhadores que muito se assemelhavam com os sindicatos, tais como as Corporações de Roma, as Guildas que foram criadas na Inglaterra e na Alemanha no século VII, os Grêmios na Espanha e os Ofícios em Portugal (CERDEIRA, 2017).

Importa ressaltar que a linha de evolução do sindicalismo contemporâneo não é simétrica, tendo o movimento sindical percorrido um longo caminho até ser reconhecido. O reconhecimento pelo Estado não se deu de forma benevolente, na verdade, este se viu compelido diante da força que as organizações vinham demonstrando e tinha como estratégia, reconhece-los para que pudessem submetê-los a pequenos, mas existentes, meios de controle. Ao longo da história, ocorreram rupturas antidemocráticas que comprometeram avanços significativos alcançados em prol dos trabalhadores.

A OIT, criada em 1919, teve grande importância no desenvolvimento e consolidação dos sindicatos. Em 1948, editou a Convenção nº 87, a qual foi adotada na Conferência de São Francisco (1948), tratando sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização. Melek (2017) afirma que com a criação da OIT têm-se o fenômeno de constitucionalização do direito do trabalho. Assim, após os períodos nazi-fascistas e corporativistas que marcaram o mundo, o direito sindical ganha forças e reconhecimento jurídico.

Também reforçaram a importância e força das organizações sindicais: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, a qual prevê

expressamente no art. 23, §4º que "todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses"; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), no seu artigo 22, onde afirma que "1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses"; e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), no seu artigo 8º quando afirma que "Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir: a) o direito de toda pessoa de funda com outras, sindicatos e de filiar-se aos sindicatos [...]" (SANTOS, 2003, apud CERDEIRA, 2017).

Assim, é importante ressaltar que o direito sindical é um valor a ser almejado por toda a sociedade, pois se traduz no próprio exercício da democracia. A evolução dos sindicatos nos países capitalistas centrais reflete que conforme as sociedades se democratizam, reconhecendo e resguardando os direitos, as entidades sindicais também se desenvolvem e adquirem forças (MELEK, 2017).

2.1 Histórico dos Sindicatos no Brasil

No Brasil, o surgimento e desenvolvimento das entidades sindicais ocorreram mais tardiamente quando comparados aos países capitalistas centrais devido as próprias particularidades do país, tais como descobrimento posterior e vigência do regime escravocrata até o ano de 1888.

Antes mesmo da independência (1822), elementos históricos demonstram que existiam as denominadas Confrarias, as quais possuíam natureza administrativa e finalidade religiosa, além das Corporações de Ofício, que eram polos de proteção e interesses dos trabalhadores, tais como créditos e previdência. Não havia, no

entanto, um movimento de trabalhadores robusto e bem estruturado (CERDEIRA, 2017).

A Constituição Imperial de 1824, no seu art. 179, § 25, tendo como base o espírito do liberalismo advindo da Revolução Francesa, aboliu as existentes "corporações de ofício, seus juízes e mestres", consagrando a chamada liberdade de trabalho, sem a presença de intermediários. (BRASIL, 1824). Neste período o que existiam eram as instituições assistenciais.

Este cenário se altera com o advento da Constituição de 1891, que consagra o direito de associação de maneira ampliada, pois por mais que não tenha disposto expressamente sobre as entidades sindicais, acabou possibilitando a criação dos mesmos ao prever o direito de associação no seu art. 72 (BRASIL, 1891).

No início do século XX, segundo Cerdeira (2017), no Brasil, por mais que vigorasse a ordem liberal no país, onde o Estado não intervêm no mercado, pois este é regulado pela mão invisível, já era possível discutir publicamente o significado do sindicalismo e a necessidade e importância dos movimentos operários, o que não havia era uma organização claramente definida.

Segundo Nascimento (2015), os movimentos sindicais no Brasil ganharam corpo e força com a chegada da doutrina anarcossindicalista trazida pelos imigrantes italianos, doutrina que possuía como fundamento o sindicalismo revolucionário, o qual contestava o Estado, as autoridades e as leis.

Com a edição do Decreto-lei n. 979 de 06/01/1903, visando fortalecer o setor agrícola que sofria com o fim da escravidão, passou-se a estimular o associativismo, possibilitando expressamente a criação de sindicatos rurais. Em seguida, o Decreto nº 1.637 de 05/01/1907, possibilitou expressamente a criação de cooperativas e

estendeu o direito de criação dos sindicatos a todos os trabalhadores, surgindo assim, vários sindicatos urbanos, no entanto, até este momento com pouco poder de pressão (CERDEIRA, 2017).

Antes de 1930 os trabalhadores exerciam manifestações incipientes e esparsas dos seus direitos. As regras e instituições trabalhistas ainda eram esparsas e incipientes, como também o era o próprio sindicalismo. Não existiam regras, institutos e princípios que lhe conferissem autonomia. Fato que era compreensível, visto que o país, voltado basicamente para agroexportação, tinha extinguido a escravatura a pouco tempo e o processo industrial, aqui existente, ainda era bastante incipiente e precário.

Em 1930, Getúlio Vargas conquista o poder político e dá início a utilização de um modelo corporativista italiano, pautado no intervencionismo. Segundo Nascimento (2015), o Estado passa a orientar a sua política social na ideologia que integra classes trabalhistas e empresariais, organizando-as em categorias por ele delimitadas, o que se chama enquadramento sindical.

Nesse sentido, Nascimento (2015, p. 106) afirma que o Estado conferiu aos sindicatos

> funções de colaboração com o Poder Público, publicizou a concepção dos sindicatos para que, sob o seu controle, não atirassem, em lutas, com o capital e o trabalho. O governo criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1930), atribui-lhe, como uma das funções, pôr em prática a política trabalhista e administrar a organização do proletariado como força de cooperação com o Estado, e passou a regulamentar, por meio de decretos, direitos específicos de algumas profissões.

Em 1931 foi promulgado o Decreto nº 19.770, intitulado de Lei dos Sindicatos, o qual manteve o corporativismo estatal existente à época, atribuindo aos sindicatos funções de colaboração com o poder público, mantendo o sindicalismo apolítico e voltado para a integração dos trabalhadores. Também concedeu aos sindicatos a representação da categoria tanto para os efeitos jurídicos quanto para os políticos, investindo-os de poderes de autoridade pública, passando a ter prerrogativas típicas do próprio Estado e criou a possibilidade de que os sindicatos realizem convenções e acordos coletivos que, posteriormente, deveriam ser ratificados, pelo então existente, Ministério do Trabalho (NASCIMENTO, 2015).

A Carta Constitucional de 1934 no seu art. 20 estabelecia que "Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei", além disso, o parágrafo único do referido artigo ainda disciplinava que "a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos" (BRASIL, 1934a). Depreende-se uma grande mudança entre a o Decreto nº 19.770/31, totalmente corporativista e essa constituição liberal no âmbito sindical. Ocorre que os representantes sindicais não aprovaram essa mudança, pois argumentavam que a pluralidade sindical foi criada para dissipar e enfraquecer o sindicalismo.

Quatro dias após a promulgação da Constituição de 1934 foi editado um novo decreto sob o nº 26.694/34, o qual mantinha em sua maioria os aspectos da chamada Lei dos Sindicato, previa a autonomia dos sindicatos e o pluralismo. Nascimento (2015) afirma que, teoricamente o sindicato passou a ser uma pessoa jurídica de direito privado, com liberdade de constituição, ação e administração. No entanto, a exigência prevista no art. 5º, II, "a" do Decreto nº 24.694/34, de que o sindicato deveria reunir pelo menos 1/3 dos empregados da mesma categoria profissional na mesma localidade, gerou uma limitação na quantidade de sindicatos existentes em

uma dada localidade e não um número ilimitado de sindicatos como seria em um sistema verdadeiramente pluralista (BRASIL, 1934b). Assim, não foi respeitada, de fato, a autonomia plena dos sindicatos, e o regime vigente não era nem o de unidade sindical nem o de pluralidade, o que foi nocivo ao sindicalismo, visto que o enfraqueceu.

A Constituição de 1937, a qual substituiu ditatorialmente a Carta Democrática de 1934, consagrou definitivamente o princípio da unicidade sindical, subordinando os sindicatos ao Ministério do Trabalho. A adoção do princípio do sindicato único em uma mesma base territorial ocasionou falta de autonomia no que diz respeito a criação dos sindicatos. Mas, para os devidamente reconhecidos, conforme o art. 138 da Constituição de 1937 transcrito abaixo, foi conferido o poder de impor compulsoriamente contribuições sindicais aos seus representados. (NASCIMENTO, 2015).

> Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. (Suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942) (BRASIL, 1937)

Essa previsão constitucional, que confere o poder de impor compulsoriamente contribuições sindicais aos seus representados é o berço da chamada contribuição sindical compulsória que existiu no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 13.467/2017, intitulada de Reforma Trabalhista, fato este, objeto do presente trabalho.

A CLT, criada em 1943, durante a Era Vargas, segue as mesmas orientações constantes na Constituição de 1937. É marcada pelo forte intervencionismo estatal, próprio de seu contexto de criação. Intervenção esta que é sentida, por exemplo, na definição, por parte do Estado, das bases da organização sindical; na proibição de criação em uma mesma base territorial de mais de um sindicato representativo de cada categoria; pelo enquadramento sindical das categorias profissionais e econômicas desenhadas pelo Estado; e pela exigência de carta de reconhecimento sindical expedida pelo Ministério do Trabalho. A CLT também previu nos seus artigos 578 a 610 a respeito da contribuição sindical, evidenciando que a mesma era devida por toda categoria econômica e profissional, independente de associação ou não (BRASIL, 1943).

Sob a vigência da Constituição de 1946, a qual reconheceu o direito a greve, mas manteve o princípio da unicidade sindical, levanta-se importante questionamento sobre a constitucionalidade ou não da Contribuição Sindical, à época intitulado, Imposto Sindical (BRASIL, 1946). Afirmava-se que o liberalismo existente na referida constituição exigia a ruptura com o modelo de sindicato corporativista. No entanto, na época, o existente Tribunal Federal de Recursos decidiu pela constitucionalidade da Contribuição (FINCATO; FELTEN, 2018).

A Constituição de 1967 no seu art. 159, §1º previa também a possibilidade de instituição de contribuições pelos Sindicatos em seu favor ao disciplinar que

> entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas (BRASIL, 1967).

Autorizando assim, que os sindicatos recebessem contribuições das categorias que representava.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 há o aprofundamento e detalhamento dos padrões aceitáveis no âmbito das relações de trabalho e de emprego, tendo como base os pilares da justiça social, da valorização do trabalho e da dignidade humana. Sob à égide dessa Constituição, os direitos sociais tornaram-se prerrogativas inerentes à pessoa humana. Surgem grandes avanços democráticos, tais como o direito de os sindicatos elegerem livremente os seus representantes, organizarem sua gestão e formularem seu programa de ação sem interferência do Poder Público, conforme disciplina o art. 8º, I da CF/88 (BRASIL, 1988). No entanto, no que diz respeito às relações coletivas de trabalho, a mesma previu mecanismos do velho regime, em completa contradição com os ditames democráticos (FINCATO; FELTEN, 2018).

A referida Contribuição Sindical Compulsória existiu até o advento da Reforma Trabalhista em 2017. Tendo sua extinção ocorrido de maneira bastante rápida, como será explorado nos tópicos seguintes, se questiona sobre seus aspectos positivos e negativos para o sindicalismo que afeta os trabalhadores, em sua maioria, a parte mais frágil na relação de trabalho.

2.2 Funções dos Sindicatos

Segundo Nascimento (2015), os sindicatos são organizações representantes dos interesses de um grupo no âmbito das relações trabalhistas, possuindo direitos, deveres, patrimônio, filiados, responsabilidades e estatutos.

Os sindicatos são organizações sociais criadas para, de acordo com o princípio da autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos das relações de trabalho. Por mais que varie sua amplitude, os sindicatos cumprem funções que coincidem de maneira geral: a função de representação, a função de negociação, a função assistencial e a função de arrecadação.

A sua função precípua consiste na representação de suas bases trabalhistas. Assim, devem sempre se organizar para falar e agir em nome da sua categoria, defender seus interesses no plano da relação de trabalho e no plano social.

A Constituição Federal de 1988 enfatiza a função de representação dos sindicatos, ao afirmar no seu art. 8º, III, que aos sindicatos cabe "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judicias ou administrativas" (BRASIL, 1988)

Trata-se de uma função importantíssima, pois muitas são as vezes que os sindicatos pleiteiam o reconhecimento de direito perante o poder judiciário em prol dos seus representados.

Outra função de extrema importância é a função negocial dos sindicatos, a qual muito se relaciona com a representativa, visto que consiste no fato dos entes sindicais buscarem diálogo com os empregadores e/ou sindicatos empresariais para que celebrem instrumentos negociados coletivamente, tais como o acordo e a convenção coletiva, compostos por regras jurídicas que incidirão nos contratos de trabalho das respectivas bases representadas.

Segundo Nascimento (2011), cria-se um direito do trabalho paralegal com o intuito de complementar as normas essenciais deixadas pelo Estado nas leis, assim como para cobrir eventuais lacunas ou negociar aspectos mais favoráveis ao

trabalhador. Essa função de negociação coletiva, prevista no art. 8º, VI da CF/88, no sistema jurídico brasileiro é exclusiva das entidades sindicais, tendo fundamental importância para conquistas de melhorias nas relações de trabalho.

Com a Reforma Trabalhista, essa função adquire uma importância ainda maior, visto que o negociado passa a prevalecer sobre o legislado, além de diversas matérias, que antes não podiam ser negociadas, a partir da lei 13.467/17 podem.

Os sindicatos também possuem a função assistencial, trata-se da obrigação imposta pela lei e pelos estatutos aos sindicatos, para que estes prestem serviços aos seus representados, de forma a contribuir para o desenvolvimento do profissional enquanto ser humano. A CLT disciplina diversas atividades assistenciais que são deveres dos sindicatos, tais como a fundação e manutenção de escolas de alfabetização e pré-vocacionais, prevista no art. 514, parágrafo único, b; a prestação de assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica, prevista no art. 592, mediante o recolhimento da contribuição sindical; a disponibilização de lazer, previsto no art. 592 e de serviços jurídicos, previsto nos arts.500, 513, 514, b. (NASCIMENTO, 2011)

Por fim, Nascimento (2011) ainda afirma a existência da Função de Arrecadação dos sindicatos, por meio da qual o sindicato impõe contribuições, tais como a contribuição confederativa, a contribuição assistencial, a contribuição associativa e a contribuição sindical.

Melek (2017) afirma o importante papel dos movimentos sindicais ultrapassa suas funções típicas, uma vez que representam de maneira ampla os direitos e interesses das categorias. Além disso, é um importante instrumento de tutela e proteção dos trabalhadores, exercendo influência no âmbito legislativo.

2.3 Estrutura Sindical Brasileira

A Constituição Federal de 1988 disciplina no seu art. 8º, inciso I, que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical" (BRASIL, 1988). Mostrando assim, que diferente do que antes ocorria, com o advento da nova carta constitucional, os sindicatos e associações podem ser criados livremente, não cabendo ao poder público qualquer tipo de ingerência sobre os mesmos, havendo apenas a necessidade de registrá-los para que o poder público tenha conhecimento da existência dos mesmos. Também prevê a Constituição Federal de 1988 no artigo 8º, inc. V, que "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (BRASIL, 1988). O que ressalta aqui a liberdade sindical que tanto se esperava quando da criação da nova carta constitucional.

Estabelece também a Constituição Federal de 1988 no artigo 8º, inc. III, que ao sindicato "cabe a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" e no seu inc. VI, que é "obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho" (BRASIL, 1988).

Assim, na atualidade, conforme afirma Nascimento (2015), os sindicatos no Brasil, são pessoas jurídicas de direito privado, que possuem a função precípua de defesa dos interesses coletivos dos membros da categoria que representam, bem como os direitos individuais desses membros, não desempenhando mais as funções delegados pelo Poder Público como ocorria anteriormente.

Quando se fala em sindicatos, podemos ter tanto os sindicatos compostos por empregados, que são chamados sindicatos profissionais ou sindicatos da categoria, como os sindicatos compostos por empregadores, que são comumente chamados de sindicatos patronais ou de sindicatos dos empregadores.

No Brasil, o sindicalismo é organizado, em regra, com base nas categorias econômicas e profissionais, admitindo os sindicatos por profissão apenas como exceção.

Segundo Nascimento (2011), categoria profissional e econômica diz respeito ao conjunto de pessoas de qualquer profissão e de qualquer empresa que exercem seu trabalho em um determinado setor da economia, o qual é definido pela atividade preponderante da empresa. Assim, todos os empregados que trabalham em seguradoras, independentemente da profissão que exercem na empresa, formam uma categoria, que é representada pelo sindicato dos securitários.

Os sindicatos por profissão são aqueles que agrupam todos os que militam em determinada atividade profissional, não importando a empresa em que trabalhem. Nesse caso, todos os motoristas se reúnem num sindicato, os engenheiros em outro, os professores em outro e os médicos em outro.

Já os sindicatos por empresa, que não possui previsão legal no Brasil, são aqueles que reúnem todos os que trabalham em uma dada empresa, pouco importando a atividade que exerçam.

Nascimento (2011) diz que na estrutura sindical brasileira, acima dos sindicados existem mais duas estruturas. A primeira é a oriunda das entidades sindicais, e, é denominada pela legislação brasileira de entidades de segundo grau, que são as Federações e as Confederações.

As Federações, conforme o art. 534 da CLT, são criadas pela junção de pelo menos cinco sindicatos que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas. Já as Confederações, conforme o art. 535 da CLT, são criadas quando da junção de pelo menos três Federações (BRASIL, 1943).

A segunda estrutura diz respeito às Centrais Sindicais, previstas na Lei 11.648/08, que são consideradas "supra categorias" para defesa dos interesses gerais dos trabalhadores, ou seja, não se destinam aos interesses de uma categoria em específico, e sim de todos os trabalhadores, e se constituem por sindicatos que espontaneamente se filiam, sem intermediação das Confederações ou Federações. Prevê o art. 1º da referida lei que as Centrais Sindicais terão como atribuições e prerrogativas:

> I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e
>
> II – participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. (BRASIL, 2008)

Conforme o art. 2º da Lei 11.648/08, para que as Centrais Sindicais possam exercer o previsto acima, deverá haver:

> I - filiação de, no mínimo, 100 (cem) sindicatos distribuídos nas 5 (cinco) regiões do País;
>
> II - filiação em pelo menos 3 (três) regiões do País de, no mínimo, 20 (vinte) sindicatos em cada uma;
>
> III - filiação de sindicatos em, no mínimo, 5 (cinco) setores de atividade econômica; e
>
> IV - filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% (sete por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional.

> Parágrafo único. O índice previsto no inciso IV do caput deste artigo será de 5% (cinco por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional no período de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação desta Lei. (BRASIL, 2008)

Ainda no art. 8º da Constituição Federal de 1988, no seu inciso II, o constituinte estabelece a vedação no que diz respeito a "criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município" (BRASIL, 1988).

Assim, pode-se afirmar que o sistema sindical brasileiro é pautado na unicidade, ou seja, no monopólio da representação sindical por imposição legal, de forma a impedir que os trabalhadores optem livremente pelo sindicato que os representará. Para isso, o Estado determina as bases da organização sindical, proibindo a criação de mais de um sindicato representante da mesma categoria profissional na mesma base territorial. O que configura uma afronta à liberdade sindical preconizada pela Convenção nº 87 da OIT.

Ocorre que a realidade é diferente. Ao contrário do que previsto na lei, surgiu, na prática, uma estrutura sindical plural, tanto nas instâncias superiores, visto que existem cinco centrais sindicais, como nas instâncias inferiores, onde há cerca de dezesseis mil sindicatos, muitos dos quais, de maneira disfarçada, concorrem com outros que representam a mesma categoria em bases territoriais (NASCIMENTO, 2011). Apesar da previsão existente na Constituição Federal, o embate de representação entre as entidades sindicais é inevitável.

Segundo Nascimento (2011), existem sistemas sindicais nos quais em uma mesma base territorial a lei permite apenas um sindicato representante do mesmo grupo, enquanto para outros, é dada a opção de constituição, no mesmo grupo, de mais de um sindicato. O primeiro caso denomina-se unicidade sindical ou sindicato único, que é o sistema adotado pelo Brasil, imposto pelas normas brasileiras. Já o segundo é chamado de pluralismo sindical, sistema adotado pela França, onde não há limitação de sindicatos por categoria profissional na mesma base territorial.

Muitas são as críticas relacionados ao sistema da unicidade sindical, visto que existe uma restrição imposta à livre constituição de sindicatos por aqueles que assim desejam, de forma que os trabalhadores não possuem outras opções, por mais que estejam em desacordo com as diretrizes de determinado sindicato (NASCIMENTO, 2011).

Vale ressaltar, que a unidade sindical, mecanismo pelo qual os sindicatos se unem por opção, para angariarem forças tende a ser mais benéfico ao trabalhador do que a unicidade sindical, que se pauta na proibição de criação de outros sindicatos, tudo por mera imposição legal. Aqueles que defendem o sistema do sindicato único, argumentam que esse sistema proporciona a unidade ao grupo, sua solidez e união, elementos que são indispensáveis para uma boa reivindicação e representação.

A OIT aprovou em 1948 a Convenção nº 87, a qual foi ratificada por mais de 100 países. Segundo Nascimento (2011), essa Convenção disciplina a livre escolha, pelos próprios interessados, do sistema que entenderem melhor para a concretização dos seus interesses, o que dá ensejo a pluralidade sindical, existente na França, na Itália, na Espanha e em vários outros países.

Mesmo com os avanços inaugurados pela Carta de 1988, as marcas do corporativismo, característico do contexto de criação da CLT, ainda persistiram, tais como a obrigatoriedade da unicidade sindical e, até antes da Reforma Trabalhista, o financiamento compulsório das entidades sindicais.

Compreender o sistema de leis sindicais do Brasil é desafiador pois existe contradição entre a lei infraconstitucional, a qual é inspirada na ideia do intervencionismo e a lei constitucional, a qual é inspirada em uma ideia mais ampla de sindicalismo do que a CLT.

2.4 Formas de custeio dos sindicatos

As receitas sindicais, afirma Cordeiro (2017), englobam as seguintes contribuições: contribuição confederativa, contribuição assistencial, contribuição associativa, também intitulada de mensalidade sindical, e a contribuição sindical.

2.4.1 Contribuição Confederativa

A Contribuição Confederativa está prevista no art. 8º, inciso IV da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos: "a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei" (BRASIL, 1988).

Nascimento (2015), afirma que em um primeiro momento, alguns sindicatos abusaram dessa prerrogativa de fixação da contribuição, aprovando valores exorbitante. Neste erro incorrem tanto os sindicatos patronais quanto os sindicatos de trabalhadores, e assim, acabou por gerar uma reação contrária. Surgiu a

necessidade de se introduzir limites a essa liberdade de deliberação da contribuição confederativa pelas assembleias sindicais.

A principal reação teve origem no Poder Judiciário, mais especificadamente no Supremo Tribunal Federal, o qual proferiu decisões que limitavam a cobrança apenas aos sócios dos sindicatos, sendo vedada a cobrança aos não associados.

Nesse mesmo sentido foi editado o Precedente Normativo nº 119 do TST,

> A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. (CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014) (BRASIL, 2014a)

Em relação a essa contribuição foi editada, também, a Súmula Vinculante 40 do Supremo Tribunal Federal, a qual disciplina que "a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo" (BRASIL, 2015)

Segundo Cassar (2017), essa Contribuição é cobrada diretamente pelas Confederações, e caso existam sobras, estas podem ser destinadas às Federações e aos Sindicatos. Assim, Cassar (2017) entende que essa contribuição deve ser facultativa mesmo para os associados, ou seja, cabe ao sindicalizado autorizar esse desconto,

caso contrário o desconto compulsório dessa contribuição acabara por ferir o princípio da proteção salarial.

Com a edição da MP nº 873/19, foi incluído na CLT o art. 579-A (Brasil, 2019a), o qual disciplina de maneira expressa no seu inciso I, que "a contribuição confederativa de que trata o inciso IV do caput do art. 8º da Constituição" só pode ser cobrada dos filiados aos respectivos sindicatos.

2.4.2 Contribuição Assistencial

Essa Contribuição possui fulcro no art. 513, alínea "e" da CLT, o qual disciplina que é uma das prerrogativas dos sindicatos "impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas" (BRASIL, 1943). No entanto, Delgado (2017) afirma que por mais haja essa previsão genérica na CLT, esse recolhimento tem que ser aprovado na respectiva assembleia geral de trabalhadores.

Garcia (2017) afirma que se trata de uma contribuição prevista em sentenças normativas, acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho e que tem por finalidade o custeio das atividades assistenciais dos sindicatos e a compensação dos custos da participação dos mesmos nas negociações coletivas que buscam novas e melhores condições de trabalho para os trabalhadores.

Segundo Cassar (2017) essa contribuição tem como finalidade a prestação dos serviços acessórios do sindicato, como por exemplo, aqueles destinados a finalidades recreativas, serviços odontológicos e serviços médicos, previstos no estatuto de cada sindicato. Na prática trabalhista, essa contribuição recebe outras denominações, tais

como cota de solidariedade, contribuição de fortalecimento sindical e taxa de reforço sindical (DELGADO, 2017).

Cassar (2017) ainda afirma que essa contribuição criada, prevista e regulamentada pelo estatuto do respectivo sindicato ou por meio de assembleia geral, pode ser mensal, bimestral ou até anual, uma vez que esta periodicidade é determinada pelo próprio instrumento que a regulamenta.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem visto como inválida a Contribuição Assistencial quando destinada a trabalhadores não sindicalizados. Nesse sentido há o Precedente Normativo nº 119 do TST, já transcrito acima.

Seguindo a mesma linha de interpretação e entendimento sobre a não cobrança da Contribuição Assistencial de quem seja sindicalizado, há a Orientação Jurisprudencial nº 17 da Seção de Dissídios Coletivos do TST, a qual proclama que

> As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados. (17. CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS. DEJT divulgado em 25.08.2014. (BRASIL, 2014b)

A Lei 13.467/2017, incluiu o inciso XXVI no art. 611-B da CLT, o qual estabelece que é objeto ilícito de Convenção ou de Acordo Coletivo de Trabalho a supressão ou a redução da "liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho" (BRASIL, 2017).

Logo, a Reforma Trabalhista consagra que de fato não poderá haver a imposição dessa contribuição assistencial àqueles que mesmo sindicalizados, optarem por não autorizarem o seu pagamento.

Trata-se de uma contribuição facultativa, dessa forma, o desconto depende de prévia autorização do empregado associado. Cassar (2017) ressalta que a assistência jurídica e judiciária que são obrigações dos sindicatos, são prestadas independentemente da contribuição ou não, e independentemente do fato de ser associado ou não.

Com a edição da MP nº 873/19 (Brasil, 2019a), o art. 579-A na CLT passou a prever no seu inciso III, que as contribuições sindicais instituídas por meio de estatuto do sindicato ou através da negociação coletiva só podem ser exigidas dos filiados ao sindicato. E mesmo em relação aos filiados, em observância ao artigo 545, 578 e 579 da CLT que sofreram alteração com a medida provisória em comento, estes devem autorizar de maneira individual, prévia e expressa o desejo em contribuir.

2.4.3 Contribuição Associativa

A contribuição associativa, também chamada de mensalidade sindical, é a contribuição do filiado ao sindicato, logo, só é devida por aqueles que optarem por se filiar. Segundo Garcia (2017), essa contribuição encontra seu fundamento no art. 548, alínea "b" da CLT, o qual prevê que se trata de patrimônio dos sindicatos "as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembleias Gerais".

Nascimento (2015) afirma que as mensalidades a serem pagas pelos sócios decorrem de previsão no estatuto correspondente, a sindicalização é facultativa, e segue as regras deliberadas pela assembleia do sindicato.

Até antes do advento da MP nº 873/19, o pagamento da mensalidade sindical, de maneira geral, era realizado por meio de desconto na folha de pagamento do empregado sindicalizado.

Com a edição da MP nº 873/19, houve a inclusão do art. 579-A na CLT o qual prevê, no seu inciso II, que a mensalidade sindical só pode ser exigida daqueles que são filiados ao sindicato, e desde que autorizem de maneira individual, prévia e expressa, nos termos dos artigos 545, 578 e 579 da CLT, alterados pela referida medida provisória (BRASIL, 2019a).

2.4.4 Contribuição Sindical

Através do Decreto Lei nº 1.402/1939, o governo de Getúlio Vargas, à época do Estado Novo, instituiu a chamada Contribuição Sindical, regulamentando o art. 138 da Constituição de 1937. Essa Contribuição chegou a ser denominada de Imposto Sindical a partir do Decreto Lei nº 2.377/1940, mas em 1966, através do Decreto nº 27, voltou a se chamar Contribuição Sindical.

Trata-se de uma contribuição inspirada na *Carta Del Lavoro* de Benito Mussolini e que integrou, à época, um projeto de governo que buscava a criação de um Estado forte, marcado pelo intervencionismo e empreendedorismo, mas que também precisa ter controle sobre questões entre capital e trabalho, por isso buscavam trazer as entidades sindicais para mais próximo do Estado (FINCATO; FELTEN, 2018).

À época do Estado Novo, os sindicatos faziam parte do próprio Estado, assim, para que pudessem atuar nas suas funções, as quais eram ligadas aos objetivos públicos, dependiam de prévia autorização do Ministério do Trabalho. Fincato e Felten (2018) afirmam que tendo em vista que nessa época os sindicatos exerciam funções ligadas aos objetivos públicos, de certa forma, havia uma justificativa para que a contribuição sindical fosse compulsória, ou seja, cobrada tanto de trabalhadores associados aos sindicatos, quanto dos não associados.

Em 1943, a CLT, como já dito, previu nos seus artigos 578 a 610 a respeito da contribuição sindical, evidenciando que a mesma era devida por toda categoria econômica e profissional, independente de associação ou não (FINCATO; FELTEN, 2018).

Com o advento da Lei 13.467/2017, para que haja o desconto da referida contribuição é condição *sine qua non* a autorização prévia e expressa de todos aqueles que participam da categoria profissional representada pelo respectivo sindicato.

Trata-se de uma contribuição corresponde à remuneração de um dia de trabalho dos empregados, qualquer que seja a sua remuneração.

Após a entrada em vigor da reforma trabalhista, o art. 582 da CLT previa que os empregadores eram obrigados a descontar a referida contribuição da folha de pagamento daqueles que cumpriram o requisito da prévia e expressa autorização no mês de março de cada ano (BRASIL, 1943). Ocorre que tal dispositivo foi alterado om o advento da MP nº 873/19, assim, essa contribuição não deverá ser feita por meio de desconto em folha de pagamento e sim através de boleto bancário ou

equivalente eletrônico, nos termos do art. 582, caput, da CLT, que teve sua redação alterada (BRASIL, 2019a).

Nos termos do art. 583 da CLT (Brasil, 1943), "o recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano[...]", já dos trabalhadores autônomos e profissionais liberais, será realizado no mês de fevereiro de cada ano, sendo observada a exigência de autorização prévia e expressa.

Os valores monetários arrecadados oriundos da Contribuição Sindical são destinados às entidades sindicais de empregadores e trabalhadores nos seu três graus: aos sindicatos, às federações e às confederações, além de também serem destinados para a Conta Especial Emprego e Salário, a qual é administrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e sendo entidade sindical de trabalhadores, também serão destinados às Centrais Sindicais. Assim, de maneira obrigatória, para que o repasse possa ser feito, os sindicatos dos trabalhadores devem indicar ao Ministério do Trabalho e Emprego, a Central Sindical a qual são filiados.

Em relação a Contribuição dos trabalhadores, segundo o art. 589, inciso II, serão feitos os seguintes repasses: 5% para a Confederação correspondente; 10% para a Central Sindical; 15% para a Federação; 60% para o respectivo sindicato e 10% para a Conta Especial Emprego e Salário" (BRASIL, 1943).

Já em relação à Contribuição Sindical feita pelos empregadores, conforme disciplina o art. 589, inciso I, os repasses serão feitos da seguinte forma: 5% para a Confederação correspondente; 15% para a Federação; 60% para o sindicato respectivo; e 20% para a Conta Especial Emprego e Salário (BRASIL, 1943).

3 IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE OS SINDICATOS

Após abordar os principais aspectos do sindicalismo brasileiro, para que se possa efetuar a análise sobre o fim da Contribuição Sindical Compulsória para o sindicalismo brasileiro, faz-se necessário verificar as alterações na CLT advindas com esta lei.

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, intitulada de Reforma Trabalhista, alterou tanto o Direito Individual quanto o Direito Coletivo de forma significativa, quebrando diversos paradigmas.

A nova lei apresenta um novo Direito do Trabalho, pautado no auto ajuste coletivo e individual. No aspecto coletivo, estabelece possibilidades de regulamentação de condições de trabalho através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, conferindo maior destaque ao acordo coletivo. No aspecto individual, estabelece circunstâncias em que o ajuste individual será suficiente para reger o contrato de trabalho em virtude das características do empregado.

Segundo Castro (2017), a Lei 13.467/2017 colocou em xeque a estrutura sindical brasileira, visto que a atingiu nos seus três pilares centrais: sua organização, tendo em vista a criação de comissões de empregados na empresa sem participação dos sindicatos; o sistema de negociação coletiva, já que aumentou em muito o rol de direitos que podem ser objeto de acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, ao mesmo tempo em que autoriza em determinados casos a realização de acordo individual, sem a obrigatoriedade de presença dos sindicatos; e a sua sustentação financeira, ao retirar o caráter compulsório da contribuição sindical.

Fincato e Felten (2018) afirmam que as entidades sindicais conquistaram mais espaços devido à força dada às negociações coletivas, que tendem a se multiplicar diante da prevalência do negociado sobre o legislado. Ao mesmo tempo, afirmam que não se verifica como ameaça à atividade negocial do sindicato, a negociação individual do trabalhador hiperssuficiente, visto que a quantidade de trabalhadores que recebem pelo menos duas vezes o teto da Previdência Social e possuem nível superior completo, no Brasil, não chega a 5% do total de trabalhadores.

Esse cenário de flexibilizações normativas de direitos e a atribuição de protagonismo aos sindicatos é fruto de uma nova configuração mundial, gerada por crises do emprego e do capital. Assim, a Lei 13.467/2017, propõe a flexibilização e torna a relação de emprego mais próxima da realidade atual, onde se faz necessário negociar. (FINCATO; FELTEN, 2018)

Ressalta-se que essa flexibilização deve ser utilizada, no caso concreto, quando os interesses dos empregados e empregadores forem convergentes e, além disso, deve-se observar a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas, ou seja, as condições mínimas de trabalho devem ser garantidas.

Fincato e Felten (2018) afirmam que essa flexibilização normativa nas relações de trabalho busca a adequação do sistema de produção à realidade modificada pela crise, de maneira que garanta o desenvolvimento econômico, e, em contrapartida, reduza direitos dos trabalhadores.

Antes de explorar os impactos da Reforma Trabalhista sobre os sindicatos e as consequências para o movimento sindical como um todo, importa esclarecer a forma

como se deu a referida Reforma e as justificativas utilizadas para sua elaboração e aprovação.

No dia 23 de dezembro de 2016 foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.787/2016 pelo Poder Executivo. Após o parecer de diversas comissões e análise dos requerimentos pelo Plenário, em 13 de julho de 2017, ou seja, cerca de seis meses e meio após a sua apresentação, o referido Projeto de Lei foi transformado, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, na Lei Ordinária 13.467/2017.

Um dos argumentos presente no parecer da comissão especial destinada a proferir o parecer ao Projeto de Lei 6.787/2016 trazido pelo Deputado Rogério Marinho, relator da comissão, foi a necessidade de se retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, para fortalecer a estrutura sindical brasileira. O relator afirma que a imposição da contribuição sindical à toda a categoria profissional, independentemente de associação ou não, explica a grande quantidade de sindicatos que possuem registro ativo no Brasil, cerca de dezessete mil até março de 2017, enquanto outros países, tais como o Reino Unido, a Dinamarca e os Estados Unidos possuem menos de 150 sindicatos cada um (BRASIL, 2017b).

Segundo Melek (2017), o relatório apresentado pela comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, traz uma série de afirmações sem citar fontes ou estudos que comprovem as afirmações feitas, demonstrando, que, claramente, se baseiam em ideias do senso comum. Para esse autor, trata-se de uma reforma, que busca apenas legitimar um projeto imposto pelo setor produtivo, visando reduzir custos aos empregadores, sem que tenha ocorrido debates e o próprio amadurecimento do tema.

Por mais que a reforma trabalhista se fundamente na necessidade de manifestação livre de vontades através da negociação coletiva e no fortalecimento das entidades sindicais, ela na verdade, restringe a participação dos sindicatos dos trabalhadores, como no que diz respeito à supressão da necessidade de homologação da rescisão contratual no respectivo sindicato do obreiro, e ainda, elimina sua principal fonte de custeio (BIAVASCHI *et al.*, 2019).

Castro (2017) argumenta que com a criação das novas formas de contrato, tais como o teletrabalho, o contrato intermitente e o aumento da terceirização haverá uma redução da quantidade de trabalhadores sindicalizados, cenário este, que pode dificultar ainda mais a sobrevivência dos sindicatos. Caberá às entidades sindicais traçarem estratégias para o enfrentamento dessas questões.

Colombi, Lemos e Krein (2018), afirmam que a reforma trabalhista tem como objetivo ampliar de maneira legal, a flexibilização das relações de trabalho, validando práticas que já existiam no mercado de trabalho do Brasil. Sob o argumento da modernização das relações de trabalho, a Lei 13.467

> retira direitos e chancela uma nova forma de interação entre trabalhadores e patrões baseada na negociação direta de demandas individuais, na secundarização da legislação trabalhista enquanto instrumento de proteção ao trabalhador, no esvaziamento do papel das instituições públicas e no enfraquecimento do movimento sindical (COLOMBI; LEMOS; KREIN, 2018, p. 105).

Importa ressaltar que apenas flexibilizar as normas trabalhistas, não garante que novos empregos serão criados e nem mesmo que os já existentes não se extinguirão. A existência de novos postos de trabalho e a manutenção dos existentes, dependem de todo um contexto econômico e social, enfrentamento da crise que

assola o país e estratégias para o aumento do desenvolvimento econômico do mesmo.

3.1 Alterações advindas com a lei 13.467/2017 e as Entidades Sindicais

Como dito anteriormente, com o advento da Lei 13.467/2017 ocorreram significativas mudanças no que diz respeito a negociação individual e coletiva e a representação dos trabalhadores pelos sindicatos, entre as quais destacam-se:

3.1.1 Desnecessidade da Homologação Sindical na Rescisão Contratual

A referida lei revogou o art. 477, §1º da CLT, o qual condicionava a validade do pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho firmado por empregado com mais de um ano de serviço à assistência do respectivo Sindicato ou à presença de autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

Agora, nos termos do art. 477, CLT, basta que o empregador proceda com a anotação da CTPS, comunique o ocorrido aos órgãos competentes e efetue o pagamento das verbas rescisórias no prazo de 10 dias a contar do término do contrato, não havendo mais a necessidade da homologação da rescisão do contrato de trabalho perante o sindicato do empregado (BRASIL, 1943).

Melek (2017) afirma que essa assistência do sindicato no momento do rompimento contratual era muito importante e útil, visto que esclarecia os direitos e deveres das partes, e contribuía para que se evitasse um futuro litígio, conferindo assim, maior segurança jurídica para as partes. Afirma também que a homologação

pelo sindicato era fundamental pois motivava o empregador a cumprir os prazos e a seguir a lei para pagamento dos haveres devidos, porque se assim não fizesse sabia que o sindicato não iria homologar a rescisão de seu empregado.

A desnecessidade de homologação sindical, ao menos em termos teóricos, poderá gerar um crescimento no ajuizamento de demandas para debate a respeito de irregularidades rescisórias, já que o sindicato perdeu o papel de mediador frente a um eventual conflito em razão da extinção do contrato de trabalho (FINCATO; FELTEN, 2018).

3.1.2 Quitação Anual das Obrigações Trabalhistas

Por outro lado, a lei 13.467/2017, insere na CLT, o art. 507-B, o chamado Termo de Quitação Anual de Obrigações Trabalhistas, que cria a faculdade de empregados e empregadores, seja na vigência do contrato de trabalho ou não, firmarem o referido termo perante o sindicato dos empregados da categoria.

Esse termo deve discriminar todas as obrigações de dar e fazer que foram cumpridas de maneira mensal e deve conter a quitação anual dada pelo empregado, possuindo eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. Ressalta-se que se trata apenas de uma faculdade dos empregados e empregadores, não podendo os sindicatos exigirem essa prática.

Ainda importa esclarecer que a nova Lei não se manifestou no que diz respeito a cobrança de taxa por parte do sindicato para efetuar esse serviço, uma espécie de taxa negocial tendo em vista os sindicatos prestarão um serviço de conferência contábil, podendo ou não dar quitação.

> Então, se por um lado o sindicato deixa de realizar uma atividade ao final do contrato de trabalho, pela qual estava proibido de cobrar pelo próprio texto consolidado, por outro lado recebe uma nova incumbência, livre desta proibição. Incumbe ao sindicato fazer bom uso da nova atividade, a fim de conquistar a confiança dos sujeitos dos contratos de trabalho (FINCATO; FELTEN, 2018, p. 64).

Melek (2017) é crítico no que diz respeito a esse termo, pois acredita que diante do cenário de enfraquecimento dos sindicatos, essa quitação anual virará moeda de troca para contribuições indevidas. Defende que a criação desse termo de quitação é inconstitucional, visto que facilmente poderá ser questionado na Justiça do Trabalho.

Como afirmam Fincato e Felten (2018) no fragmento transcrito acima, diante dessa nova atividade prevista pela Lei 13.467/17, cabe aos sindicatos o seu bom uso, para que assim conquistem a confiança dos trabalhadores e por meio do referido Termo, de fato, confira segurança jurídica às relações de emprego.

O que se questiona é se os sindicatos possuem capacidade suficiente para auxiliar os trabalhadores nos Termos de Quitação Anual, de forma a evitar que esse instrumento seja utilizado para quitar ilegalidades e irregularidades existentes no contrato de trabalho. Acredita-se que os sindicatos deverão contratar profissionais especializados para que assim possam conceder a eficácia liberatória das verbas sem prejuízo para os seus representados.

Ressalta-se que a jurisprudência trabalhista tradicionalmente não recepciona a eficácia liberatória de quitações dadas pelo empregado, principalmente durante o curso do contrato de trabalho, tendo em vista a situação de hipossuficiência que se presume ter. Assim, a assistência efetiva dos sindicatos ao empregado, se justifica

devido a possibilidade de denunciar fatos perante o Ministério Público do Trabalho (FINCATO; FELTEN, 2018).

3.1.3 Dispensas Coletivas: sem necessidade de autorização prévia da entidade sindical

O art. 7º, inciso I, da CF/88 prevê que a relação de emprego é protegida "contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos" (BRASIL, 1988). Não havia na legislação nenhuma distinção entre dispensa individual, plúrima ou coletiva. No entanto, antes da reforma trabalhista, a jurisprudência do TST, no Dissídio Coletivo nº 003909-2009-000-15-00-4, possuía o entendimento de que a dispensa coletiva deveria ser precedida necessariamente de negociação com o sindicato de trabalhadores.

A nova lei também determina que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas são equiparadas para todos os fins, não sendo necessário haver autorização prévia da entidade sindical ou a realização de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação, art. 477-A, CLT (BRASIL, 1943).

Melek (2017) afirma que em sentido oposto do entendimento do TST que fixou a obrigatoriedade da negociação coletiva para dispensa em massa de trabalhadores buscando assim reduzir os efeitos dessas demissões de grande impacto social, a nova lei não estimula que essas condutas sejam evitadas, pelo contrário, facilita que as mesmas ocorram.

Essa alteração retrata mais uma perda de uma importante função dos sindicatos, mas principalmente uma perda de direitos para os trabalhadores, visto

que a exigência de autorização prévia poderia coibir a prática desenfreada de despensas imotivadas.

3.1.4 Definição das matérias passíveis de celebração de Convenção/Acordo coletivo e a Prevalência do negociado sobre o legislado

Ao mesmo tempo, continua válida a disposição constitucional do art. 8, inc. VI da CF/88, que afirma que é obrigatória a participação do sindicato na negociação coletiva do trabalho (BRASIL, 1988).

Disciplina o art. 611 da CLT (Brasil, 1943), que a Convenção Coletiva de Trabalho é um acordo, que possui caráter normativo, através do qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estabelecem condições de trabalho a serem aplicadas nas relações individuais de trabalho. Ainda no seu art. 616, a CLT afirma que os sindicatos, quando provocados, não podem recursar-se a participação na negociação coletiva (BRASIL, 1943).

O §1º, do art. 611, CLT (Brasil, 1943), estabelece que é faculdade dos sindicatos representantes das categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas de sua respectiva categoria econômica, estipulando condições de trabalho que serão aplicadas no âmbito da empresa ou das acordantes relações de trabalho. Acordos estes que sempre prevalecerão sobre eventual convenção coletiva de trabalho, conforme disciplina o art. 620, CLT (Brasil, 1943), alterado pela lei em comento.

Ainda no art. 611-A são estabelecidas as diretrizes para a negociação coletiva, deixando claro que o acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho possuem prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuser sobre:

> I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
>
> II - banco de horas anual;
>
> III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
>
> IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
>
> V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
>
> VI - regulamento empresarial;
>
> VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
>
> VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
>
> IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
>
> X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
>
> XI - troca do dia de feriado;
>
> XII - enquadramento do grau de insalubridade;
>
> XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
>
> XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
>
> XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.
>
> (BRASIL, 1943)

Ainda disciplina esse artigo, no seu §5º, que os sindicatos que participarem da convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho possuem a obrigação de participarem como litisconsortes necessários das ações individuais ou coletivas que busquem anular as cláusulas desses instrumentos.

Já o art. 611-B disciplina quais os direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos por acordo ou convenção coletiva de trabalho, quais sejam:

> I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
>
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
>
> IV - salário mínimo;
>
> V - valor nominal do décimo terceiro salário;
>
> VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
>
> VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
>
> VIII - salário-família;
>
> IX - repouso semanal remunerado;
>
> X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
>
> XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
>
> XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
>
> XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
>
> XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
>
> XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (BRASIL, 1943).

Com o advento da reforma trabalhista, há uma clara delimitação das matérias que podem ser negociadas entre empregados e empregadores e que possuirão prevalência sobre o legislado, conferindo assim maior segurança a acordos e convenções coletivas de trabalho. No entanto, é fundamental que os empregados de fato tenham consciência do que será negociado e dos limites legais impostos, caso contrário, por meio dos instrumentos de negociação coletiva poderão perder direitos historicamente conquistados pela categoria.

Os sindicatos, enquanto representantes das categorias profissionais, possuem um papel importantíssimo diante desse novo cenário, pois devem assegurar que não haja desmonte dos direitos extremamente necessários, conquistados por meio de negociações coletivas.

No que diz respeito a prevalência do negociado sobre o legislado, o relator da comissão destinado a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/16, Deputado Rogério Marinho afirma que não assiste razão às pessoas que afirmam que os sindicatos laborais são fracos e portanto maus negociadores, posto que no dia a dia é possível sim verificar ganho para as categorias através de ações dos sindicatos (BRASIL, 2017b).

O relator Deputado Rogério Marinho no parecer da referida comissão ainda afirma que se faz necessário o fortalecimento da estrutura sindical como um todo, para que assim, as categorias se sintam de fato representadas. Argumenta que

> ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as

> garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídicas às decisões que vierem a ser negociadas (BRASIL, 2017b, p. 27).

Já segundo Esteves (2017), o negociado prevalecer sobre o legislado é apenas outra denominação para a chamada flexibilização do Direito do Trabalho, que quase sempre é motivada por questões econômicas, para preservar o trabalho ou diminuir a judicialização de questões. Ainda afirma que na negociação, o princípio da autonomia da vontade é colocado à prova, pois confronta com décadas de conquistas e melhorias da condição social do trabalho.

Caso um sindicato enfraquecido e com pouco poder de negociação queira reaver questões relacionados ao conteúdo da negociação coletiva perante o Judiciário não poderá. Isso ressalta que os sindicatos devem se reorganizar de maneira a conquistar novamente o seu importante papel de negociação frente aos empregadores e a confiança dos seus representados, para que assim, sigam em busca constante dos direitos dos trabalhadores. Pois caso não consigam de fato fazer prevalecer os interesses dos seus representados, acabarão por prejudica-los cabalmente, já que muitas das matérias tratadas, não poderão ser revisitadas pelo Poder Judiciário.

3.1.5 Possibilidade de negociação direta entre empregador e empregado hiperssuficiente

Antes da reforma trabalhista a CLT estabelecia no seu art. 444 que "as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes

interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competente" (BRASIL, 1943).

A nova lei manteve a regra geral da livre estipulação das relações contratuais do art. 444 da CLT, e acrescentou a esse dispositivo, o parágrafo único, o qual disciplina que o empregado possuidor de diploma de nível superior e que tenha como salário mensal o valor igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá estipular livremente a respeito das suas relações contratuais de trabalho com a mesma eficácia legal e a preponderância sobre os instrumentos coletivos no que diz respeito ao que pode ser objeto de negociação coletiva (BRASIL, 2017a).

Trata-se de uma previsão que também precisa ser analisada com cuidado, visto que, muitas das vezes, por mais que de fato o empregado receba um valor alto de salário e possua diploma de nível superior, na prática não possui liberdade e nem poder para negociar em igualdade de condições com o seu empregador.

3.1.6 Celebração de banco de horas por acordo individual escrito

A nova lei, também, acrescentou ao art. 59 da CLT, o §5º prevendo a possibilidade de pactuação do banco de horas através da celebração de "acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses" (BRASIL, 1943).

Trata-se de uma novidade advinda com a Reforma Trabalhista que veio em sentido contrário ao entendimento do TST disposto na súmula 85, onde se autorizava a instituição do banco de horas apenas por negociação coletiva.

Através dessa negociação coletiva, os sindicatos representantes dos trabalhadores atuavam de maneira direta buscando a melhor solução para os interesses de seus representados, o que não é garantido que ocorra sem a necessidade de participação do sindicato como prevê a Reforma Trabalhista.

3.1.7 Acordo individual para pactuação da compensação da jornada mensal

A Lei 13.467/17 também incluiu no art. 59 da CLT, o § 6º, o qual alarga a compensação de jornada semanal para mensal e permite que essa compensação se dê por acordo individual, escrito e até mesmo tácito (BRASIL, 1943).

A legislação anterior apenas autorizava a referida compensação por meio de acordo individual, escrito, por acordo ou convenção coletiva. Nesse sentido, a Súmula 85, II do TST disciplinava que era válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se existisse norma coletiva em sentido contrário (BRASIL, 2016).

Assim, antes da nova lei, privilegiava-se o acordado entre os sindicatos, o qual levava em conta o contexto e realidade do setor representado. No entanto, com a entrada em vigor da nova legislação, poderá haver o alargamento da compensação da jornada por meio de simples acordo individual tácito, que deverá prevalecer.

3.1.8 Comissão de representação dos empregados

Antes do advento da Lei 13.467/2017, a Constituição Federal de 1988 previa no seu artigo 11 que "nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a

eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direito com os empregadores" (BRASIL, 1988).

Com a inclusão do art. 510-A, CLT, a Reforma trabalhista disciplina de maneira mais detalhada sobre a figura da comissão de representação dos empregados.

Nas empresas com mais de duzentos empregados, passa a ser assegurada a possibilidade de eleição de uma comissão para representar os empregados, buscando assim, promover o entendimento direito com os empregadores.

De acordo com o art. 510-B, CLT, essa comissão terá a atribuição de:

> I - representar os empregados perante a administração da empresa;
>
> II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;
>
> III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;
>
> IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;
>
> V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;
>
> VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;
>
> VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho (BRASIL, 1943).

Na visão de Melek (2017), a criação de uma representação interna com atribuições características de sindicatos afasta a atuação verdadeiramente sindical,

permeada pela autonomia e independência e cria uma representação fácil de ser controlada pelo empregador.

3.1.9 Facultatividade da Contribuição Sindical

A Lei nº 13.467/17 estabelece que as contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representados pelas referidas entidades, sob a denominação de contribuição sindical, que antes possuíam o caráter compulsório, ou seja, era devida por todos os integrantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais no mês de março de cada ano, correspondendo a um dia de trabalho, passarão a ser devidas apenas mediante prévia e expressa autorização dos empregados, conforme disciplinam os arts. 578 e 579 da CLT (BRASIL, 1943).

Anterior à Reforma Trabalhista, o art. 545 da CLT (Brasil, 1943), estabelecia que os empregadores eram obrigados a descontar na folha de pagamento dos empregados as contribuições devidas aos Sindicatos, contanto que autorizados, com exceção da contribuição sindical que independia de qualquer autorização.

A Lei 13.467/17 altera o referido dispositivo para incluir a necessidade de autorização do empregado para que se proceda com o desconto em folha de pagamento.

Com a edição da MP nº 873/19, o artigo 545 da CLT sofreu outra alteração em sua redação, passando a disciplinar que "as contribuições facultativas ou as mensalidades devidas ao sindicato, previstas no estatuto da entidade ou em norma coletiva, independentemente de sua nomenclatura, serão recolhidas, cobradas e pagas na forma do disposto nos art. 578 e art. 579" (BRASIL, 2019a).

A referida medida provisória, também, alterou a forma de recolhimento da contribuição sindical, a qual, sendo autorizada de maneira individual, expressa e prévia, só pode ser feita através de boleto bancário ou equivalente eletrônico e não mais por desconto em folha de pagamento.

É importante dizer que a Reforma Trabalhista também extinguiu a contribuição sindical patronal. Contribuição essa, que em termos de montante era menor quando comparada com a contribuição sindical laboral em razão da base de cálculo pautada no capital social, pela ausência de legislação para atualizar os valores e pelo número menor de contribuintes.

Uma vez autorizado a cobrança, as destinações da referida contribuição permanecem inalteradas, de acordo com o art. 589 da CLT. Assim, diante da autorização prévia e expressa, as confederações, sindicatos, centrais sindicais, federações e o Governo, através da Conta Especial Emprego e Salário, permanecerão recebendo os recursos oriundo da contribuição sindical (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Essa alteração afeta diretamente a atuação dos sindicatos na luta dos direitos dos trabalhadores, visto que a contribuição sindical consistia em parcela significativa da sua renda.

4 O SINDICALISMO BRASILEIRO E O FIM DO CARÁTER COMPULSÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Pode-se dizer que a discussão sobre o possível fim da obrigatoriedade da contribuição sindical conquistou um passo importante no processo nº 465-47.2012.5.15.001, no qual o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas, representante dos eletricitários de 483 municípios paulistas, alegou não ter mais interesse na contribuição sindical compulsória, que no seu

entendimento violava o art. 8º, I da CF/88 e consequentemente os princípios da autonomia e da liberdade sindical, optando pela contribuição negocial, devidamente aprovada em assembleia.

O ministro relator deste processo afirmou que o surgimento de ações judiciais buscando à exoneração do direito de arrecadar a contribuição sindical, revela que a mesma é meio inadequado no âmbito da democracia e tem servido para os sindicatos se apropriarem de valores sem nenhum esforço, sem marcas do associativismo, da real liberdade sindical e da representatividade.

Como dito anteriormente, a Lei nº 13.467/2017 transformou a Contribuição Sindical em facultativa, sendo devida apenas pelos trabalhadores que autorizem de maneira prévia e expressa o desconto da mesma.

A Constituição Federal no artigo 8º, inciso IV e no artigo 149, que tratam sobre a contribuição aos sindicatos, não fazem qualquer menção à obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical. Era apenas a disposição na CLT, desde 1943, que tornava seu pagamento obrigatório (FINCATO; FELTEN, 2018).

Na visão de Garcia (2017) essa obrigatoriedade ocasionava restrição à liberdade sindical prevista na Constituição Federal de 1988, e era incompatível com a Convenção nº 87 da OIT, pois era exigida independentemente da vontade e concordância do trabalhador, e da filiação ou não ao sindicato.

Importa ressaltar que o fim da compulsoriedade não contou com nenhuma regra de transição. A lei aprovada no dia 13 de julho de 2017 entrou em vigou no mês de novembro do mesmo ano. Muito se questiona se diante do pouco tempo de tramitação do projeto de lei, se de fato foram ouvidas as entidades sindicais na profundidade que a questão exige.

Melek (2017) argumenta que essa mudança compromete todo o planejamento financeiro dos sindicatos, visto que não terão mais previsibilidade do quanto arrecadarão e mesmo assim, deverão continuar exercendo normalmente suas funções diante de um contexto de lutas pela garantia de direitos nas convenções coletivas.

4.1 Liberdade Sindical e a Contribuição Sindical no Brasil

Nas palavras de Cassar (2017, p. 1223) a liberdade sindical "é um direito subjetivo público que veda a intervenção do Estado na criação ou funcionamento do sindicato".

A liberdade sindical é um direito conquistado historicamente através de lutas de grupos de trabalhadores e que possui previsão internacional. A OIT através da sua Convenção nº 87, em 1948, estabeleceu regras gerais a respeito da liberdade sindical e sobre a proteção do direito de sindicalização. No seu artigo 2º estabelece que os trabalhadores e empregadores possuem o direito de constituir organizações sem necessidade de autorização prévia, o que demonstra a não ingerência do Estado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1948). Por mais que essa Convenção não tenha sido ratificada pelo Brasil, é uma das mais importantes e fundamentais da OIT.

A Constituição Federal de 1988 disciplina no seu art. 8º sobre a liberdade sindical, no que diz respeito a autonomia dos sindicatos em relação ao Estado. Prevê o inciso I, do referido artigo, que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical" (BRASIL, 1988).

Assim, afirma Almeida (2018), os sindicatos deixaram de exercer a função delegada do Poder Público, como estava previsto nos textos constitucionais anteriores e passaram a ser pessoas jurídicas de direito privado. Para o referido autor, essa é a primeira perspectiva da liberdade sindical: a autonomia que os sindicatos possuem frente ao Estado. Autonomia essa que se traduz na liberdade que as entidades sindicais possuem para se organizarem como desejarem, sem a interferências.

No sentido contrário, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 8º, inciso II, não deu seguimento à liberdade sindical ao disciplinar sobre a unicidade sindical, e não sobre a sua pluralidade, vedando a criação de mais de uma entidade sindical, representante de uma mesma categoria profissional ou econômica, no âmbito de uma base territorial, definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser menor que a área de um Município. Na mesma linha, no art. 8º, inciso III, previu a forma da representação por categoria, ao invés da representação democrática dos trabalhadores filiados às organizações sindicais (BRASIL, 1988).

Ainda segundo Almeida (2018), a unicidade sindical e a representação por categoria, são incompatíveis com o art. 2º da Convenção nº 87 de 1948 da OIT, de onde se extrai que a ideia de pluralidade, é um requisito para a verdadeira liberdade sindical. Ainda afirma que essas características previstas na Constituição são formas antidemocráticas e impostas pelo Estado de modelo de organização sindical e vinham sendo incentivas até a edição da Lei 13.467/2017 pela contribuição sindical compulsória, prevista no art. 8º, inciso IV da CF/88, devida por toda a categoria profissional.

Com essas características, Almeida (2018) afirma que o modelo dos sindicatos profissionais brasileiros era o "semicorporativista", caracterizado por uma estrutura administrativa robusta, complexa e endinheirada em razão da considerável contribuição sindical arrecadada todos os anos de forma compulsória dos trabalhadores, sem que estes fossem, em sua maioria, filiados aos mesmos.

Garcia (2017) afirma que a Contribuição Sindical deixou de ter natureza tributária, por não ser mais compulsória e a passou a ter natureza predominantemente privada, uma vez que o valor não pertence apenas aos sindicatos, uma parte também é direcionada ao poder público, ou seja, à Conta Especial Emprego e Salário, administrada pelo Ministério do Trabalho que integram os recursos do chamado Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Melek (2017) também afirma que parte considerável da doutrina defendia que a contribuição sindical não deveria ser compulsória, visto que se tratava de uma contradição à liberdade de sindicalização e à democracia, marca herdada do sistema corporativista. O relator da Comissão destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 (Brasil, 2017b), Deputado Rogério Marinho, argumenta que o fim da contribuição sindical compulsória contribuirá para que os sindicatos intitulados de fachada acabem, fortalecendo com isso, a estrutura sindical brasileira. Logo, tratam-se de argumentos distintos.

O sindicato profissional no Brasil, diante da receita certa que recebia, deixava de lado o seu papel de reivindicar direitos para os trabalhadores perante às empresas e ao Estado, e investia apenas em assistencialismo, visto que era útil para perpetuar as diretorias sindicais no poder. Tratava-se de um sindicalismo pouco representativo

nos locais de trabalho e sem maiores preocupações com a aplicação e eficácia da legislação trabalhista e das convenções coletivas de trabalho (ALMEIDA, 2018).

Importa dizer que esforços foram feitos buscando alterar esse modelo sindical "semicorporativista". Almeida (2018) traz como exemplo, o esforço junto ao Conselho Federal da OAB, onde se buscou que fossem realizadas audiências públicas, em razão do debate sobre a viabilidade do auxílio do envio ao Congresso Nacional de proposta de emenda constitucional para a aprovação da Convenção nº 87 de 1948 da OIT, e que dessa forma, fossem afastas sas circunstâncias antidemocráticas da unicidade sindical, da representação por categoria profissional e da compulsoriedade da contribuição sindical. Um grupo de militantes, com a participação de Almeida, formulou pedido nº 2007.29.01997-01 perante ao Conselho Federa da OAB, o qual foi rejeitado, tendo como fundamento se tratar de matéria fora da competência do Conselho.

De fato, a contribuição compulsória era fundamental para os sindicatos, no que diz respeito à sua manutenção, mas ao mesmo tempo, diante da verba certa que recebiam, os mesmos estavam acomodados no que tange à sua função.

4.2 Julgamento das ações propostas perante o STF (ADIs e ADC) sobre o fim da Contribuição Sindical Compulsória

Com o fim do caráter compulsório da contribuição sindical, os sindicatos em um primeiro momento recorreram ao judiciário a fim de obter a declaração de inconstitucionalidade das referidas alterações.

Foram ajuizadas no STF diversas ações de declaração de inconstitucionalidade e uma ação de declaração de constitucionalidade sobre o fim

da compulsoriedade da contribuição sindical, em especial sobre as alterações feitas nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT.

Nos dias 28 e 29 de junho de 2018, o STF julgou a ADI 5794, de autoria da Confederação do Trabalhadores em Transporte Aquaviário, onde as partes requerentes pleiteavam a declaração de inconstitucionalidade das normas advindas com a Reforma Trabalhista, por violação dos artigos 146, II e III, 149 e 150, §6º da CF/88 (BRASIL, 2018c). Foram apensadas a essa ADI, outras 17 ADIs e uma ADC:

- ... ADI 5810 de autoria da Central das Entidades de Servidores Públicos;
- ... ADI 5811 de autoria da Confederação dos Trabalhadores de Logística;
- ... ADI 5813 de autoria da Federação dos trabalhadores de postos;
- ... ADI 5815 de autoria da Federação dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações;
- ... ADI 5850 de autoria da Confederação dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade;
- ... ADI 5859 de autoria da Confederação Nacional do Turismo;
- ... ADI 5865 de autoria da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil;
- ... ADI 5885 de autoria da Confederação Nacional dos Servidores Públicos Municipais;

- ... ADI 5887 de autoria da Federação das Entidades Sindicais dos Oficiais de Justiça do Brasil;
- ... ADI 5888 de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade e outros;
- ... ADI 5892 de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos;
- ... ADI 5900 de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde;
- ... ADI 5912, de autoria da Federação Nacional dos Trabalhadores em serviços, asseio e conservação, limpeza urbana, ambiente e áreas verdes;
- ... ADI 5913 de autoria da Federação Nacional dos Trabalhadores em serviços, asseio e conservação, limpeza urbana, ambiente e áreas verdes;
- ... ADI 5923 de autoria da Federação Nacional dos Trabalhadores Celetistas nas Cooperativas no Brasil;
- ... ADI 5806 de autoria da Confederação Nacional dos trabalhadores na atividade profissional dos empregados na prestação de serviços de segurança provada, de monitoramento, ronda motorizada e de controle eletrônico e digital;
- ... ADI 5945 de autoria da Federação Nacional de Guias de Turismo.
- ... ADC 55 de autoria da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV;

A parte requerente sustentou que seria necessário a edição de lei complementar e norma específica para a alteração da regulamentação da contribuição sindical, visto que a alteração da maneira como foi feita, desrespeitou direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, por exemplo, na questão do dever de assistência jurídica que é dever dos sindicatos e sem a contribuição, os empregados ficarão desatendidos. A parte requerente alega ainda que o Estado legislou de maneira abusiva ao extinguir a obrigatoriedade da contribuição sindical, ferindo o princípio da proporcionalidade.

A Suprema Corte Brasileira, por seis votos a três, decidiu pela constitucionalidade do fim da contribuição sindical compulsória.

Foram vencidos nesse julgamento o ministro relator Edson Fachin, a ministra Rosa Weber e o ministro Dias Toffoli, os quais argumentaram em linhas gerais que o regime sindical brasileiro está pautado em um tripé: a unicidade sindical, que se refere a limitação de constituição de um sindicato de uma dada categoria econômica ou profissional em uma determinada área; a representatividade compulsória, que se refere ao fato de que cabe aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses de toda a categoria profissional que representa e não apenas dos seus associados; e a contribuição compulsória, que é a contribuição prevista em lei, a qual era recolhida obrigatoriamente de toda a categoria profissional por meio de desconto em folha no mês de março correspondente a um dia de serviço do ano (BRASIL, 2018a; BRASIL, 2018b).

Argumentaram os ministros que ao se retirar apenas o caráter compulsório da contribuição sindical acabam ferindo o sistema sindical posto na Constituição Federal de 1988. Os três ministros ressaltam que entendem que o sistema sindical

brasileiro não é o melhor, mas alterar apenas um tripé, poderá obstar ainda mais o direito de sindicalização com sede constitucional.

Também afirmaram que essa alteração do caráter da contribuição sindical não poderia ter sido feita através de lei ordinária, dado o caráter tributário que a referida contribuição possui no entendimento dos ministros citados acima, inclusive sendo o entendimento firmando em precedentes anteriores do próprio STF. Argumentam que dessa forma, para sua alteração seria necessária a edição de lei complementar, o que retrata a inconstitucionalidade formal dos dispositivos da Lei 13.467/17 que tratam sobre a contribuição sindical.

Os ministros vencidos também apontam mais uma inconstitucionalidade formal na presente alteração da Contribuição Sindical, uma vez que a sua facultatividade implica em uma clara renúncia fiscal pelo União, já que 10% de cada contribuição é destinada para a denominada Conta Especial Emprego e Salário. Assim, conforme prevê o art. 113 do ADCT, para que se alterasse a referida contribuição é necessário que tivesse feito a estimativa do seu impacto financeiro e orçamentário.

O relator, ministro Edson Fachin (Brasil, 2018a) argumenta que a relevância jurídica e social da matéria é evidente, tendo em vista o volume de ações ajuizadas versando sobre o tema. Defende que há uma grande possibilidade de os sindicatos entrarem em colapso, visto que se manteve a unicidade sindical e a obrigação de representação de toda a categoria e não apenas de seus associados, mas sem o custeio obrigatório para todos.

A ministra Rosa Weber (Brasil, 2018b) afirma que no seu entendimento, tendo em vista que cabem aos sindicatos a representatividade de toda a categoria,

devem sim, ter direito a receberem uma contrapartida, que nos dias de hoje é a contribuição sindical, uma vez que as outras contribuições podem ser cobradas apenas dos associados. Argumenta ainda que essas mudanças afetam diretamente a negociação coletiva e os direitos dos trabalhadores. O que na sua visão é um verdadeiro contrassenso, pois diante da prevalência do negociado sobre o legislado é fundamental que os sindicatos estejam fortes e estruturados para fazerem frente aos empregadores.

Rosa Weber afirma também que há um sistema que emerge da Constituição e que não tem como mexer em uma parte sem alterar o restante. Enfatiza que não ignora as críticas que hoje estão evidenciadas nesse julgamento, principalmente sobre o efeito nocivo que o caráter compulsório da contribuição sindical possui sobre a efetiva concretização dos princípios democráticos do direito coletivo do trabalho, entende que o financiamento das entidades sindicais por meio da contribuição sindical compulsória por todos os membros da categoria propicia a criação de sindicatos meramente cartoriais, despidos de verdadeira representatividade. Mas entende que não se pode alterar essa característica do sistema sindical brasileiro, sem que se altere o restante (BRASIL, 2018b).

A ministra Rosa Weber destaca como emblemática a participação da central única dos trabalhadores na sua atuação nesse processo como *amicus curie* que aponta para a importância da superação dessa compulsoriedade da contribuição sindical em favor de novas formas de financiamento sindical a ser implementada de forma gradativa conjuntamente com uma ampla reforma da estrutura sindical brasileira (BRASIL, 2018b).

Por fim, o ministro Dias Toffoli (Brasil, 2018b) afirma que o Congresso Nacional poderia ter pensado em uma regra de transição, visto que alterar a contribuição sindical compulsória do dia para a noite é muito sensível. Ressalta que tendo a contribuição sindical natureza tributária, conforme precedentes do próprio STF, entende não é possível essa subtração que houve da contribuição sindical, sem se preocupar com a transição e sem se preocupar com a ascensão da sociedade civil em detrimento do Estado.

Já no entendimento dos ministros vencedores, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mender, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, não há o que se falar em inconstitucionalidade das alterações advindas com a Lei 13.467/17 no que se refere à Contribuição Sindical.

Argumentam os seis ministros que Contribuição Sindical não possui natureza tributária, dessa forma, não há o que se falar em exigência de lei complementar para alterar o seu regramento. Também ressaltam que constitucionalmente não há qualquer previsão a respeito da compulsoriedade da referida contribuição, podendo sim ser alterada por lei ordinária, assim como foi criada.

Argumentam, que também a alteração do caráter compulsório da contribuição sindical através da lei 13.46717 não se encaixa em nenhuma das hipóteses do art. 150, §6º e mesmo que se encaixasse, o que pretende esse parágrafo é impedir que se coloque na lei algo que em nada guarda relação com o próprio texto debatido nas comissões. Afirmam que neste caso não houve nenhuma surpresa, foi tudo devidamente discutido.

Afirmam que o art. 113 do ADCT não se aplica a hipótese da contribuição sindical, pois não se trata de um tributo que ingressa no tesouro, é uma situação

excepcional, em que o tributo é direcionado para uma entidade privada, as entidades sindicais. Assim, a preocupação do legislador com os impactos financeiros e a questão fiscal, não se aplica aqui, pois não há, na visão do ministro, impacto nos cofres públicos.

Os ministros trazem como argumentos para o necessário fim da contribuição sindical compulsória a enorme quantidade de sindicatos que o Brasil possui e os valores exorbitantes que esses sindicatos recebem em virtude da compulsoriedade, o que apenas gera uma oferta abundante e artificial de sindicatos, visto que não se traduz em aumento de bem-estar de qualquer categoria profissional.

Afirmam que a imposição de uma contribuição sindical através do desconto compulsório fere a própria liberdade sindical prevista na Constituição Federal de 1988, onde ninguém é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado, além também de ferir o entendimento da própria OIT, a qual entende que no sindicalismo moderno, o que deve prevalecer é a facultatividade da contribuição, a qual estimula a representatividade dos sindicatos e a prestação de serviços de qualidade.

O ministro Luiz Fux (Brasil, 2018b) defende que o financiamento dos sindicatos não deve ser algo imposto, e sim uma opção dos seus representados, os quais reconhecendo a representatividade dos sindicatos optarão por contribuir para sua continuidade. Sobre o possível desastre que poderia acontecer com as entidades sindicais, o ministro ressalta que essa afirmação ignora o fato que os sindicatos possuem múltiplas formas de custeio, tais como a contribuição confederativa, a contribuição assistencial do art. 523-E da CLT e outras contribuições devidamente instituídas em assembleia da categoria ou presentes em regra de negociação coletiva.

O ministro Alexandre de Moraes (Brasil, 2018b) traz em sua argumentação o fato de que se vive no Brasil uma expansão das associações, as quais não recebem nenhuma contribuição compulsoriamente e nem do Estado, conquistaram a confiança dos associados que livremente optaram por contribuir para a associação. Assim, na visão do ministro, não há o que se falar sobre a extinção completa das entidades sindicais, apenas se extinguirão as que não demonstrarem aos seus representados que estão lutando por eles, apenas se extinguirão os sindicatos que hoje não exercem de fato o seu papel, visto que o fato de apenas 20% de todos os contribuintes da contribuição sindical serem sindicalizados, demonstra em muito que os sindicatos não estão verdadeiramente cumprimento o seu papel na sociedade.

O ministro Luís Roberto Barroso argumenta que o que estava em discussão era qual o melhor modelo sindical a ser adotado no Brasil, decisão essa que na sua opinião, não cabe ao STF. Afirma que o Congresso Nacional começou a alterar o modelo sindical no Brasil e que lança como desafio que essa mudança continue, visto que no entendimento do ministro, em consonância com o fim da contribuição sindical, é necessário que ocorra o fim da unicidade sindical. Barroso ressalta que a sociedade civil necessita de mais movimento social e menos Estado, ou seja, precisa conquistar a confiança de seus representados através do desempenho da sua função e não por meio de uma imposição legal (BRASIL, 2018b).

Barroso (Brasil, 2018b) ainda afirma que a queixa política é extremamente legítima. É legítimo questionar o porquê de não ter sido previsto um mecanismo de transição, mas, defende que é uma escolha do Congresso Nacional, que não cabe a interferência do STF. Defende que para acabar com a unicidade sindical e com o critério do sindicato único por categoria, seria necessário uma emenda constitucional, mas entende, que na questão tributária não há essa necessidade, pois

a Constituição meramente autoriza a criação dos tributos, mas os referidos tributos são criados por lei ordinária e assim, a mesma lei ordinária que cria, argumenta o ministro, pode sim extingui-lo.

O ministro Gilmar Mendes defende que os sindicatos devem ser sustentados como todas as associações, através de contribuições voluntárias, o que exige por parte dos sindicatos uma verdadeira atuação em favor dos seus representados. Afirma que se pudesse opinar, defenderia a implementação de um modelo gradual de supressão, mas não vê uma inconstitucionalidade que justifique a manutenção do modelo anterior (BRASIL, 2018b).

O ministro Marco Aurélio (Brasil, 2018b) defende que é necessário um tempo para que os sindicatos se reorganizem e passam sair verdadeiramente à luta dos interesses da categoria que representa, e assim, de maneira legítima, recebam a contribuição dos representados. Argumenta o ministro que essa alteração está em total acordo com a liberdade sindical preconizada e que assim, os sindicatos se reposicionando, a classe trabalhadora só tem a se beneficiar.

Por fim, a ministra Cármen Lúcia afirma que reconhece o importante papel dos sindicatos e a importância de os trabalhadores possuírem uma via por onde possam requer conquistas para sua categoria. Também ressalta que o legislador deveria ter se preocupado com uma norma de transição, mas afirma que não vislumbra nenhuma incompatibilidade da mudança legislativa com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018b).

4.3 Alterações na Contribuição Sindical advindas com a MP 873/19

Diante da incerteza que havia, muitos sindicatos passaram a adotar como estratégia de enfrentamento da perda significativa de receitas, a substituição da autorização prévia e expressa prevista na lei, pela autorização também prévia e expressa obtida de maneira coletiva a partir da realização de assembleia geral, onde participavam tanto empregados sindicalizados quanto os não sindicalizados.

Assim, o então presidente da República, Jair Bolsonaro, em março de 2019, editou a Medida Provisória nº 873 (Brasil, 2019a), alterando significativamente a maneira como até então se dava o recolhimento das contribuições dirigidas aos sindicatos.

Esclarece através da inclusão do art. 579-A na CLT, que as contribuições confederativas previstas no art. 8º, inciso IV da CF/88, a mensalidade sindical, e as outras contribuições sindicais, inclusive as instituídas por estatuto do sindicato ou por negociação coletiva só poderão ser cobradas dos filiados aos respectivos sindicatos. Também evidencia que a autorização para o recolhimento das contribuições sindicais só poderá ser feita individualmente, de maneira prévia e expressa por cada trabalhador, o que se depreende das novas redações dadas aos arts. 578 e 579 da CLT (BRASIL, 2019a).

O art. 579 da CLT, que ganhou nova redação com a edição da medida provisória passa a disciplinar que:

> O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

> § 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o caput deve ser individual, expressa e por escrito, não admitidas a autorização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.
>
> § 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade. (BRASIL, 2019a)

A MP nº 873/2019 (Brasil, 2019a) retira a possibilidade que a contribuição sindical se dê por meio de desconto em folha, dá uma nova redação ao art. 582, o qual passa a prever que a contribuição sindical quando autorizada de maneira individual, prévia e expressamente terá seu recolhimento feito de maneira exclusiva por boleto bancário ou equivalente eletrônico, o qual será encaminhado de maneira obrigatória à residência do empregado, salvo na impossibilidade de recebimento, à sede da empresa, desde que devidamente autorizado de maneira individual, prévia e expressa pelo empregado.

A referida medida provisória também altera o art. 545 da CLT, o qual passa a prevê que

"as contribuições facultativas ou as mensalidades devidas ao sindicato, previstas no estatuto da entidade ou em norma coletiva, independentemente de sua nomenclatura, serão recolhidas, cobradas e pagas na forma do disposto nos art. 578 e art. 579".

Em relação ao dispositivo citado acima, muito se questiona se ele implica na observância do disposto no art. 582 da CLT para as demais contribuições e mensalidades, além da contribuição sindical. Em caso positivo, nenhum pagamento

dirigido ao sindicato será efetuado por meio de desconto em folha de pagamento e sim por boleto bancário ou equivalente. Caso não se aplique, as demais contribuições e mensalidade, permanecerão sendo descontadas em folha de pagamento, desde que autorizadas de maneira individual, prévia e expressa.

Em razão desse duplo entendimento, alguns sindicatos estão recorrendo à justiça com o intuito de obterem liminares autorizando o desconto em folha de pagamento dos empregados que autorizarem, na forma da lei, a referida contribuição/mensalidade.

Essas alterações afetam diretamente a realidade dos sindicatos, tendo em vista que estes, com a Reforma Trabalhista, se articularam para que não perdessem o expressivo valor da contribuição sindical.

A edição da MP é extremamente questionada pelas entidades sindicais, tendo em vista que a mesma foi editada exatamente no mês do referido recolhimento, impossibilitando qualquer ação aos sindicatos. Nesse sentido, foram propostas ações de declaração de inconstitucionalidade da referida medida no STF, as quais até a data de depósito do presente estudo, ainda não haviam sido julgadas (BRASIL, 2019c).

Por se tratar de uma medida provisória, esta possui um prazo máximo de vigência de 120 dias, dependendo de aprovação do Congresso Nacional para que se converta em lei, conforme se depreende do art. 62 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Enquanto os sindicatos protestavam sobre a edição da referida Medida Provisória, visto que para a edição de qualquer medida provisória é preciso que se preencha os requisitos de relevância e urgência, conforme disciplina o art. 62 da CF, o governo federal reafirmou a proibição de desconto sindical em folha de pagamento através do Decreto nº 9.735/2019.

Por meio desse decreto (Brasil, 2019b), foram revogados os dispositivos do Decreto nº 8.690/2016, o inciso VII do art. 3º e o inciso V do art. 4º, bem como foi incluído o art. 4º, inciso V-A. Retirando assim, a possibilidade de descontos no pagamento dos servidores do executivo federal no que diz respeito à contribuição sindical devida pelo servidor ou pelo empregado. Também retirou a possibilidade de desconto em folha das contribuições facultativas dirigidas aos sindicatos.

4.4 Perspectivas do sindicalismo brasileiro após o fim do caráter compulsório da Contribuição Sindical

Em razão das novas regras advindas com a Reforma Trabalhistas, os sindicatos, como já dito, perderam a receita que tinham como certa, todos os anos, a qual era fruto da contribuição sindical compulsória.

Diante deste novo contexto, os sindicatos necessitam obter expressa e prévia autorização da sua respectiva categoria para que possam efetuar o desconto da contribuição, a qual até antes da Lei 13.467/17 era compulsória. Assim, para a obtenção de receita, será fundamental a mudança de comportamento dos sindicatos, visto que deverão se reposicionar e repensar as práticas que vinham tendo, terão que se reinventar e, principalmente, mostrar aos seus representados, que estão lutando por aquisições de novos direitos e/ou manutenção dos direitos já conquistados.

Fincato e Felten (2017) afirmam ainda, que retirar essa receita dos sindicatos de maneira abrupta, como foi feita, acaba por minar a representatividade sindical. Defendem que os trabalhadores não entendem a importância dos sindicatos para sua categoria e, sendo facultativo, naturalmente, não irão autorizar/ o desconto da referida contribuição. O que seria extremamente nocivo para toda a classe trabalhadora, uma vez que enfraquecendo os sindicatos, os empregadores adquirem

mais forças, cabendo aos empregados apenas aceitar as condições e se submeter as imposições.

Já outros autores, argumentam que o fim da contribuição sindical compulsória era extremamente necessário, pois sua existência possuía marcas do corporativismo, existente na Era Vargas, e não da liberdade sindical prevista na atual Constituição e nas convenções da OIT. Também afirmam que com essa mudança de entendimento sobre a contribuição sindical, espera-se que o legislador repense a unicidade sindical prevista na Constituição Federal de 1988, para que assim haja a liberdade sindical plena, nos termos do que foi previsto na Convenção nº 87, da OIT.

Importa dizer, que mesmos os autores que concordam com o fim da contribuição sindical, ressaltam que a maneira como se deu não é boa, uma vez que a falta de uma regra de transição, dificulta muito a atuação sindical.

Souza Júnior (2017), alinhado ao pensamento dessa segunda corrente de autores, afirma que deseja que essa mudança fortaleça o sistema sindical como um todo, visto que as entidades sindicais possuem um campo amplíssimo para conquistas de novos direitos e/ou manutenção dos já conquistados, no entanto, acabavam acomodadas ao saber que possuíam uma receita certa, independentemente de qualquer esforço. Afirma ainda que, o sistema sindical brasileiro há muito tempo sofre com o tripé: unicidade sindical, contribuição compulsória e poder normativo da Justiça do Trabalho. Assim como esse poder normativo foi enfraquecido pela EC 45/2004 e a contribuição compulsória foi extinta com a Reforma Trabalhista, é fundamental que em um futuro próximo se retome a discussão da unicidade sindical, para que haja de fato a liberdade sindical no Brasil, preconizada pela OIT.

Fincato e Felten (2018) afirmam que, a Constituição Federal de 1988 concedeu às entidades sindicais destaque, ressaltando sua importância e o direito de não sofrerem ingerências por parte do poder público. Mas, ao contrário do que naturalmente se esperava, diante da ausência de concorrência na prestação de suas funções, dada a unicidade sindical, e a desnecessidade de angariar sindicalizados, dada a contribuição sindical compulsória, os sindicatos, de maneira geral – claro que existiam exceções -, se acomodaram e não exerciam o seu papel, não representavam, não negociavam e não prestavam qualquer tipo de assistência aos seus representados.

Como já dito, sendo efetuado o pagamento da contribuição sindical, as destinações da contribuição permanecem as mesmas, conforme disciplina o art. 589, CLT (Brasil, 1943), o qual não sofreu alteração com a Reforma Trabalhista. Assim, cumprida a exigência de a autorização ser dada de maneira individual, conforme prevê a então vigente MP nº 873 (Brasil, 2019a), prévia e expressa, os sindicatos, as confederações, as federações, as centrais sindicais (no caso de contribuição sindical profissional) e o Governo, através da Conta Especial Emprego e Salário permanecerão recebendo os mesmos percentuais provenientes da contribuição sindical.

A constitucionalidade dessa referida alteração, como explicada no tópico anterior, já foi debatida e decidida pelo STF, tendo prevalecido o entendimento de que é sim constitucional a exigência da autorização prévia e expressa de todos os trabalhadores, visto que isso está mais alinhado com o princípio da liberdade sindical do que a sua cobrança compulsória. O argumento de que só poderia ser alterada por lei complementar e por isso a mudança seria inconstitucional não prosperou visto que no entendimento do Tribunal, a Contribuição Sindical não possui natureza tributária. O STF entendeu por fim, que o modelo pautado na contribuição sindical

compulsória não estimula a representatividade dos sindicatos, não estimula a conquistas de sindicalizados, e nem a prestação de serviços de qualidade.

Até antes da edição da MP nº 873/2019, o que estava em discussão, como forma de estratégia para frear a diminuição das receitas sindicais, era a maneira como devia ser feita a autorização prévia e expressa que a Lei 13.467/17 passou a exigir, se esta deveria ter uma antecedência mínima ou não, se precisava ser individual ou se poderia ser dada de maneira coletiva.

Nesse sentido, Souza Júnior (2017) afirmava que por mais que não existisse uma norma clara em relação ao que seria prévio no entendimento do legislador, entendia-se que não importava se houve uma boa antecedência ou se a autorização foi dada pouco tempo antes do fechamento da folha de pagamento. Fato este, que com a edição da MP nº 873/2019 também se altera, visto que, sob a sua vigência, não haverá desconto e sim pagamento por boleto, o qual será encaminhado pelo sindicato ao representado mediante prévia e expressa autorização.

No que diz respeito a forma da manifestação expressa, o autor afirma que está deverá ser escrita, pois é o meio mais adequado e que confedere segurança jurídica às partes, pouco importando o meio de manifestação escrito utilizado, podendo ser por e-mail, WhatsApp, entre outras.

Na ânsia de permanecer com o recolhimento da contribuição sindical, mesmo sem a prévia e expressa autorização dos trabalhadores, os sindicatos se valeram de pressupostos jurídicos, muitas das vezes, questionáveis quando analisados a fundo.

Antes da MP nº 8732019, a principal estratégia utilizada pelos sindicatos profissionais, com fundamento no inciso III, art. 8º da CF/88, foi a realização de assembleias gerais, convocadas de maneira extraordinária, para obtenção da

autorização coletiva do desconto em nome de todos os representados. Para essa assembleia eram convocados os membros da categoria, associados ou não, para que assim os empregadores, sendo notificados pelo sindicato profissional, realizassem os referidos descontos na folha de pagamento de todos os seus empregados, como forma, de substituição à autorização pessoal prévia e expressa prevista na Lei. 13.467/2019 (BRASIL, 2017a).

Almeida (2018) afirma, que não havia nenhuma garantia de representatividade/ legitimidade dessa assembleia, principalmente àquelas que ocorreram junto aos trabalhadores não associados, os quais representam a maioria da categoria profissional. Ainda afirma, que as assembleias gerais para serem convocadas devem observar o art. 612 da CLT, o qual prevê as assembleias apenas para a aprovação de convenções coletivas, sendo convocados apenas os associados, e também para a aprovação de acordos coletivos, quando todos os trabalhadores interessados são convocados. Assim, o autor argumenta que não deve persistir o entendimento de que a convocação de assembleia geral extraordinária é forma adequada para autorizar coletivamente cobrança da contribuição sindical, sem observar os requisitos da própria lei, sob o argumento de que os sindicatos representam toda a categoria profissional.

Ainda, no entendimento de Almeida (2018), é considerado objeto ilícito de acordo coletivo de trabalho ou de convenção coletiva, conforme o art. 611-B, inciso XXVI da CLT, a diminuição da liberdade sindical do trabalhador em virtude da possibilidade de que este sofra, sem sua prévia e expressa autorização, qualquer desconto ou cobrança salarial previstos em convenção coletiva e/ou acordo coletivo.

Já Calcini (2018) afirma que a autorização coletiva do desconto no que se refere a contribuição sindical é lícita, desde que feita mediante assembleia geral, observando o estatuto, convocada especialmente para esse fim. Entre outros argumentos, as entidades usam como fundamento o Enunciado nº 38 da Associação Nacional dos Magistrados, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o qual prevê que:

> I - É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização.
>
> II - A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.
>
> III - O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.
>
> (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2018, p.26-27)

No entanto, afirma Calcini (2018), que por mais que as entidades sindicais estivessem adotando essa prática de convocação das assembleias com o intuito de substituir a autorização de cada funcionário pela autorização coletiva do desconto referente a contribuição dos seus representados, é certo que esse procedimento não possui legitimidade e nem embasamento legal, estando permeado de nulidades. Em nenhuma parte, a reforma trabalhista previu a possibilidade de assembleias dos sindicatos substituírem a vontade individual e expressa de cada trabalhador, pelo contrário.

Calcini (2018) ainda afirma que a fixação de contribuição por assembleia, prevista no art. 8º, inc. IV da CF/88, claramente se refere à contribuição confederativa, e não à contribuição sindical, pois o texto do dispositivo que autoriza essa forma de autorização, diz-se que "a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei". Na visão de Calcini, a primeira parte do inciso se refere à contribuição confederativa e apenas a segunda parte é que se refere à contribuição sindical.

Como já explanado, com a edição da MP nº 873/2019, o entendimento dos doutrinadores citados acima é confirmado, visto que os sindicatos não poderão se valer da negociação coletiva ou do estatuto do sindicato para impor contribuições aos integrantes da categoria que optaram por não se filiar aos sindicatos, também retira a possibilidade que a contribuição sindical ao sindicato se dê através de desconto de valores na folha de pagamento do empregado, devendo agora a contribuição sindical ser paga pelo interessado através de boleto bancário ou meio eletrônico idôneo mediante solicitação do representado ao seu respectivo sindicato (BRASIL, 2019a).

A exigência de autorização individual, prévia e expressa do trabalhador está em total acordo com a redação do art. 8º, inciso V da Constituição Federal de 1988 o que prevê que "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (BRASIL, 1988). Podendo concluir assim, da mesma forma que a pessoa é livre para se filiar ou não, também deve ser livre para contribuir com o sindicato ou não, não podendo o sindicato impor isso através de uma autorização coletiva.

Pode-se dizer que os sindicatos possuem duas perspectivas diante das alterações na contribuição sindical: promover uma reestruturação para que conquistem a confiança dos seus representados e uma identificação de propósitos; ou simplesmente fecharem as portas.

Oliveira Neto (2017) defende que este é momento de as entidades sindicais passarem a buscar um modelo de organização sindical que desconsidere o critério de categoria e que tenha condão para superar o cenário imposto pelo corporativismo que resulta na supressão genuína dos direitos dos trabalhadores.

É fundamental que ocorra uma ampla reforma sindical, para que assim, as entidades sindicais não acabem por sucumbir.

Na visão de João (2017), inevitavelmente os sindicatos atuais serão submetidos ao movimento de aproximação com sua categoria profissional representada, devendo sair do imobilismo criado pelo modelo intervencionista e protetor do Estado.

Para Almeida (2018) o que se constata, após a Reforma Trabalhista, ante a perspectiva da escassez de recurso, é uma ação dos sindicatos profissionais procurando realizar fusões com aqueles que representam categorias similares/conexas, para assim, cumprirem com os seus compromissos. Se espera também dos sindicatos que por mais que continuem representado toda a categoria profissional, tendo em vista a redução dos recursos, passem a atuar com maior destaque no contexto das empresas, através de acordos coletivos de trabalho, reforçando assim o negociado sobre legislado e a descentralização da negociação coletiva para a dimensão das empresas.

Essa alteração de postura, fará com que os sindicatos, na visão de Almeida (2018), tenham um maior senso de realidade e compromisso quando das negociações coletivas no âmbito das empresas, principalmente as empresas de pequeno e médio porte, e assim alcancem uma maior representatividade e uma maior adesão por parte dos trabalhadores.

Além de todas as estratégias que os sindicatos deverão se valer para conquista dos representados, é fundamental, como já dito, que ocorra uma reforma no sindicalismo brasileiro, para que de fato esteja alinhado aos princípios da liberdade sindical que a Constituição Federal de 1988 prevê. O modelo sindical pautado na sua unicidade, mina qualquer concorrência sindical e isso acaba por deixar os sindicatos em uma zona de conforto, onde não se preocupam em conquistar verdadeiramente seus empregados, demonstrando a sua força e o seu importante papel para conquista de melhores condições de trabalho.

Paralelo ao reposicionamento dos sindicatos no que se refere a conquista de seus representados, é necessário que o legislador avance nas discussões sobre a reforma do sindicalismo, principalmente no que diz respeito a unicidade sindical.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a importância dos sindicatos para todos os trabalhadores, visto que são através deles que as categorias se organizam e conseguem exercer pressão frente aos seus empregadores no que diz respeito a conquista de novos direitos e manutenção das boas condições de trabalho que já possuem, evitando os desmontes de seus direitos.

Imaginar uma sociedade sem as entidades sindicais implica ter-se um cenário onde sempre prevalecerá o interesse do capital, o interesse dos empregadores, o lucro, a redução de despesas e não os interesses dos empregados.

A Reforma Trabalhista no âmbito do direito coletivo alterou diversas atividades dos sindicatos, destaque-se a prevalência do negociado sobre o legislado, demonstrando assim um maior espaço para atuação dos sindicatos no âmbito das negociações coletivas, cria também a facultatividade de se realizar a quitação anual das obrigações trabalhistas perante os sindicatos profissionais, ou seja, a autorização de ser dar eficácia liberatória das verbas recebidas pelo empregado.

Em sentido oposto, desobriga a participação dos sindicatos na homologação das rescisões contratuais de empregados com mais de um ano de serviço, torna não obrigatória a autorização prévia da entidade sindical para que sejam realizadas dispensas plúrimas e coletivas, prevê a criação da comissão de representação de empregados na própria empresa, prevê a possibilidade de negociação direta entre empregado hiperssuficiente e empregador e a possibilidade de celebração de acordos individuais sobre banco de horas e compensação de jornada mensal.

Alterações essas, que reduzem atividades importantes e significativas dos sindicatos no âmbito da defesa dos seus representados. Ressalta-se que o legislador poderá estar afastando a principal barreira de proteção dos trabalhadores, uma vez que é notório que o poder dos empregadores frente aos empregados é muito maior. Em outras palavras, o sindicato, enquanto representante dos empregados, possui uma força maior para negociar onde o empregado, de modo individual, simplesmente cederia à imposição do empregador.

Além disso, a Lei 13.467/2017 disciplina sobre o fim do caráter compulsório da contribuição sindical. A contribuição que antes era devida por toda a categoria profissional independente de filiação ou não ao sindicato, passou a ter o seu recolhimento condicionado à prévia e expressa autorização do empregado.

Tem-se, dessa forma, o seguinte cenário: de um lado os sindicatos com um maior alcance negocial, pois o que vierem a negociar prevalecerá até mesmo sobre a lei (prevalência do negociado sobre o legislado), e que poderão conferir quitação anual e extensiva a todas as parcelas do contrato de trabalho; mas, por outro, esses mesmos sindicatos sofreram o corte de sua principal fonte de recursos e a diminuição de atividades importantes e sensíveis para os seus representados.

Com a edição da MP nº 873 de 01 de março de 2019, o pagamento da contribuição sindical deve ser feito através de boleto bancário ou equivalente eletrônico. Assim, o empregado que tiver interesse em efetuar o pagamento da contribuição sindical, deverá entrar em contato com o seu sindicato representativo e conceder autorização individual, prévia e expressa, para que possa receber o boleto para pagamento.

Como ressaltado no presente trabalho, essa medida provisória altera o procedimento para o pagamento da contribuição sindical, sabe-se que se trata de um instrumento com força de lei, o qual produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação pelo Congresso Nacional para que se converta em lei. Além disso, tramitam no STF diversas ações pleiteando a inconstitucionalidade da MP nº 873, onde se argumentam que se tratam de normas de procedimento sem caráter de urgência e de relevância exigida para edição da medida provisória.

De fato, era necessário proceder com o fim do caráter compulsório da contribuição sindical, como forma de tirar os sindicatos da zona de conforto que se encontravam. Diversas ações foram propostas perante o STF solicitando a declaração de inconstitucionalidade das alterações na contribuição sindical, no entanto o STF concluiu que a alteração é sim constitucional, os ministros ressaltam que o legislador poderia sim ter criado uma regra de transição, mas trata-se de uma opção do próprio legislador, não havendo nenhuma contrariedade à Constituição Federal de 1988.

Diante do novo cenário que advém com a Reforma Trabalhista, é fundamental que os sindicatos se reorganizem frente à sua categoria representada, passando a serem mais ativos na defesa dos direitos dos empregados, para que assim os trabalhadores se sintam verdadeiramente representados e optem por se sindicalizar e/ou contribuir com o sindicato. Caso contrário, a tendência é que os sindicatos se enfraqueçam cada vez mais e o desmonte de direitos só aumente.

Além de proceder com o corte das verbas compulsórias, é necessário que se reestruture o sistema sindical como um todo, a fim de que se dê contornos verdadeiramente democráticos, pautados amplamente na liberdade sindical, no pluralismo sindical, características as quais são incentivadas pela própria OIT.

Com o pluralismo sindical, os empregados e empregadores tendo opções de sindicatos que verdadeiramente se encaixem nos seus ideais, e podendo livremente optar por qual organização desejam-se filiar, acredita-se que haverá um fortalecimento da representatividade dos sindicatos e consequentemente do seu papel frente aos seus representados.

Inicialmente, ao se pensar de maneira superficial sobre o fim do caráter compulsório da contribuição sindical, poder-se-ia imaginar que a reforma trabalhista

se traduz apenas em uma redução de poderes dos sindicatos nas defesas dos trabalhadores frente aos empregadores, visando reduzir a sua representatividade e legitimidade, e que o objetivo seria o enfraquecimento dos sindicatos e a perda de direitos trabalhistas.

Após o aprofundamento do estudo no tema, através de palestras, artigos científicos e livros, concluir-se que era sim necessário que houvesse uma mudança no sindicalismo brasileiro, mas talvez não da forma como foi feita, sem regra de transição. Mas, sendo feita de maneira abrupta é fundamental que se prossiga com uma verdadeira reforma no sindicalismo brasileiro visando a verdadeira liberdade sindical.

É importante traçar soluções para as alterações advindas com a reforma trabalhista, pois sendo os sindicatos historicamente importantes para conquista de direitos, mas deixando de ter recursos, terão que buscar se mostrar cada vez mais representativos, para conquistarem receitas e para que possam desempenhar com efetividade a tarefa de negociação frente aos empregadores e/ou sindicatos patronais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Rua. As Implicações da Lei da Reforma Trabalhista nos Sindicatos. *Revista LTr*, São Paulo, Vol. 82, nº 04, p. 391-396, abr. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciado nº 38, 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 02 mai. 2018.

BIAVASCHI, Magda Barros; *et al.*. O impacto de algumas reformas trabalhistas na regulação e nas instituições públicas do trabalho em diálogo comparado. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos (orgs.).

Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. 1ª edição. Campinas/SP: Editora Curt Nimuendajú, 2018. p. 209–242. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/LIVRODimensoes-Criticas-da-Reforma-Trabalhista-no-Brasil.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

BORGES, José Lucas Rodrigues. A Reforma Trabalhista e a Contribuição Sindical Compulsória: o fim da outorga de receitas aos sindicatos pelo Estado. 2017. Artigo Científico (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da comissão especial ao projeto de lei nº 6.787/2016 do poder executivo, 2017b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 03 fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)] Constituição Política do Império do Brazil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1891)] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1934)] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.1934a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)] Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)] Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)] Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 abril 2018.

BRASIL. Decreto nº 979, de 06 de janeiro de 1903. Faculta aos profissionais da agricultura e industrias rurais a organização de sindicatos para defesa de seus interesses. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.637, de 05 de janeiro de 1907. Cria sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.735, de 21 de março de 2019. 2019b. Revoga dispositivos do Decreto nº 8.690, de 11 de março de 2016, que dispõe sobre a gestão das consignações em folha de pagamento no âmbito do sistema de gestão de pessoas do Poder Executivo federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9735.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operarias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934. 1934b. Regula a sindicalização das classes patronais e operarias e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24694.htm. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.648/08, de 31 de março de 2008. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. 2017a. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm#art1. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MP que determina pagamento de contribuição sindical por boleto é questionada no STF. 2019c. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405171. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno - Iniciado julgamento sobre fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (1/2), 2018a. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LZe0fai0mIE&t=3620s. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno – STF julga constitucional fim da contribuição sindical obrigatória, 2018b. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=0SgdMkxJUVo&t=3s. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. 2018c. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 40. DJE divulgado em 20.03.2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2204. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 17 Seção de Dissídios Coletivos. Contribuições para entidades sindicais, inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. DEJT divulgado em 25.08.2014b. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA17. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Precedente Normativo nº 119. Contribuições sindicais - inobservância de preceitos constitucionais. DEJT divulgado em 25.08.2014a. Disponível em: http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sindicato consegue substituir imposto sindical por contribuição negocial aprovada em assembleia. 2018d. Disponível em: http://www.tst.jus.br/mais-lidas/-/asset_publisher/P4mL/content/sindicato-consegue-substituir-imposto-sindical-por-contribuicao-negocial-aprovada-em-assembleia. Acesso em 12 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 85. Compensação de jornada. DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 21 abr. 2018.

CALCINI, Ricardo Souza. A contribuição sindical e o seu recolhimento facultativo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 22, n. 1, p. 133-144, jun. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143572. Acesso em: 28 ago. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho.14 ed. São Paulo: Método, 2017.

CASTRO; Maria Silva Portela de. Impactos da Reforma Trabalhista sobre a organização sindical e a negociação coletiva. Perspectivas. n. 13, 2017. Disponível em: http://www.relats.org/documentos/ORG.Portela.pdf. Acesso em: 31 mar. 2019.

CAVALCANTE, Marcos de Oliveira. O Fim do Imposto Sindical Compulsório como Fator de Maior Representatividade Sindical dos Trabalhadores no Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia. Rio de Janeiro. 2013.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. Ações coletivas e a substituição processual pelos sindicatos. 3 ed. São Paulo: LTr, 2017.

COLOMBI, Ana Paula; LEMOS, Patrícia Rocha e KREIN, José Dari. Entre Negociação e Mobilização: as estratégias da CUT e da FS frente à Reforma Trabalhista no Brasil. Revista da ABET, v. 17, n. 2, jul./dez. 2018. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/44618/22197. Acesso em: 24 mar. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Modernização Trabalhista: lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, panorama anterior e posterior à aprovação. CNI, Brasília, 2017.

CORDEIRO, Marcel. A contribuição sindical no Brasil. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, Brasil, v.28, n.334, p.17-37, abr. 2017.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Fim da Contribuição Sindical Obrigatória – Consequências para as Entidades Sindicais e Categorias Representadas. Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, p. 271-287, nov. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16 ed. São Paulo: LTr. 2017.

FINCATO, Denise; FELTEN, Maria Cláudia. Reforma trabalhista: contribuição sindical facultativa e futuro dos sindicatos no Brasil. Revista Magister de direito do trabalho, v. 14, n. 81, p. 16-37, nov./dez. 2017.

FINCATO, Denise; FELTEN, Maria Cláudia. Reforma trabalhista: contribuição sindical facultativa e futuro dos sindicatos no Brasil. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 71, p. 57-75, ago./set. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147333. Acesso em: 02 fev. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

JOÃO, Paulo Sergio. Contribuição e pluralidade sindical na reforma trabalhista. Direito & Justiça, n. 19841, p. 2, 18 set. 2017.

MELEK, Marcelo Ivan. O projeto arquitetônico da reforma trabalhista no direito sindical. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 63, p. 7-19, nov. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/122569. Acesso em: 02 fev. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical .8 ed. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano. Sindicatos e reforma trabalhista. Direito & justiça, n. 19883, p. 2, 30 out. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em 12 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em 12 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em 12 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº87, de 09 de julho de 1948. Disponível em: https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1BO0K89D40AM2L613R2000-86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5-kQPNDq. Acesso em 12 jan. 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima. Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017

TRABALHO DO PROFESSOR: OS RISCOS DA PROFISSÃO E O DIREITO A UMA APOSENTADORIA DIFERENCIADA - ANÁLISE AO PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 06/2019

Larissa Cordeiro Pitangui

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objeto o estudo do risco social inerente a profissão dos professores, a sua regulamentação especial de trabalho, e o seu reflexo direto na Previdência Social. O objetivo é demonstrar que esta classe está submetida a riscos incomuns de trabalho, razão pela qual faz jus a atenção especial do Estado na elaboração de suas normas previdenciárias. A partir disso, serão demonstrados os aspectos da atual reforma pretendida pelo governo, por meio do Projeto de Emenda à Constituição n. 06/2019, e quais as alterações pretendidas. Serão elencadas as regras atuais e propostas, e, posteriormente, será feita a análise dessas mudanças com base nos riscos e normas apresentadas para esta classe.

Palavras-chave: Trabalho do Professor. O exercício do magistério. Riscos Sociais. Direitos Trabalhistas. Previdência Social. Aposentadoria do Professor. Reforma Previdenciária. Projeto de Emenda à Constituição 6/2019. Princípio da Vedação do Retrocesso.

INTRODUÇÃO

O tema Seguridade Social no Brasil tem estado em constante evidência, porquanto a manutenção de uma rede de ações nos campos de sua atuação, é considerada uma forma de estabelecer justiça social, mediante a redistribuição de renda e a assistência aos menos favorecidos. Nesse sentido, a manutenção de uma rede no campo previdenciário, ramo vinculado à Seguridade Social, é também uma forma de estabelecer proteção estatal aos eventos danosos sofridos pelos indivíduos, esses compreendidos como riscos sociais.

A Previdência Social Pública no Brasil é objeto contínuo de estudos e projetos de reforma pelo Poder Público. A mais recente destas mudanças refere-se ao Projeto de Emenda à Constituição n. 6/2019, o qual sugere uma série de alterações no regime de previdência brasileiro, atingindo a todas as classes de trabalhadores.

Nesse sentido, algumas classes específicas de trabalhadores contribuintes, objeto da Previdência, merecem especial atenção estatal, ao passo que se sujeitam a riscos mormente diversificados. É, pois, o que o presente estudo pretenderá demonstrar, ao expor os riscos e regras aplicáveis no caso dos professores das redes públicas e privadas, que lecionam no ensino infantil, fundamental e médio, os quais exercem a atividade do magistério.

Os professores sujeitam-se a condições de trabalho diferenciadas, porquanto estão sujeitos a riscos sociais não vivenciados por outras classes, tais como: violência escolar, estresse, síndromes como a de bounort, doenças ocupacionais, dentre outros. Tais riscos serão demonstrados no primeiro capítulo deste trabalho, de maneira criteriosa, a fim de delimitar pontos fundamentais que devem ser analisados para aferição do tratamento jurídico dado aos profissionais que exercem o trabalho na área educacional.

É, ainda, imprescindível destacar o regime de trabalho a que referidos profissionais se submetem, o que será demonstrado no segundo capítulo, a fim de estabelecer o resultado, na seara trabalhista, da proteção desses riscos, na medida em que a atividade exercida por esses profissionais exige alguns tratamentos diferenciados, conforme ressaltado. Será, pois, apresentada uma breve síntese da regulamentação que é aplicada aos docentes, bem como os direitos e garantias adquiridos por essa categoria ao longo dos anos.

Em seguida, no terceiro e último capítulo, será discutido o reflexo dessas regras na previdência pública, de modo a analisar os argumentos que justificam ou não a concessão de uma aposentadoria diferenciada a esses profissionais, a partir de uma sintética verificação de seus direitos, com base nos riscos elencados, e no ambiente de trabalho que exercem seu labor.

Tendo por base a reforma por último apresentada (PEC 6/2019), serão elencadas as regras que atualmente são aplicáveis aos professores, e ponto a ponto, aquilo que a reforma pretende alterar.

Por último, será analisada a importância dessas alterações pretendidas pela reforma, e uma análise quanto à sua coerência com a realidade social, pautada no princípio da vedação do retrocesso, na medida em que apresenta alterações demasiadamente significativas, sem a justificativa necessária: um estudo atuarial dos riscos atinentes a essa classe.

Para a realização deste trabalho, serão utilizadas pesquisas bibliográficas acerca da Seguridade Social, Previdência Pública Brasileira e Regras Trabalhistas, da normatividade pertinente ao tema e, ainda, pesquisa de plataformas e materiais digitais disponíveis na internet.

1 O RISCO SOCIAL DA PROFISSÃO DO PROFESSOR

1.1. Da necessidade de proteção do risco social

A sociedade atual, face à promissora evolução mundial e tecnológica que vem sofrendo, passou a conviver mais diretamente com os riscos a ela inerentes, das mais diversas formas, e nas mais diversas áreas da vida humana. Com o passar do tempo,

esses riscos alteraram-se, e passaram a abranger cada vez mais situações e ambientes diferentes.

É sabido que o risco sempre esteve presente na sociedade, que sempre receou aquilo que poder-lhes-ia acometer. O receio do porvir sempre esteve presente dentre os temores do homem. Nas palavras da autora Thais Zuba:

> Desde as épocas mais remotas, a proteção contra determinados eventos de indigência (exposição humana a sofrimentos e privações) preocuparam a Humanidade. O receio do porvir sempre frequentou os temores humanos e a noção de proteção contra os riscos sempre se fez presente na história. [1]

O que define o risco, portanto, é exatamente a ideia da expectativa sobre uma hipótese de infortúnio em detrimento de um acontecimento incerto. [2] O risco opera-se quando há um acontecimento inerente à vontade humana, ou seja, um evento fortuito, que leva o homem a uma situação inesperada. É por isso que o ser humano visa sempre assegurar-se de modo que tais situações não lhe acometam.

A palavra risco é oriunda do termo "riscare", que significa ousar. Remete-se aos contratos de seguros que ocorreram no século XIV, na época das navegações, e desenvolvimento mercantil, quando as pessoas não tinham segurança acerca da chegada de sua mercadoria.[3] Explica a referenciada autora que:

> Especificamente sobre o risco, sua noção genérica está relacionada com o Direito do Seguro, o qual considera como todo acontecimento futuro e incerto, cuja atualização não depende exclusivamente da vontade do segurado. Ou seja, o

[1] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013. P. 29.

[2] Idem. Ibidem.

[3] BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos Deuses*: A Fascinante História do Risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997. P. 389.

> risco é um acontecimento fortuito na maior parte das vezes; um sinistro.[4]

Essa noção do risco foi estudada pelo sociólogo Ulrich Beck, que defendia a concepção de que há uma sociedade de risco. Essa concepção é abordada por Beck como "de risco" por entender que há riscos sociais inimagináveis e incontroláveis criados pelo sistema de produção industrial ao qual a sociedade está submetida, não tendo sequer como prevê-los. [5].....

Ele defendia a ideia de que o risco é uma etapa entre a segurança e a destruição. A compreensão de que isso pode acontecer é que eleva a reflexão de ações que podem determinar o que acontecerá no futuro, ou seja, o passado decai de seu poderio em estabelecer o presente, porque o risco é trabalhado em detrimento disso.[6]

Para tanto, indica ainda Beck, que "o risco deve ser entendido como uma elaboração teórica, que é construída, historicamente, com o objetivo de mediar a relação do homem com os perigos, visando minimizar os prejuízos e maximizar os benefícios."[7]

Por outro lado, o sociólogo Luhmann, por meio de seu estudo sobre o risco, alvitra uma distinção entre os conceitos de risco e perigo. Ele diferencia esses dois conceitos, partindo do pressuposto de que ambos supõem uma imprecisão em relação aos futuros danos. Segundo o autor: "Fala-se de risco quando o dano provável é consequência da ação e está pressuposto a consciência deste dano;

---

4 ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013.P. 30.

5 BECK, Ulrich. ***La sociedade del riesgo:*** hacia una nueva modernidad. Espanha: Paidós, 1998. P. 83.

6 BECK, Ulrich. Risk Society: Towards a New Modernity. Londres: Sage, 1992. P. 84.

7 NAVARRO, MVT, Risco radiodiagnóstico e vigilância sanitária. Salvador: EDUFBA, 2009, P. 166. Disponível em: <http;//books.scilo.org> Acesso em: 20 ago. 2018.

denomina-se perigo quando o dano é atribuído a causas externas, que fogem ao controle."[8]

Luhmann explica que os riscos são investigados através da multiplicação da magnitude do dano e a sua probabilidade. Isto porque só se fala em risco quando se tem a ideia de que isso poderá gerar um dano, e, que, assim, é necessário mediá-lo. Para tanto, discordar da existência de determinados riscos, ou seja, considerar a negativa de sua existência, também constitui um risco. Ele defende a impossibilidade de se alcançar uma segurança absoluta, por meio de um sistema de observação, em que o risco é o ponto de partida para a tomada de decisões. [9]

Logo, Luhmann entendia ainda, que a tomada de decisões influenciaria no futuro da sociedade, já que "o futuro se transforma em risco na medida em que aumentam as possibilidades de escolha." [10]

Esse comportamento acerca da compreensão dos riscos foi desenvolvido de maneira diversa ao longo das épocas. A questão mais pertinente para sua visualização é no tocante ao trabalho. Originariamente, como nos explica a autora Thais Zuba, "o risco social estava atrelado às questões trabalhistas [...] Atualmente, a

8 LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. Guadalajara: Walter de Grurter Co., 1992. P. 37.

9 LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. 3. Ed. en espanõl. México: Univerdade Iberamericana, 2006, p. 58-66.

10 LUZ DAVID, Maria. Sobre os conceitos de risco em Luhnann e Giddens. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC, v. 8, n. 1. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2011v8n1p30/20264. Acesso em: 21 ago. 2018.

noção de risco social estendeu-se, deixando de ser somente a perda do emprego, mas também abrangendo a diminuição do nível de vida do trabalhador." [11]

Isso pode ser evidenciado, por exemplo, à época da revolução industrial, em que os trabalhadores eram regularmente expostos aos riscos de suas atividades, face à inobservância das medidas protetivas e não preocupação com a situação em que o empregado era submetido. Tais situações ocorriam por consequência da necessidade do trabalhador, que se expunha a esses riscos degradantes de trabalho, e demais condições, de promover seu sustento familiar.[12]

Essa situação deflagrava uma série de acidentes, e adversidades, tais como doenças, e incapacidades para o trabalho, que sucedia no egresso desses trabalhadores, que, deste modo, não podiam mais amparar sua família. Ressalte-se ainda que, muitas vezes, esses acidentes resultavam na morte do trabalhador, que de forma ainda mais grave, deixava sua família em situação de total desamparo, já que tais riscos não eram subsidiados pelo empregador, ou pelo Estado.....

Surge, então, a necessidade do homem de se proteger de tais situações, que lhes causavam eminente risco. É a partir do desenvolvimento dessa sociedade industrial que se passa a reconhecer a noção de proteção em relação aos incapacitados. Evidencia-se, portanto, uma aspiração em garantir sua segurança, em detrimento dos riscos que poderiam acometê-los das mais diversas formas, não só em relação a perda do emprego, mas nas relações de trabalho, e no ambiente como um tudo. [13]

11 ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso. São Paulo: LTr, 2013. P. 31.

12 Idem.Ibidem.

13 HORVATH JR., Miguel. *Direito Previdenciário.* 9. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 21-22.

Em que pesem esses riscos abrangerem parte da população de maneira mais categórica que outras, todos estão sujeitos a estes riscos, ou estarão, mais cedo ou mais tarde, sejam eles de ordem ambiental, financeira, social, ou de quaisquer outras naturezas. Para isso "uma política eficaz deveria tender a conseguir modificações estruturais destinadas a prevenir os riscos sociais, ou seja, evitar que ele aconteça atuando de forma preventiva".[14]

Ocorre que, nem sempre houve uma severa atenção com a segurança dos indivíduos e sua efetiva proteção quanto aos riscos. Essa preocupação é contemporânea aos tempos atuais, em que as lutas por direitos e mais justas e melhores condições de trabalho contribuíram para o alcance de tais medidas, e, assim, foram sendo inseridas dentro dos ordenamentos jurídicos estatais. Conforme acentua Carlos Alberto Pereira de Castro,

> Passou-se a entender que a proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo. Este conceito é fundamental para a noção de seguro social, já que sem o caráter de proteção de todos por todos, mediante a cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social. [15]

Para que isso ocorresse, fez-se necessário a promoção de políticas públicas sociais, promovidas pelo Poder Público, de modo a assegurar o bem comum da sociedade que vive, e a serve. Assim, passou-se a reconhecer que o Estado "tem importante papel a desempenhar não só no que diz respeito a garantir a segurança

[14] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013. P. 30-31.

[15] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.8.

material para todos e a buscar outros objetivos sociais, mas também como promotor do desenvolvimento econômico. "[16] Explica ainda Carlos que,

> A ação estatal se justifica a partir da constatação de que as relações de trabalho estabelecem, em regra, cláusulas para vigorarem enquanto o trabalhador as pode executar. A ausência de previsão para a hipótese de impossibilidade de execução dos serviços pelo obreiro, em face de sua incapacidade laborativa – temporária ou permanente –, acarreta a este a possibilidade, sempre presente, de vir a ser colocado à margem da sociedade, como um ser não útil, e, por esta razão, ignorado pelos detentores dos meios de produção, sem direito a qualquer retribuição por parte daquele que empregava a sua mão de obra. [17]

Como resultado, buscou-se garantir um regime que promovesse isonomia a todos os trabalhadores, cuja proteção dos riscos pelas incapacidades em geral, bem como da velhice, dentre outros, seria dada de forma universal e igualitária, coisa não garantida por regimes privados.

Eis a necessidade de criar modelos de proteção individual e social, que concedesse essa proteção, mediante ações políticas sociais destinadas aos trabalhadores, tanto na seara trabalhista quanto na previdenciária - que é seu reflexo -, de forma a auxiliar os indivíduos e seus familiares, em situações adversas como doenças, desemprego, incapacidades e velhice. Isso também corrobora com a ideia de proporcionar a vivência de uma vida digna a todos, de modo que possam se adequar a essa sociedade de riscos.[18]

---

[16] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.8.

[17] Idem. Ibidem. P.19.

[18] HORVATH JR., Miguel. *Direito Previdenciário.* 9. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 22-23

Com isso, passou-se a entender que a proteção social era um dever da sociedade como um todo, cujo caráter de solidariedade, presente até hoje, visaria contribuir para que os necessitados viessem a ser amparados.[19]

No Brasil, a Seguridade Social[20], na qual se encaixa a Previdência Social, cujo status é constitucional, foi estabelecida com esse objetivo, ou seja, de amparar os trabalhadores, dando respaldo aos seus segurados, quando da ocorrência de fatos que os deixariam desamparados, bem como durante a sua velhice, que também não deixa de ser um risco.

A seguridade social é estabelecida na Constituição Federal, em seu artigo 194, caput, como um "conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Logo, é a seguridade social que compreende esse sistema que visa garantir maior proteção social. Esse sistema compreende três grandes políticas: da previdência, da assistência e da saúde. Respaldado em uma série de objetivos, dispostos nos incisos do artigo 194, da Magna Carta, a Seguridade Social possui princípios, normas, e instituições próprias.

Quando alguns riscos acontecerem, sejam eles: acidentes, doenças, morte, maternidade, idade avançada ou desemprego, o Estado pagará a previdência para que a pessoa não passe por um estado de necessidade. O acontecimento desse risco é chamado de contingência, o que o seguro comum denomina de sinistro. Quando ele

[19] CASTRO. Op. Cit. P. 11.

[20] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

ocorre, é gerado um dano, e nesse caso, o dano que é gerado é exatamente a incapacidade para o trabalho, que faz com que a pessoa que o sofre não tenha rendimentos, ou possibilidade de obtê-los, passando, assim, por um estado de necessidade. [21] Conforme leciona Castro:

> A Previdência Social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal. [22]

Assim, o Estado precisa resguardar os seus segurados, em suas relações de trabalho, e protegê-los dos riscos que os causam incapacidades, já que a inobservância dessa política, causa extrema instabilidade e severos prejuízos ao trabalhador. Isso é promovido, em parte, pelo sistema da Seguridade Social. [23]

Ocorre que, além da incapacidade para o trabalho, os riscos também estão associados ao exercício da atividade na sua essência. Há aquelas que demonstram maiores riscos, pelo modo de seu exercício, que outras. Para tanto, merecem uma atenção especial do Estado, que precisa criar mecanismos para garantir isonomia e justiça social às relações de trabalho, não só para reparar a incapacidade, mas também para evitar que se chegue até ela. E, nesse sentido, é que a área educacional, pouco discutida, merece atenção especial no que diz respeito aos riscos da atividade.

1.2 Os riscos aplicados à profissão do professor

[21] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 27.

[22] Idem. Ibidem.

[23] HORVATH JR., Miguel. *Direito Previdenciário.* 9. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 23

Atualmente, há uma série de problemas que comprometem o ensino educacional ministrado em sala de aula. A educação, mormente criticada, condiciona boa parte dessa deficiência aos professores, e a sua qualidade de ensino. Exige-se cada vez mais uma educação de excelência, por meio de profissionais qualificados e comprometidos com o ensino, todavia, o desconhecimento da realidade em sala de aula por muitos ecoa em uma situação teórica muito destoante da prática. [24]

Os riscos sociais, conceituados anteriormente, podem se evidenciar em algumas atividades mais do que as outras. A profissão do magistério exterioriza esse pensamento em relação aos professores de ensino público e privado, que compreendem o ensino infantil, fundamental e médio.

Conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho, há várias razões para que o professor esteja submetido a riscos maiores que de outras profissões, dadas as condições laborais a que se obriga.

O professor, que outrora deveria ser sub-rogado a um patamar mais alto, dada a excelência do labor que exerce, por vezes, continua sendo colocado à margem da sociedade, e, como resultado, tem sido cada vez mais desvalorizado. Essa crescente desvalorização dos salários, a falta de tempo para aperfeiçoamento de sua profissão, bem como as doenças ocupacionais decorrentes de seus serviços, são as principais causas, somadas a outras, que inferem, em alguns casos, na baixa qualidade de ensino desses profissionais. Nas palavras de Cleci Maria, "todas essas

[24] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor: Aspectos controvertidos*. 3. Ed. Curitiba, Juruá, 2014. P.40.

questões podem ocasionar problemas de ordem física e psicológica, como o estresse sofrido em sala de aula, causado pelas péssimas condições de trabalho. " [25]

Ademais, o magistério, por todas essas condições, implica no exercício de uma atividade considerada penosa, em razão da exaustão física e emocional que, por vezes, conforme ilustra Christiane Marques, "faz com que a pessoa perca sua relação com o trabalho e a identidade profissional"[26]. Segundo a autora, questões como essas elevam a categoria de professores ao quarto lugar do ranking da *International Stress Management Association – Brazil*, ficando atrás apenas de policiais e seguranças, profissionais de atendimento ao consumidor e operadores de voo. [27]

As consequências do exercício dessa profissão são variadas, e serão discutidas oportunamente. Importa, neste primeiro momento, delimitar as principais causas que fazem com que esta profissão seja considerada de alto risco, onerando significativamente o Estado.

1.2.1 O Exercício do Magistério

O professor sempre esteve presente na sociedade de alguma forma, seja na figura dos filósofos, ou dos jesuítas, à época da Antiguidade, e Idade Média, respectivamente, seja como professor efetivamente nos dias de hoje. Em todos os períodos, sempre foi visto como ferramenta essencial para propagação do saber,

---

[25] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor: Aspectos controvertidos*. 3. Ed. Curitiba, Juruá, 2014. P. 41

[26] MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. Editora São Paulo. 2007. P. 85

[27] Idem. Ibidem. P.86

apesar de desempenhar diferentes papéis durante as diferentes épocas da sociedade. [28]

No Brasil, desde o desenvolvimento das primeiras escolas de ensino básico e superior, foram inúmeras as mudanças que ocorreram no que diz respeito à educação brasileira, em face das mudanças na perspectiva acerca do que era a educação, e como ela deveria ser compreendida.

Durante boa parte do século passado, o país seguiu um modelo bastante tradicionalista de ensino, cuja preocupação precípua era sobre aquilo que se ministrava em sala de aula. Com o tempo, as mudanças foram mais perceptíveis. [29]

Nos anos 70 (setenta), prevalecia o ideal de que haveria necessidade de valorizar a educação como instrumento de mudança de uma sociedade em processo de industrialização, para que a produção sem limites de um sistema capitalista em voga fluísse, trazendo a ideia de proletarização do trabalho do professor. Conforme acentua Cleci Maria: "O professor, como sujeito proletário, tem como seu modo de produção o ensino, mas sua ação não ocorre sobre coisas a serem produzidas, e sim, sobre pessoas que não constituem matéria morta, inanimada. "[30]

Posteriormente, como explica a pedagoga Verônica Branco, doutora em Educação pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), vieram as décadas de 80 e 90, marcadas pela tecnologia, cada vez mais crescente, em que o professor passou a

---

[28] VICENTINI, Paula Perin. *História da profissão docente no Brasil: representações em disputa*. São Paulo: Cortez, 2009.

[29] Idem. Ibidem.

[30] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 21.

enfrentar desafios de propagar o ensino, apropriando-se adequadamente desses meios.[31]

Já em pleno século XXI, em sala de aula, passou-se a ver o professor não apenas como o propagador dos saberes, ou instrumentos da proletarização, mas sim como formador de cidadãos. Passou-se à compreensão de um ideal que vai além do próprio ensino, mas sim do aprendizado efetivamente. Sobre esse ponto, assinala Carolina Pompeo que: "O professor trava um embate entre práticas tradicionais e a necessidade de enxergar o aluno". [32]

Entretanto, em que pesem as grandes mudanças na profissão, hoje, pode-se dizer que pela função formadora do professor em sala de aula, o peso por ele carregado, e a pressão exigida do Estado, dos pais, e dos próprios alunos, têm contribuído para a desqualificação do ensino, e por um consequente fardo no exercício dessa profissão. Soma-se a isso, o fato de que o magistério tem passado por uma crescente desvalorização. Nesse sentido, acentua Cleci Maria que:

> Exige-se muito e paga-se pouco pelo trabalho do docente, que se vê, cada vez mais, pressionado pelo mercado de trabalho, pelos pais, pelos alunos e pela própria instituição que quer resultados e não pode oferecer em troca a liberdade de debate na implantação de novas metodologias, visto que estas são impostas pelo governo e tecnocratas, que não estão inseridos no âmbito escolar, e, muitas vezes, desconhecem a realidade da sala de aula enfrentada pelo professor."[33]

---

31 POMPEO, Carolina. *Mudanças na educação redefiniram papel do professor em sala de aula*. Gazeta do Povo. Disponível: em https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mudancas-na-educacao-redefiniram-papel-do-professor-em-sala-de-aula-eexj5qwk35lt5xbjgsb5543f2. Acesso em: 16 ago. 2018.

32 Op. Cit.

33 DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 40.

A realidade dos professores hoje em sala de aula explica-se pelo trabalho dobrado que muitos exercem, principalmente em relação àqueles que trabalham em escolas públicas. Isto porque, é sabido que, na vida moderna, em que os pais saem para trabalhar, e chegam exaustos, muitos filhos são deixados aos cuidados de pessoas estranhas aos laços familiares, que educam, muitas vezes, mas não têm a mesma autoridade que os pais. Esta realidade é mormente verificada no dia a dia da sociedade. [34]

São esses alunos, sem estrutura familiar, que chegam às mãos dos professores, no ensino infantil, fundamental ou mesmo médio, e que necessitam receber toda atenção e afeto dos professores, para além daquilo que deveria restringir-se ao ensino. Portanto, esses discentes desempenham papeis muitas vezes dobrados, já que a responsabilidade familiar se soma a escolar.[35]

Ocorre que os professores não podem desempenhar um papel que deveria ser desempenhado dentro de casa. Muitos pais elevam a responsabilidade dos professores, e em grande parte das vezes, os culpam pela indisciplina e má comportamento de seus filhos a eles. Esses discentes, em que pese a solidariedade de muitos em se compadecerem pela situação dos alunos, sofrem com violência, estresse, e a sobrecarga em sala de aula, já que não é possível esperar que um aluno indisciplinado em casa, trate com respeito os seus mestres. [36]

É essa a realidade que necessita atenção especial. São diversos os riscos dentro do ambiente escolar a que os professores se sujeitam, no exercício de sua profissão, tais como: efeito *bournot*, sobrecarga, esgotamento, estresse, violência escolar,

[34] Idem. Ibidem. 77

[35] Idem. Ibidem.

[36] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 40

depressão, insônia, ansiedade, pânico, dentre outros riscos, que podem ser visualizados caso a caso.

1.2.2. A síndrome de bournot

A síndrome de bournot, ou efeito bournot, corresponde a um estado de tensão emocional crônica, decorrente de condições desgastantes de trabalho, que afetam, por sua maneira, o psicológico do profissional. É verificada sobretudo em profissionais cujo exercício da profissão requer maior comprometimento interpessoal direto e intenso com o ambiente do trabalho, como no caso dos docentes. [37]Nas palavras de Wanderley Codo, a síndrome de Burnout, "é uma síndrome através da qual o trabalhador perde o sentido da sua relação com o trabalho, de forma que as coisas já não o importam mais e qualquer esforço lhe parece ser inútil"[38]

Jesus[39]esclarece que o efeito bournot aflige os profissionais que apresentam ideais elevados, motivação e investimento pessoal, mas não se sentem reconhecidos ou se sentem impedidos de alcançar seus objetivos. O sujeito investe muito na carreia, mas o reconhecimento alcançado não é proporcional. Disso resulta dar

[37] VARELLA, Maria Helena. *Doenças e Sintomas:* Síndrome de *Burnout*. In: Uol, publicado em 31 mar. 2001, revisado em 6 mar. 2018. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencasesintomas/sindrome-de-*Burnout*/. Acesso em: 27 ago. 2018.

[38] VASQUES-MENEZES, I.; CODO, Wanderley. *Burnout:* Sofrimento Psíquico dos Trabalhadores em Educação. 1. Ed. São Paulo: CUT, 2000. P. 29-33. Disponível em: http://www.ia.ufrrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2007/T1 6SF(Educao)/Burnout_Cartilha_CNTE_e_CUT.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

[39] JESUS, S.N., *Professor sem stress: realização profissional e bem-estar docente*. Porto Alegre: Mediação, 2007.

muito mais de si do que receber de outrem, o que ocasiona a diminuição do esforço e do investimento psicológico na atividade para manter o equilibro.

Evidentemente, os professores passam diariamente por situações como essas, de desestímulo frente ao quadro atual da educação brasileira. Seja pelos baixos salários baixos, a desvalorização, a extensa jornada de trabalho, ou outra razão, os docentes estão em constante desgaste físico e emocional, que os levam a sofrer síndromes como estas em maior grau.[40]

Os professores, que se dividem no exercício de suas atividades, e atuam em funções diversificadas, períodos distintos, turmas diferentes, e com alunos com os mais diversos problemas, empreendem um esforço enorme na tentativa de estabelecer este vínculo afetivo. Com isso, este esforço pode tornar-se maior do que eles podem suportar. Nesses momentos, o professor encontra-se mais suscetível ao bournot. [41]

De acordo com Codo e Vasques-Menezes, o *burnout* envolve os professores nas três dimensões – exaustão emocional, cinismo e ineficácia, o que o faz se sentir desgastado, drenado, desmotivado. É muito difícil para o educador desistir de sua dedicação ao ensino, abandonar a profissão, pois o trabalho educacional lhe propicia (ou deveria propiciar) outras recompensas que não as monetárias. [42]

---

[40] VASQUES-MENEZES, op. cit. Acesso em: 25 ago. 2018.

[41] VASQUES-MENEZES, I.; CODO, Wanderley. *Burnout:* Sofrimento Psíquico dos Trabalhadores em Educação. 1. Ed. São Paulo: CUT, 2000. P. 29-33. Disponível em: http://www.ia.ufrrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2007/T1 6SF(Educao)/Burnout_Cartilha_CNTE_e_CUT.pdf. Acesso em: 25 ago 2018.

[42] Idem. Ibidem.

O *burnout* gera a tendência de uma evolução negativa no trabalho, e afeta a habilidade profissional e a disposição em atender às necessidades dos estudantes. Além disso, o contato e o relacionamento com as pessoas envolvidas no processo como receptoras do trabalho do professor – os alunos – ficam prejudicados, além de provocar também transtornos no relacionamento com o docente.[43]

Empreende-se, portanto, nesse caso, um dos principais riscos que atingem os profissionais da área da educação no exercício de sua profissão.

1.2.3 Sobrecarga e esgotamento do trabalho

Uma questão evidente quando se trata da profissão da docência, incrustada à sua desvalorizada imagem, é a sua má remuneração. Alguns estudos mostram o Brasil ocupando uma das piores posições em remuneração docente. Recebem em média entre dois e três salários mínimos para 40 horas semanais de jornada[44], o que não é compensador, e não corresponde ao nível de exigência da função.

Observa-se assim, que muitos professores acabam, em decorrência dos baixos salários, buscando outros meios de sobrevivência, como, por exemplo, empregos complementares, o que acarreta aumento da jornada de trabalho. Além disso, a situação da baixa remuneração é agravada considerando-se que a maioria dos professores são casados e tem filhos, não dispondo do seu salário para uso exclusivo ou individual. Na tentativa de melhorar o custo de vida, muitos professores acabam trabalhando em até três turnos para garantir o sustento. Desse modo, é nítida a sobrecarga do trabalho, que não fica só na escola, mas estende-se aos seus lares.

---

43 Idem. Ibidem.

44 VIEIRA, Jussara D. *Identidade expropriada:* retrato do educador brasileiro. 2. Ed. Brasília: CNTE, 2003.

Outro agravante decorrente dos baixos salários é que a grande maioria dos professores, principalmente em se tratando de mulheres, não têm condições de contratar serviços domésticos, estando sujeitos ao aumento da jornada de trabalho por conta, também, das atividades domésticas. O pouco tempo que lhes sobra não é suficiente para acompanhar o desenvolvimento e a educação dos próprios filhos, o que acentua o seu desgaste emocional.[45]Soma-se a isso as atividades de lazer que também são prejudicadas, devido ao baixo salário aliado à falta de tempo.

No Brasil, a maioria dos educadores trabalha 40 (quarenta) horas semanais e mais 14 (quatorze) horas semanais, em média, fora do recinto escolar. Ademais, depreendem de mais de 8 (oito) horas gastos em casa com trabalhos profissionais, o que acaba por configurar uma invasão do espaço domiciliar. Esta extensa jornada de trabalho traz sérias consequências para saúde do professor e afeta também a relação com a família e a qualidade do trabalho. Isso acarreta maiores custos ao Estado em razão de constantes afastamentos por problema de saúde. [46]

1.2.4 O estresse

Nas palavras de Cleci Maria Dartora, "no caso do estresse, não há o envolvimento das condutas e atitudes citadas no caso do *bournot*. É um esgotamento pessoal que interfere na vida do indivíduo, e não na sua relação com o trabalho. " [47] Em casos exacerbados, pode-se identificar a síndrome de bournot, citada anteriormente.

---

[45] Idem. Ibidem.

[46] VIEIRA, Jussara D. *Identidade expropriada*: retrato do educador brasileiro. Brasília: CNTE, 2003.

[47] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor: Aspectos controvertidos*. Curitiba, 3o edição. Capítulos II e III. 2014. P. 51.

O estresse pode ser compreendido como a resposta do corpo humano às exigências que lhe são feitas, e que excedem à sua possibilidade de confrontação, de enfrentamento. Em relação ao docente, são várias as causas que refletem no estresse diário a que se sujeitam, como por exemplo, a má remuneração, que resulta em desgaste e leva ao estresse.[48]

Além disso, observa-se também o comportamento diário dos alunos, que cada vez mais têm desrespeitado o professor em sala de aula. Esse tipo de comportamento desestimula o profissional, ocasionando estresse.

Fora isso, vários outros fatores corroboram para uma rotina desgastante, que levam ao estresse diário. Conforme salientado anteriormente, incluem-se nesses fatores a sobrecarga no trabalho, a desmotivação dos alunos, o desafio diário que é lidar com muitos deles, a falta de tempo, dentre outros. Alguns fatores serão identificados caso a caso a depender das características individuais de cada profissional, e as demais características que envolvem seu ambiente de trabalho de um modo geral. [49]

Tudo isso avigora a necessidade do professor de estar sempre amparado, já que os riscos de sua profissão elevam em muito os cuidados com a sua saúde física e psicológica. Sobre esse tema, acentua a referenciada autora:

> Até chegar ao ponto de o professor procurar um médico psiquiatra ou um psicólogo, muitos conflitos decorrentes dessa situação calamitosa já ocorreram em sala de aula, interferindo

[48] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 52

[49] Idem. Ibidem.

> no aprendizado dos alunos e podendo causar, no professor e nos alunos, traumas permanentes. [50]

Isso apenas demonstra a realidade que muitos sofrem, e a necessidade constante do docente de buscar acompanhamento médico. Um estudo realizado pela OMS[51] revela que o estresse se distingue dos demais transtornos porque carrega consigo um modo de vida diário de esgotamento, que produz reações e mudanças significativas. Interfere, assim, no dia a dia dos profissionais, que carregam dificuldades diárias no desenvolvimento da sua função. Essa exaustão é só o início de transtornos muito mais graves, que levam os professores a se afastarem da sala de aula tão recorrentemente.

1.2.5 A violência escolar

Uma pesquisa coordenada pela socióloga Miriam Abramovay, que deu origem à obra "Cotidiano nas Escolas: entre violências", abrangendo milhares de alunos das redes públicas em várias capitais brasileiras, demostrou que 47% dos professores já receberam xingamentos de seus alunos e mais de 50% dos docentes reputavam o ambiente escolar como ruim ou péssimo. [52]

A autora revela ainda, que não é pequena a quantidade de alunos que afirmam que, muitas vezes, os arredores das escolas são menos violentos que sua própria dependência. E, considerando-se o entorno, muitos também reclamam da falta de policiamento nos lugares mais perigosos. Isso resulta em problemas como o

[50] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 53.

[51] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação de Transtornos Mentais e Comportamento da CID-10, Descrições Clínicas e diretrizes Diagnosticadas*. Poro Alegre: Artes Médicas, 1993.

[52] Op. Cit. P. 54-55.

tráfico de drogas, e formação de gangues. Desse modo, os superiores escolares e os próprios professores perdem sua autoridade em detrimento dessa violência. [53]

Isso resulta na maior indisciplina dos alunos, sobretudo no que tange ao descumprimento de regras estabelecidas pelo ambiente escolar. Essas situações repercutem na falta de respeito, que pode gerar violência verbal, ou até mesmo física. Ressalta a autora Cleici Maria:

> A situação dos professores na sala de aula também é desconfortável, pois muitos sentem que os alunos lhe faltam com o respeito. Essa situação agrava-se nas escolas da rede privada, porque há alunos que acham que, pelo fato de pagarem o estudo, têm o direito de enfrentar os professores e funcionários. [54]

Tudo isso acentua mais ainda o risco que é estar em sala de aula, e a penosidade dessa profissão. Por si só a violência escolar já é um risco, mas mais ainda, ela acentua outros riscos, pois os professores exercem seu labor em meio a estresse, desestímulo e inseguranças. Isso implica em reflexos na educação dos discentes, que deveriam, porém não são, ser bem tratados pelo Poder Público.

1.2.6 Doenças físicas

Além disso, as doenças físicas, em detrimento do ambiente que os professores muitas vezes são expostos, também causam esse tipo de afastamento. Muitos docentes exercem seu labor em meio a ambientes empoeirados e insalubres, principalmente em regiões rurais, realidade esta completamente presente ainda nos

[53] ABRAMOVAY, Miriam. Cotidiano nas Escolas: entre violências. Brasília: Unesco, 2016. P. 29-31
54 Idem. Ibidem. P. 39

dias de hoje. Por conta disso, acabam por adquirir problemas de ordem respiratória com frequência. [55]

Outro fator importante é o contato com muitas pessoas, principalmente crianças, que são sempre mais suscetíveis a viroses e outras doenças que podem facilmente contaminar. Soma-se a isto as frequentes queixas de dores na coluna, problemas circulatórios, face a posição em que ministram as aulas, e até mesmo, problemas vocais, pois é sabido que os professores gritam muito a fim de tentarem obter a atenção de seus alunos.[56]

1.2.7 Depressão, insônia, ansiedade, pânico

Entretanto, não é somente o físico do professor que é constantemente afetado. Conforme discutido anteriormente, a síndrome de *bournot* é o ponto máximo, para alguns, de níveis elevados de estresse, esgotamento e perda do próprio sentido e significado do trabalho. Porém, são vários outros transtornos atrelados ao psicológico do docente, alguns em menor grau, que os levam frequentemente a se afastarem da sala de aula. Doenças como a depressão, a síndrome do pânico, e distúrbios de ansiedade e insônia são também as maiores causas para esse afastamento.

[55] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 75.

[56] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 75.

Uma pesquisa realizada pelo G1 (GLOBO),[57] em 2015, em uma cidade do Estado de São Paulo, revelou que em torno de dois profissionais, a cada dez, afastam-se por problemas de saúde. Cerca de 23% dos pesquisados à época deixaram de atuar em face de atestados médicos. Importa salientar que hoje, esse número pode ser ainda bem maior. Essa mesma pesquisa ainda apontou que, dos pesquisados, os quais somam mais de 1200 professores, cerca de 26% afastaram-se por problemas psiquiátricos, como pânico, estresse e fobia.

No tocante à depressão, esta não pode ser vista por meio de episódios individuais, pois não é apenas um sentimento de tristeza. A depressão tem como efeito principal a perda de interesse por si, e pelas atividades que exerce em decorrência de vários fatores. [58] E, muitas vezes, o ambiente a que o profissional está encaixado, às vezes desmotivado, desvalorizado, desrespeitado, corrobora para que essa doença venha se avigorar.

Uma nova pesquisa, também realizada pelo G1 (GLOBO), esta em 2012, pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial de São Paulo revelou que "40% dos professores afastados por problemas de saúde, quatro tiveram algum tipo de transtorno psiquiátrico. Os diagnósticos mais comuns foram ansiedade e depressão." [59] Essa mesma pesquisa revelou que esses problemas são muitas vezes acentuados em razão do desrespeito em sala de aula, bem como pela jornada exaustiva de trabalho.

57 BENEDETTI, Ieda. Estresse é a principal causa de afastamento entre professores. G1. GLOBO. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2015/08/estresse-e-principal-causa-de-afastamento-entre-professores.html. Acesso em 30 ago 2018.

58 DARTONA, Cleci Maria. Aposentadoria do professor: Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P.56-57.

59 APEOESP. 40% dos professores afastados por saúde têm depressão, aponta estudo. 2012. G1. GLOBO. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2012/10/40-dos-professores-afastados-por-saude-tem-depressao-aponta-estudo.html . Acesso em: 24 ago. 2018

O sono também é um dos fatores que são afetados por um estilo de vida estressante, como é no caso dos docentes. Ademais, também pode estar vinculada a um dos efeitos da depressão. Obviamente, nem todos os professores sofrem com a insônia, mas alguns acabam sofrendo, muitas vezes, em razão de envolverem-se com os problemas em sala de aula. A tensão que tudo isso gera, a preocupação com o trabalho (pois muitos sofrem com a espera da contratação), e a ansiedade, podem resultar nesse distúrbio. [60]

A ansiedade é só mais um desmembramento desses transtornos psicológicos. Isto porque hoje se reconhece de forma mais evidente a ansiedade como um distúrbio que pode levar a pessoa a uma situação de enfermidade. Ela decorre da insegurança, que é resultado de uma identidade lesada, bem como de uma autonomia desrespeitada e posta em dúvida, que acabam levando a uma baixa moral e autoestima, resultado da insegurança, a qual leva a uma sensação forte de ansiedade. [61]

Por último, a síndrome do pânico, também pode ser reconhecida como um risco aos trabalhos dos professores, já que também contribui para o índice de afastamento dos docentes da sala de aula. Muitos professores sentem pânico de entrar na sala de aula, e, claro, isso é resultado da soma de vários transtornos citados anteriormente. O pânico gera o mal-estar do trabalhador, que começa a desenvolver hipocondria, e "agorafobia", de modo a asseverar sua dependência de outrem. O

[60] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 57-58.

[61] MOSQUERA, J. J. M. Tentativa de Caracterização dos Sentimentos dos Professores nos Diferentes Graus de Ensino. Porto Alegre: Sulina, 1976.

pânico também pode ser conjugado com a desmoralização que os profissionais acabam sentindo.[62]

1.2 O risco do professor

Por tudo isso, conclui-se que a profissão do professor é muito desvalorizada, e os riscos a ela inerentes são sobremaneira relevantes. Todas essas questões atingem os docentes em vários momentos de sua vida acadêmica, e levam muitos a se afastarem da docência, colocando-os em uma situação maior de risco em detrimento dos demais trabalhadores. Com efeito, esta é a razão para que muitos hoje não optem por esse exercício, pois são sabidos os seus riscos.

Conforme demonstrado, é elevada a quantidade de professores que se afastam por transtornos psicológicos, e por vezes, físicos, e que, assim, traduzem a dificuldade desse labor. Para tanto, compará-los a um empregado normal e subrogá-los a um mesmo regime de um empregado comum é sobremaneira desarrazoado.

Esses riscos devem ser trabalhados de maneira criteriosa, devendo ser protegidos. Isso evidencia uma aspiração em garantir segurança, em detrimento dos riscos que podem acometer esses profissionais. É por meio de uma construção acerca do que é necessário visualizar para minimizar os prejuízos e maximizar os benefícios dessa categoria, que se evidencia o raciocínio defendido por Beck, discutido anteriormente.

Desse modo, é imperioso destacar que o regime de trabalho, bem como previdenciário, a que estes profissionais se submetem deve respeitar um segmento próprio, de modo a abarcar todos esses riscos, e compensá-los, por meio da ideia de

62 NARDI, Antônio Egidio; BEUNO, Joao Romildo; NUNES FILHO, Eustachio Portella. Psiquiatria e saúde mental: conceitos clínicos e terapêuticos fundamentais. São Paulo: Atheneu, 2005.

justiça social, pela profissão que eles exercem. De acordo com que fora demonstrado, pode-se dizer certamente que o exercício do magistério é, por vezes, considerado uma atividade penosa, e que, portanto, merece atenção especial do Estado.

De modo a melhor compreender as garantias e direitos desses profissionais, no capítulo 2 (dois) do presente trabalho será apresentada uma breve síntese da regulamentação que é aplicada aos docentes, bem como os direitos e garantias adquiridos por essa categoria ao longo dos anos.

2 DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO PROFISSIONAL DE ENSINO – BREVES CONSIDERAÇÕE SOBRE REGIME DE TRABALHO DO PROFESSOR

2.1 Normas que regem o trabalho do professor

É cediço que a legislação brasileira compreende diversas normas gerais e específicas de proteção ao trabalhador, a fim de regulamentar as relações individuais e coletivas de trabalho. Há, contudo, disposições próprias de regulamentação para determinadas classes, como é o caso dos professores. A legislação, por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) trata dessas especificidades atreladas a determinadas profissões em título próprio, denominado de "Normas Especiais de Tutela do Trabalho".

Inicialmente, importa destacar que, em razão dos riscos concernentes ao trabalho dos professores, estes possuem regulamentação própria de trabalho. Isto porque, a atividade exercida por esses profissionais exige alguns tratamentos diferenciados, de modo a protegê-los de tais riscos, os quais foram demonstrados no capítulo anterior do presente trabalho. É imperioso, desse modo, que tais normas sejam trabalhadas.

Nessa conjuntura, os profissionais do ensino que trabalham com educação infantil, ensino fundamental ou médio, atuam sob a égide das normas previstas nas leis trabalhistas (CLT), em seção própria, dos artigos 317 a 323, e ainda, seguem as orientações da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)[63], que estabelece normas básicas de educação, direcionadas também aos docentes. Em seu artigo 67, assegura referida lei os seguintes direitos básicos aos docentes:

> Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:
>
> I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
>
> II - aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;
>
> III - piso salarial profissional;
>
> IV - progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho;
>
> V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;
>
> VI - condições adequadas de trabalho

Ressalta-se que tais considerações devem ser observadas tanto pelos funcionários das instituições públicas, como também privadas. Evidente, todavia, que para os funcionários das instituições privadas é de suma importância o estudo da Consolidação das Leis Trabalhistas. Os funcionários da rede pública, por sua vez, devem observar sumariamente as novas previstas nos estatutos estatais, municipais ou federais, conforme o cargo exercido, tendo em vista gozarem de regime especial,

63 BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

qual seja, estatuto previsto em lei específica. Ademais, para estes, prevalece a obrigatoriedade de sua admissão mediante concurso público. Sobre o tema, ressalta a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, em seu artigo 85, que:

> Qualquer cidadão habilitado com a titulação própria poderá exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para cargo de docente de instituição pública de ensino que estiver sendo ocupado por professor não-concursado, por mais de seis anos, ressalvados os direitos assegurados pelos Arts. 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias". [64]

Em todo o caso, os professores, de modo geral, estão submetidos a semelhantes normas de trabalho, tendo em vista seguirem a normatividade prevista na supracitada lei.

Além disso, muitos dos direitos desses profissionais também são tratados mediante acordos coletivos realizados com as associações coletivas representativas dessa classe, os Sindicatos dos Professores, de modo a trazerem mudanças continuas, em vários aspectos do trabalho, já que a luta pela valorização dessa classe trabalhista é constante, e sempre mutável.

Em consonância com a lógica estabelecida pela CLT, para fins de orientação temática a ser comentada, serão abordados, de forma breve, os principais tópicos relacionados ao trabalho dos professores, quais sejam: Habilitação (artigo 317); jornada de trabalho (artigos 318 e 319); e, remuneração (artigos 320, 321 e 322). Complementarmente, serão explanadas as normas previstas na Lei de Diretrizes Básicas de Educação, que trata em capítulo próprio dos professores, além das discussões estabelecidas mediante acordos coletivos.

---

[64] BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

2.1 Habilitação

Não há uma denominação clara acerca do professor. Diz-se que é "a pessoa habilitada, nos termos da lei, que profissionalmente exerce o magistério. [65]Na Consolidação das Leis do Trabalho, a Seção denominada "Dos Professores", se inicia no art. 317, que trata da habilitação, traçando que o objeto desse contrato é o "exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino". [66] Depreende-se, portanto, que a Lei trabalhista compartimentou as regras do contrato laboral entre os estabelecimentos particulares e as mantidas pelo Poder Público. Para ser professor nos referidos estabelecimentos, a lei exige apenas habilitação e registro no Ministério da Educação, conforme preceitua a segunda parte do referido artigo.

Resta claro que a lei é precisa ao delimitar a abrangência aos professores particulares. Isso porque os professores da rede pública são denominados servidores, ou funcionários públicos, os quais devem ser admitidos mediante concurso público. Em que pese essa diferenciação, nos últimos tempos, a contratação dos trabalhadores pelo Estado através do regime da CLT tornou-se tão ampla que provavelmente suplanta o quanto do funcionalismo.[67]

2.2 Jornada de Trabalho

Já em relação à jornada de trabalho dos docentes, preceitua o artigo 318 da Lei Trabalhista que "o professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por

---

[65] GONÇALVES, Emílio. *O Magistério particular e as leis trab*alhistas. São Paulo: Ed. LTr, 1970, P 28.

[66] Art. 317 - O exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação. BRASIL. Decreto Lei n. 5452 de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

[67] SADY, João José. *Direito do Trabalho do Professor*. São Paulo: LTr, 1996. P. 30

mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição".[68]

Anteriormente, previa a legislação que não era permitido ao docente lecionar por período superior a 4 (quatro) ou 6 (seis) aulas intercaladas em uma mesma instituição de ensino. Qualquer período lecionado que ultrapassasse esse ínterim deveria ser pago como hora extra. [69]

Com o advento da lei 13.415/2017, o disposto no art. 318 da CLT foi alterado de forma que o professor foi autorizado a dar aulas em uma mesma instituição de ensino, em mais de um turno, *"desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente,* assegurado e não computado o intervalo para refeição.", conforme ensina a lei. Certamente que a modificação desse dispositivo deve observar os preceitos constitucionais. Para tanto, passa-se a aplicar, por exemplo, o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, que orienta no sentido de que a duração do trabalho normal não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Outros direitos como intervalo, e repouso semanal devem ser também observados.

Sobre esse mesmo artigo, o TST editou as orientações jurisprudenciais de n. 206 e 393 da SBDI-1, sobre a questão das horas extras e salário mínimo devidos, segundo a qual "Exercida a jornada máxima (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/1988), e ainda, "a contraprestação mensal devida ao professor, que trabalha no limite

[68] Art. 318. O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição. BRASIL. Decreto Lei n. 5452 de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

[69] SADY, João José. *Direito do Trabalho do Professor*. São Paulo: LTr, 1996. P. 30

máximo da jornada prevista no art. 318 da CLT, é de um salário mínimo integral, não se cogitando do pagamento proporcional em relação a jornada prevista no art. 7º, XIII, da Constituição Federal." [70]

Por essa nova lei, infere-se que houve uma modificação significativa, já que a hora-aula composta por 50(cinquenta) minutos, passou a dar lugar à hora respectivamente trabalhada, deixando o professor de ter uma jornada de trabalho especial. Isto porque o docente somente receberia horas extras que jornada que excedesse às 44 (quarenta e quatro) semanais, não tendo mais direito a recebê-las diariamente pelo que ultrapassasse as oito horas diárias. Na prática, um retrocesso social, já que essa jornada é prejudicial ao professor, ao passo que deixa de protegê-lo em relação à jornada exaustiva que exerce. [71]

Complementarmente, é importante salientar que sobrevindo Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho, no sentido de melhorar tais condições, especialmente no que toca à duração máxima das aulas, deverão estes serem observados.

Outra crítica que se faz sobre o tema, é a respeito da jornada do professor fora da sala de aula. Isto porque é gasto um tempo considerável por esses profissionais na preparação das aulas, e correções dos exercícios e avaliações que são trabalhados com os alunos. Segundo a lei 11.738, a qual instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, o parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 11.738/2008 dispõe:

---

[70] OJ 206 e 393 da SBDI-1; BRASIL. Decreto Lei n. 5452 de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

[71] MARTINS, Sergio Pinto. *Supremo precisa examinar a jornada de trabalho dos professores.* CONJUR, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-18/sergio-martins-stf-examinar-jornada-professores. Acesso em 09 out. 2018.

> Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos". Assim, pelo menos 13 horas e 20 minutos das 40 horas semanais devem ser cumpridos em planejamento de atividades, fora da sala de aula.

A matéria, entretanto, foi questionada e levada a julgamento pela Suprema Corte, por meio do TEMA 958, que trata de recursos repetitivos, **e discute a "Aplicação do art. 2º, § 4º, da Lei federal n. 11.738/2008, que dispõe sobre a composição da carga horária do magistério público nos três níveis da Federação"** [72]

Por último, sobre a jornada desses professores, o art. 319 da Consolidação das Leis Trabalhistas preceitua que é vedado aos professores reger aulas aos domingos, bem como trabalhar em exames. 73

2.3 Remuneração dos Professores

No que toca ao tema "remuneração dos docentes", em relação aos da área privada, importa conhecer a redação do art. 320 da CLT, que aduz: Art. 320 - A remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários.". Há, pois, a figura do professor horista, que perceberá valores de acordo com a carga horário exercida, devendo se considerar para tanto o número de aulas que forem dadas durante a semana, multiplicando-se por 4,5, que indicam o número de semanas, para se calcular o salário final.

---

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4899570&numeroProcesso=936790&classeProcesso=RE&numeroTema=958. Acesso em: 18 set. 2018.

73 Art. 319 - Aos professores é vedado, aos domingos, a regência de aulas e o trabalho em exames. BRASIL. Decreto Lei n. 5452 de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2018.

Por sua vez, no que concerne aos professores da rede pública, interessa a seguinte normatividade:

> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/96), no art. 67 (Lei BR no 9.394, 1996) estabelece que estatutos e planos de carreira devem garantir o ingresso no magistério por concurso público, o aperfeiçoamento profissional, inclusive com licença remunerada, o piso salarial, a progressão na carreira baseada na titulação e na avaliação de desempenho, uma carga de trabalho que contemple período reservado a estudos, planejamento e avaliação, além de condições adequadas de trabalho.

Ainda, a respeito do tópico remuneração, acentua a recomendação da OIT/UNESCO DE 1996, item 115, sobre a condição dos docentes, que:

> A remuneração do professor deveria, a) refletir a importância que a educação tem para a sociedade e consequentemente a importância do professor, e as responsabilidades de toda a espécie que sobre ele recaem a partir do momento em que começa a exercer as suas funções; b) Poder ser favoravelmente comparado com os vencimentos pagos em profissões que exijam qualificações equivalentes ou análogas; c) Assegurar aos professores a manutenção dum razoável nível de vida para si e seus familiares e permitir o prosseguimento da sua formação e aperfeiçoamento profissional assim como o desenvolvimento dos seus conhecimentos e enriquecimento cultural. "[74]

Para a rede pública, tem-se a figura do piso salarial, instituído pela Lei n. 11.738, de 2008, e também previsto na Lei n. 9394/96, que trata das Diretrizes Básicas da Educação. A lei exara a obrigatoriedade de definir minimamente o salário que os docentes devem receber em todo o país, na rede pública de ensino, tanto para os que atuam na educação infantil, como no ensino fundamental e também no médio. A lei

[74] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO/UNESCO. *Recomendação relativa à condição dos professores*. Paris, 1966. Disponível em: <http:// unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495por.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

é válida para os profissionais que exercem carga horária trabalhista de 40 horas semanais. [75]

Importante salientar que esse salário não se confunde com a remuneração que esses profissionais receberão ao final, isto porque gratificações, adicionais, décimo terceiro, e férias, por exemplo, não somam a quantia a ser definida com base nesse piso. [76]

Em tese, esse valor deve ser reajustado anualmente, com o intuito de equiparar os profissionais da educação às demais classes trabalhistas, que também necessitam de curso superior, já que a média salarial dos professores é bem menor que aquelas. Essa atualização é feita pelo Ministério da Educação, em consonância com o Tesouro Nacional, que toma em consideração a quantidade de alunos matriculados na rede de ensino, e o quantitativo de recursos e receitas a serem distribuídos.[77]

Esse reajuste também é continuamente discutido por meio de negociações coletivas envolvendo os sindicatos das classes dos professores, que sempre procuram buscas maior valorização desses profissionais, que estão expostos diariamente aos riscos descomedidos, conforme salientado anteriormente. Além disso, essas negociações buscam minimamente tentar manter o piso acima da inflação verificada anualmente, embora nada impeça de que o reajuste ultrapasse essa meta. [78]

---

[75] CARDOSO, Armando. *Entenda como é calculado o piso dos professores da educação básica.* Portal EBC: Agência Brasil, 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/entenda-como-e-calculado-o-piso-dos-professores-da-educacao-basica. Acesso em: 15 out. 2018.

[76] Idem. Ibidem.

[77] Idem. Ibidem.

[78] CARDOSO, Armando. *Entenda como é calculado o piso dos professores da educação básica.* Portal EBC: Agência Brasil, 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/entenda-como-e-calculado-o-piso-dos-professores-da-educacao-basica. Acesso em: 15 out. 2018.

É cediço que apesar da obrigatoriedade dessa norma, a classe da docência nem sempre tem segurança acerca do cumprimento desse reajuste anual. Segundo noticiário dado pela EBC[79], em 2016, muitos foram os estados e municípios que descumpriram tal regra. Mais da metade dos municípios em cerca de 10 estados não reajustaram o salário dos professores com bases na lei. Apesar disso, o noticiário também assevera que não há uma punição expressa na legislação a despeito da inobservância de tal preceito, o que denota a desvalorização dessa classe, que muitas vezes não é priorizada. Eis um dos grandes motivos de desestimulo desses profissionais.

No caso dos professores da rede de ensino privada, há várias especificidades sobre a remuneração, previstas nos artigos 320 a 323, da CLT. Como forma de evidenciar a importância do tema, indica o art. 323 que:

> Art. 323, CLT. Não será permitido o funcionamento do estabelecimento particular de ensino que não remunere condignamente os seus professores, ou não lhes pague pontualmente a remuneração de cada mês. Parágrafo único - Compete ao Ministério da Educação e Saúde fixar os critérios para a determinação da condigna remuneração devida aos professores bem como assegurar a execução do preceito estabelecido no presente artigo.

Ademais, direitos como férias remuneradas, e prazo para pagamento, repouso semanal remunerado, dentre outros, são perfeitamente garantidos aos docentes. Sobre este último, há ainda entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na discussão sobre o repouso remunerado, em vista da condição de horista dos professores:

[79] PORTAL EBC: AGÊNCIA BRASIL. Op. Cit. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/menos-da-metade-dos-municipios-declararam-cumprir-o-piso-dos-professores-em. Acesso em: 15 out. 18.

> SUM-351 PROFESSOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 605, DE 05.01.1949 E ART. 320 DA CLT (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia.

Por último, é importante ressaltar que os salários dos docentes também estão sujeitos ao crivo da irredutibilidade, garantido constitucionalmente. Conforme salienta Mauricio Godinho Delgado:

> Note-se, portanto, que a noção de irredutibilidade busca combater duas modalidades centrais de diminuição de salários: a redução salarial direta (diminuição nominal de salários) e a redução salarial indireta (redução da jornada ou do serviço, com consequente redução salarial). Como enfatizado, tais modalidades são, em princípio, vedadas pela ordem jurídica, podendo ensejar, conforme o caso, até mesmo a rescisão do contrato por culpa empresarial (art. 483, d e g, CLT)[80]

Notoriamente, a desvalorização dos professores é ainda mais evidente na rede privada, pois submetidos aos interesses econômicos das instituições, acabam por ocasionar rescisões indiretas, dada a diminuição no número de aulas, ou mesmo pela falta de uma política valorativa. Sobre a necessidade de uma maior valorização salarial, asseveram as autoras Leda Maria Messias da Silva e Marice Taques Pereira que:

> Entretanto, a maioria das instituições de ensino privado não possui políticas de valoração do docente e não os remuneram adequadamente. Sequer possuem Plano de Carreira e quando possuem são arremedos de plano, que em nada valorizam o professor e que só atendem os interesses capitalistas deles

[80] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 815.

> próprios. Isto faz com que o professor assuma inúmeras aulas para poder cumprir com seus compromissos financeiros.[81]

Para tanto, a eficácia dessas discussões, principalmente salariais, necessita de uma atuação mais iminente dos sindicatos desses profissionais. OS SINPROS (Sindicato dos Professores), de uma maneira geral, com atuação em todos os estados brasileiros, são associações coletivas que visam apoiar os docentes na luta por melhores condições gerais de trabalho, como salário, meio ambiente escolar, benefícios, defesa quanto às demissões abusivas, proteção ao trabalho penoso, e insalubre, dentre outros. [82]Em alguns estados, há sindicatos específicos que atuam na rede de ensino privada, e outros, que atuam somente na rede público, todavia, em nada. De toda forma, são eles os responsáveis pela grande parte desses profissionais da área da educação.

2.4 Meio-ambiente de trabalho dos docentes

Assevera o inciso VI, do art. 67, da Lei de Diretrizes Básicas de Educação que "Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: VI - condições adequadas de trabalho."

Ocorre que, apesar de tal previsão, o ambiente de trabalho desses profissionais é mormente causador de grandes estresses, conforme demonstrado no capítulo 1 (um) do presente trabalho, a despeito dos riscos concernentes a esta profissão. Não bastasse as condições físicas de muitas escolas, principalmente da rede

---

[81] SILVA, Leda Maria Messias da; PEREIRA, Marice taques. ***Docência (In)digna – O meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade***. São Paulo: LTr, 2013.

[82] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. P. 1414-1415.

pública, e a falta de material adequado ao ensino, na maioria das vezes, esses profissionais convivem com diversos outros fatores que culminam num desgaste ainda maior, quais sejam: baixos salários, violência escolar, assoberbamento de tarefas, dentre outros fatores. Nesse sentido, asseveram Deise Vilma Webber e Vanessa Vergani:

> A profissão de professor vem sofrendo crescente desprestígio e, pardoxalmente, cada vez maiores cobranças: ritmo acelerado, maior tempo despendido, maior responsabilidade e complexidade das tarefas. Esses problemas contribuem para a proliferação de doenças ocupacionais dos Professores, fato que vem ocorrendo em escala alarmante no corpo docente brasileiro. E não só no Brasil, pois desde 1983, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aponta os professores como sendo a segunda categoria profissional, em nível mundial, a portar doenças de caráter ocupacional. [83]

Infere-se, portanto, que todas essas questões, somadas aos demais riscos enumerados no capítulo 1 (um) resultam em um ambiente de trabalho desgastante ao professor, devendo considerá-lo, muitas vezes, como penoso. E é a essa conjuntura que o professor se submete, devendo, apesar disso, manter a excelência desse ofício, que é a missão de ensinar e formar cidadãos preparados para o futuro.

Como reflexo dessa atividade, os professores durante muito tempo tiveram reconhecido seu direito a uma aposentadoria especial, sendo esta regulada pelo Decreto 53.831/64. Todavia, em que pese a revogação do referido decreto, em abril de 1995, a aposentaria desses profissionais permaneceu sendo justificada com base na penosidade. Esse argumento ainda é notadamente válido, todavia, não mais assegurou a garantia a uma aposentadoria especial.

---

[83] WEBBER, Deise Vilma; VERGANI, Vanessa. *Profissão de Professor na Sociedade de Risco e a Urgência Por Descanso, Dinheiro E Respeito No Meio Ambiente Laboral*. P. 8807. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3122.pdf. Acesso em 15 out 2018.

Atualmente, os professores seguem a regra prevista no art. 201, §8, da Constituição Federal, que dá direito a uma aposentadoria por tempo de contribuição qualificada, pela redução de 5 (cinco) anos em relação à regra geral, aplicável aos demais trabalhadores. [84]

Apesar disso, não há regulamentação no que diz respeito ao adicional de penosidade aos professores, o que evidencia ainda mais a desvalorização desses profissionais e ao ambiente em que se encontram, já que, as leis garantem adequadas condições de trabalho, mas tal preceito não é observado. Segundo Cleci Maria Dartora "[...]sendo o trabalho do professor penoso, e não existindo regulamentação legal, estar-se-á ferindo o princípio da dignidade humana, que tem proteção constitucional, e é cláusula pétrea [...]". [85]

Nesse sentido, faz-se necessária uma discussão acerca dos reflexos de todas as questões mormente apresentadas, quais sejam: os riscos inerentes à profissão dos professores, e seu meio ambiente de trabalho, e sua correlação na seara previdenciária. É fundamental a apresentação de todos os argumentos que justificam ou não a concessão de uma aposentadoria diferenciada aos professores, analisando-se seus direitos, com base nos riscos elencados, e no meio de trabalho que exercem seu labor. Tal discussão será feita no capítulo seguinte.

---

[84] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: § 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 16 out 2018.

[85] DARTONA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor:* Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 79.

3 O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO E SEU REFLEXO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1 Breve introdução sobre a previdência social brasileira

O direito à Seguridade Social, no qual se insere a Previdência Social, provém de um marcante desenvolvimento histórico referente aos direitos fundamentais. Inserem-se, pois, na chamada "segunda geração de direitos", os quais, a contra sensu dos direitos de primeira geração, chamados de individuais, possuem um caráter positivo de intervenção do Estado. São os chamados direitos sociais. Na visão de Cesarino Júnior, temos:

> Direito Social é a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e a ter acesso à propriedade privada[86]

Assim, a seguridade social surge a partir de um grande desenvolvimento da noção ligada aos direitos sociais. O Estado, nesse contexto, passa a intervir diretamente na vida e no trabalho das pessoas, de forma a proteger a sociedade dos chamados riscos sociais. Conforme discutido anteriormente, esses riscos referem-se aos fenômenos inerentes à vontade humana, que podem levar uma pessoa a um estado de necessidade, de forma que não mais seria possível sustentar-se ou prover o sustento de sua família. [87]

No Brasil, em suma, a evolução histórica da seguridade social passa por vários períodos, até obter um status constitucional, comtemplado pela Constituição Federal

[86] CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1980, p. 49

[87] HORVATH JR., Miguel. Direito Previdenciário. 9. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 22-23

de 1988. Em razão disso, pode-se dizer que hoje esta é compreendida como um conjunto de ações que envolvem não apenas um órgão do Estado, mas diversos outros, públicos e/ou privados, ligados a ações na área de saúde, previdência e assistência social. É o que traduz o *caput* do art. 194, da CF/88:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No que diz respeito à Previdência Social, o papel do Estado compreende a substituição da renda do trabalhador que contribui para o sistema, quando, por riscos reais ou presumidos, perder sua capacidade para o trabalho. Trata-se da ideia de proteção do risco, compreendida com Beck, e demonstrada no capítulo 1.

Todavia, não é correto compreender a previdência como mera espécie de seguro, cuja natureza é contratual. Isto porque, a previdência pública é de filiação compulsória, excluindo-se, por completa a vontade do trabalhador. [88] Conforme salienta Fábio Zambitte:

> Em verdade, a natureza dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, já que o Estado por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário. Por isso o seguro social é vinculado a ramo público do Direito (Direito Previdenciário), ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado (Direito Civil). [89]

88 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 29

89 Idem. Ibidem

A intervenção do Estado como protetor pressupõe que o trabalhador nem sempre é previdente, e, portanto, cabe a ele essa proteção, que deve ser financiada por um sistema, qual seja, o sistema da seguridade social.

Caracteriza-se, portanto, por ser contributiva, exigindo, para tanto, contraprestações para que possa ser utilizada, não abrangendo aqueles que não contribuem para o sistema. Tais caraterísticas podem sem observadas pelo artigo 201, e seus respectivos incisos, constante da Constituição Federal:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [90]

No Brasil, existem três espécies de regimes previdenciários, sendo necessário tecer breves considerações em relação a estes. São eles: regime geral da previdência social, o regime próprio, e o regime de previdência complementar. ..

Conforme ensina CASTRO, o Regime geral da previdência social, conhecido pela sigla RGPS, caracteriza-se por ser de filiação obrigatória e automática para os segurados que são a ele vinculados, sendo estes: os trabalhadores da iniciativa privada, os autônomos, empresários, empreendedores individuais, trabalhadores avulsos e os rurais. É regido pela Lei n. 8.213/91, que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social. Todos aqueles que não estão submetidos a regimes próprios,

90 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mar 2019.

enquadram-se neste. São vinculados ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social). Ademais, qualquer pessoa que não esteja elencada como segurado obrigatório, mas queira contribuir, também será inserida nesse sistema. São os chamados segurados facultativos.[91]

Já o regime próprio é assegurado a servidores públicos, com vinculo estatuário, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e militares dos Estados e Distrito Federal. É também um regime de filiação obrigatória e automática. Isso significa dizer que aos servidores públicos "é assegurado um estatuto próprio, a dispor sobre seus direitos previdenciários e a participação destes no custeio do regime diferenciado".[92]

Por último, há o regime da previdência complementar, comtemplado pela Lei Complementar 109/2001, e segundo o seu artigo 2º, "o regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar." [93] Este regime visa aumento do poder aquisitivo dos contribuintes, ante o limite de valores perceptíveis pela aposentadoria.

Tecidos tais esclarecimentos, importa ainda identificar quais são os tipos de aposentadoria na previdência pública que se tem hoje, para melhor compreensão das regras aplicadas aos professores. São elas: aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez e aposentadoria especial.

---

91 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P 101-102.

92 Idem. Ibidem. P.104.

93 BRASIL. *Lei Complementar n°* 109 de 29 de maio de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.html. Acesso em: 10 mar. 19.

Para entendimento do presente trabalho, importa destacar apenas a aposentadoria por idade e tempo de contribuição.

3.1.1 Aposentadoria por idade – Regime Geral da Previdência Social (RGPS)

A idade é compreendida como um motivo para se aposentar. A faixa etária varia entre os países, em razão dos diversos fatores que influenciam na média de expectativa de vida de cada cultura. O artigo 201, I, da Constituição Federal, elegeu a idade avançada como um dos riscos sociais cobertos pela previdência social. [94] Esse risco social implica uma determinada necessidade social: a perda ou diminuição da capacidade laboral. [95]

Miguel Horvath Junior ensina que os sistemas de seguridade social qualificam o atingimento da idade legal para aposentadoria sob dois critérios: um, que adota a aposentadoria por idade como contraprestação ou recompensa pelos anos de atividade produtiva do segurado (ancianidade); outro, que adota a aposentadoria por idade como incapacidade presumida (selinidade). Esta presunção é absoluta, não sendo necessária a prova dessa incapacidade. [96]

No Brasil, prevalece a concepção de senilidade, cujo beneficio previdenciário que se é recebido visa garantir a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada não permitir a continuidade da atividade laboral.

---

94 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

95 VIANNA, João Ernesto Aragones Vianna. *Curso de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: 2012, Atlhas. P. 498.

96 HORVATH JR., Miguel. *Direito Previdenciário.* 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 154.

A matéria é regulamentada pelo art. 48 e seguintes, da Lei n. 8213/91. Com efeito, estabeleceu-se que será devida a aposentadoria por idade ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher. [97]

3.1.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Por sua vez, a aposentadoria por tempo de contribuição possui um caráter de retribuição pelo tempo trabalhado. Atualmente, ela é devida da seguinte forma, em termos gerais:

> Art. 201 § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
>
> I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; [98]

Ou seja, independentemente da idade do trabalhador, tendo este contribuído durante o período na legislação, terá direito a se aposentar. A discussão acerca do risco social protegido, por isso, é tormentosa. Essa realidade levou Eduardo Tocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo a afirmarem que "o tempo de contribuição na verdade, não se constitui verdadeira contingencia social, visto que, por si só, não diminui nem elimina a capacidade de auto sustento do segurado". [99] A seu turno, também ensina Fábio Zambitte Ibrahim que:

---

[97] "Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. "[97] BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

[98] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar 2019.

[99] DIAS, Eduardo Tocha; MACEDO,José Leandro Monteiro de Macedo. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012. P. 269.

> A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício que sofre constantes ataques, sendo que um número razoável de especialistas defende sua extinção. Isso decorre da conclusão de não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido – o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho". [100]

Essa crítica é objeto de constantes discussões. Em que pese a aposentadoria por tempo de contribuição ainda vigorar na atual conjuntura constitucional, sua prevalência pode não durar muito tempo. [101]

3.2 As regras atuais de aposentadoria aplicadas aos professores

O Estado, como garantidor da Ordem Social, possui deveres e obrigações para com a população. Ao trabalhar com políticas públicas, o Estado deve compreender as adversidades e problemática de cada classe. Por isso, no tocante à previdência, o Estado deve buscar a isonomia na prestação dos benefícios, uma vez que homens, mulheres, professores, militares e rurais, por exemplo, possuem especialidades que os colocam em posições diferenciadas no trabalho, que é o primado da Previdência Social. Isto porque, riscos específicos exigem regras especificas.

É o que de fato procura-se atingir, se verificarmos a especialidade de cada benefício previdenciário assegurado pela Lei 8213/91, que trata sobre o assunto, no que toca ao regime geral da previdência social. Verifica-se, por exemplo, a instituição de aposentadorias diferenciadas, para pessoas que

[100] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 319.

[101] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 319.

trabalham na zona rural, ou pessoas com deficiência, dadas as suas condições para o trabalho, e a minoração da capacidade laboral. [102]

Nessa perspectiva, os professores também obtiveram critérios diferenciados na cobrança de idade e tempo de contribuição para o alcance da aposentadoria, em razão do risco social a que está submetido. Em razão do esforço despendido, das condições laborais, e, em suma, do desgaste maior provocado pelo exercício da função, foi lhe concedido o direito a uma aposentadoria constitucional diferenciada.[103]

Os riscos que asseguram a especificidade dessa concessão são diversos, e foram minuciosamente descritos no capítulo 1 (um) do presente trabalho. Ademais, soma-se a isto a necessidade de se aplicar regras especiais de trabalho, as quais se justificam também pelos riscos da profissão. Tais regras foram também trabalhadas no capítulo 2 (dois) deste trabalho.

Por essa razão, a aposentadoria do professor, durante muitos anos, foi considerada como uma aposentadoria especial, atualmente regulamentada nos artigos 57 e 58 da Lei 8213/91, e concedida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [104]

---

[102] BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

[103] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 612

[104] Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. BRASIL. Lei n. 8.112, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

Todavia, não mais subsiste essa nomenclatura, pois a partir da vigência da EC 18/81, a aposentadoria do professor deixou seu caráter de aposentadoria especial, não, deixando, todavia, de prevalecer sua especialidade, e natureza de espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. [105]

Cumpre, agora, prestados os necessários esclarecimentos, destacar as principais regras aplicadas à previdência dos profissionais de ensino e apontar as mudanças pretendidas, bem como questionar sua validade. Inicialmente, importa destacar as exigências atuais necessárias à aposentaria dos professores vigentes da lei, e analisadas pelo INSS para concessão do benefício.

Assim, temos que: para se aposentar como professor, deverá o segurado comprovar um tempo mínimo de contribuição, que será de 25 anos para a mulher, e 30 para o homem. Observa-se que há uma redução de 5 (cinco) anos no tempo normalmente exigido. Essa prerrogativa é assegurada pelo art. 56, da Lei 8213/91:

> Art. 56. O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo.

Para cálculo do valor do benefício, este consistirá numa renda mensal calculada da seguinte forma: para a mulher, será 100% do salário de benefício aos 25 anos de contribuição, e para o homem, 100% do salário de benefício aos 30 anos de contribuição, se comprovado o efetivo exercício em função de magistério na

[105] SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P.266

educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio. Salário de benefício é "a base de cálculo da renda mensal inicial do benefício previdenciário".[106]

Saliente-se que, pelas atuais regras, no regime geral, não há requisito de idade mínima a ser cumprido para que o professor venha se aposentar. No regime próprio, conforme art. 40, §1º, III c/c §5º da Constituição Federal, o requisito da idade mínima de 60 (sessenta) anos para mulheres e 65 (sessenta e cinco) para homens deve ser observado, com a redução de 5 (anos) assegurada aos professores. [107]

Em relação ao regime geral, por sua vez, efetivado o tempo de contribuição, nasce ao profissional o direito de aposentadoria. Todavia, em que pese a idade não influenciar em seu direito, o mesmo não ocorre com relação à incidência do fator previdenciário.

Para melhor compreensão, insta conceituar que: o fator previdenciário é o resultado obtido após a aplicação de uma fórmula (abaixo transcrita), e que se aplica sobre a média dos salários de contribuição.[108]

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100}\right]$$

O art. 32, §§ 11 e 12, do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3048 de 06 de Maio de 1999), define os componentes desta fórmula:

---

[106] SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 201.

[107] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar 2019.

[108] Idem. Ibidem.

> § 11. O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, mediante a fórmula: (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999) onde:
>
> f = fator previdenciário;
>
> .....
> Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;
>
> Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;
>
> Id = idade no momento da aposentadoria; e a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.
>
> § 12. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).[109]

Para o cálculo do Fator Previdenciário são considerados a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar. Essa expectativa de vida é fixada pela tábua completa de mortalidade construída pelo IBGE, considerando a média nacional única para ambos os sexos. (art. 29, §§7º e 8º do PBPS e art. 32, §§11 e 12, do RPS). [110]

Em que pese o fator previdenciário ser obrigatório na aposentadoria por tempo de contribuição, a maioria das vezes, ele é empregado como forma de reduzir o valor do benefício da aposentadoria, na medida em que o segurado tenha menos idade:

[109] BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 23 mar. 2019.

[110] SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.P 203

> O FP tem por objetivo estimular a permanência do segurado em atividade formal, retardando a sua aposentadoria para que não tenha um decréscimo no benefício: tenta compensar, de certa forma, o limite de idade que foi rejeitado quanto da aprovação da EC 20/98. [111]

Desse modo, é importante destacar que quanto menor a idade que o professor venha a requerer sua aposentadoria, cumprido o tempo de contribuição, maior será a incidência do Fator Previdenciário, ou seja, menor será o valor do benefício.

Há, no entanto, uma hipótese em que o poderá o professor conseguir se aposentar sem a incidência do fator previdenciário em seu cálculo. Trata-se da regra 86/96, aprovada pelo Congresso Nacional em 2016. Em verdade, esta regra é aplicada também aos demais contribuintes do regime, porquanto trata-se de uma regra de transição. Por esta regra, caso o discente, mulher e homem, respectivamente, ao somar o tempo de contribuição com a idade, resulte na soma de 86 ou 96 pontos, poderá aposentar-se recebendo o valor integral. Em suma, a regra, que é aplicada a quem já contribuiu 25 ou 30 anos, se mulher ou homem, respectivamente, concede uma bonificação de 5 anos aos que decidirem contribuir mais tempo, para receber sua aposentadoria integral. [112]

Além disso, a principal das regras aplicadas ao profissional de ensino compreende a comprovação de efetivo exercício na atividade do magistério, incluídas as prestadas na educação infantil, e no ensino fundamental e médio, conforme redação do art. 56, da Lei de Benefícios Previdenciários (8213/91). Para ter direito a se aposentar pelas regras expostas, deverá o professor comprovar exercício exclusivo como professor.

---

[111] Idem. Ibidem. 204

[112] SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 204

Há uma grande controvérsia a despeito do que de fato configura esse exercício. Durante muito tempo, entendeu-se que a função do magistério seria aquela exercida apenas dentro da sala de aula. Era o que estabelecia o art. 56, §2º, do Decreto 3048/99, o Regulamento da Previdência Social. Esse entendimento foi firmado pelo STF, por meio da súmula 726, que aduzia: "Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula". [113]

Posteriormente, foi editada a Lei 11.301 de 2006, que alterou o §2º do art. 67 da Lei n. 9.394/96, que trata das Diretrizes Básicas de Educação, para valer com a seguinte redação:

> § 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. [114]

Contra essa alteração, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 3772-2, decidida pelo STF em 2008, a qual decidiu que os professores que exercerem cargos de direção pedagógica poderão ter aposentadoria especial.

> [...] I – A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico, e, ainda, a direção de unidade escolar. II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreria

[113] Idem. Ibidem. P. 268.

[114] BRASIL. *Lei n*. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

> do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos, os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, §5º e 201, §8º, da Constituição Federal. III – Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra"(Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Ac. Min. Ricardo Lewandowski, Dje-059, divulg. 26.03.2009, publ. 27.03.2009, republicação DJe-204, divulg. 28.10.2009, publ. 20/10/2009). [115]

Essa decisão, então, modificou o entendimento anteriormente firmado pelo Supremo, por meio da Súmula 726, acima referenciada, a qual previa que "para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.[116]

Em seguida, o Decreto 6722, de 2008, em consonância com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, alterou os §§1º e 2º do art. 56 do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3048/99), que então passou a prever que: [117]

> § 1º A aposentadoria por tempo de contribuição do professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio, será devida ao professor aos trinta anos de contribuição e à professora aos vinte e cinco anos de contribuição.
>
> § 2º Para os fins do disposto no § 1º, considera-se função de magistério a exercida por professor, quando exercida em

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. N. 3772-2. 1. Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1o da lei federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2o ao art. 67 da lei 9.394/1996. carreira de magistério. aposentadoria especial para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. [...]. 29 de outubro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033. Acesso em 24 mar 2019.

[116] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 714

[117] Idem. Ibidem. P. 712-714

> estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as funções de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.[118]

Assim, em suma, essas alterações permitiram um alargamento das atividades realizadas pelos professores, que antes eram restritas ao exercício da atividade em sala de aula. Hoje, o tempo de efetivo exercício na função de magistério, abrange também, além do ensino infantil, fundamental e médio, a atividade exercida além dos limites da docência, incluindo-se também, as funções de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. [119]

Insta salientar que essa atividade poderá ter sido prestada em estabelecimento de educação básica, ou em outros cursos de formação autorizados e reconhecidos pelos devidos órgãos competentes educacionais.[120]

Importa destacar também que, qualquer outra atividade exercida pelo professor fora do âmbito educacional, ou ainda que nele, não inclusas nas hipóteses preteridas no art. 56, do Regulamento da Previdência Social, não será contabilizada em relação ao tempo de contribuição para fins de aposentadoria pelas regras especiais aplicáveis aos professores. Todavia, o tempo trabalhado influenciará no cálculo do benefício. [121]

---

[118] BRASIL. Decreto 6.722, de 30 de dezembro de 2008. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2008/decreto-6722-30-dezembro-2008-585111-normaatualizada-pe.html. Acesso em: 24 mar. 2019.

[119] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P 613 – 614.

[120] Idem. Ibidem.

[121] SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito Previdenciário Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 265.

Caso o segurado tenha trabalhado em outras atividades e não exclusivamente como professor, poderá este somar todos os períodos e se aposentar apenas pela regra geral aplicada aos demais segurados.

No que toca ao regime próprio da Previdência Social, que neste caso, abrange os profissionais de ensino da rede pública de ensino que prestaram concurso público para cargos efetivos, a constituição de 1988 os assegura, em seu art. 201, §8o , mais art. 40o, que trata do regime próprio especificamente, uma redução de 5 anos no tempo de contribuição previdenciária, para fins de aposentadoria. Para tanto, deve-se comprovar o efetivo exercício em função do magistério na Educação Infantil, no ensino fundamental ou no médio, durante todo o período, mediante apresentação do diploma ou qualquer outro documento que comprove a habilitação para o exercício do magistério, na forma de lei específica, e dos registros na Carteira de Trabalho, além da declaração do estabelecimento de ensino onde foi exercida a atividade.[122]

Em regra, os requisitos a serem observados são assemelhados. A diferença reside no fato de que, como exercem cargo público, será também necessário cumprir o requisito mínimo de 10 anos no cargo público, e cinco no cargo em que se dará a aposentadoria, conforme art. 40, inciso III, da Constituição Federal. [123]

Além disso, em se tratando de serviço púbico, pode-se observar que há um limite de idade para que os professores requeiram os benefícios, de 50 anos para mulheres e 55 para homens, conforme salienta o §5º do art. 40 da Constituição

[122] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019. Art. 201, §8º.

[123] Art. 40, III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

Federal. Essa norma diferencia-se do regime geral, na medida em que neste não há limite idade, apenas a exigência de contribuição.[124]

Por último, insta destacar um ponto importante: os professores universitários não são abrangidos pelas regras especiais dos professores. O professor universitário deixou de ser contemplado com a aposentadoria especial do professor com a publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Essa emenda trouxe regras de transição para aqueles que não haviam cumprido os requisitos até a promulgação da emenda. Porém, apenas aqueles que cumpriram todos os requisitos exigidos até 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, adquiriram o direito de requerer a aposentadoria do professor.[125]

Estas são as disposições gerais que tratam da aposentadoria dos professores. A razão pela qual tais regras foram editadas reside no fato de que esses profissionais estão expostos a riscos que os demais empregados normais não se submetem. O ambiente "sala de aula" pode ser equiparado a ambientes penosos, conforme descrito nos capítulos anteriores.

Desse modo, faz sentido esta redução no tempo de contribuição, posto que a lógica da isonomia e igualdade apregoada pelo constituinte originário, só é válida se corresponder a realidade fática da população, ou seja, se houver uma real análise dos riscos, que são diferenciados em relação ao exercício da docência.

---

[124] Art. 40, § 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

[125] SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito Previdenciário Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 713

3.3. Proposta de Reforma Previdenciária (PEC 6/2019)

Sabe-se, todavia, que o texto constitucional é objeto de constantes reformas, que objetivam adaptar-se à realidade populacional. Nesse sentido, atualmente, tramita no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição 6/2019, com vistas a propor mudanças significativas no Regime de Previdência Social.

Todavia, a atual reforma exteriorizada pelo governo, conforme restará demonstrado, busca diminuir as diferenças no plano teórico, quando, em verdade, a realidade se apresenta de forma sobremodo diversa. Na visão do governo, promover eventuais equiparações entre os trabalhadores de um modo geral corrigiria tal deformidade.Vislumbra-se, portanto, a importância da análise acerca dessa reforma, e suas consequências no plano fático e jurídico da Previdência Social.

O projeto de reforma pretendido pelo governo sugere mudanças significativas em várias áreas da previdência, dentre elas, a que toca os professores. Em que pese o projeto ainda não ter sido aprovado, porquanto ainda depende de discussões no âmbito do Congresso Nacional, é imprescindível destacar suas mudanças, na medida em que as alterações no texto já apresentado não serão significativas.

3.3.1 Da Desconstitucionalização das Normas

Além das mudanças pretendidas em todas as áreas da previdência pública, conforme restará demonstrado nos tópicos seguintes, a Proposta de Emenda 06/2019, traz uma mudança muito significativa nas normas que regem o sistema previdenciário brasileiro. Essa mudança consiste na alteração do art. 40, §1º da Constituição Federal, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

> § 1o Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal disporá sobre as normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade previdenciária na gestão dos regimes próprios de previdência social de que trata este artigo, contemplará modelo de apuração dos compromissos e seu financiamento, de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos, dos benefícios, da fiscalização pela União e do controle externo e social, e estabelecerá, dentre outros critérios e parâmetros: [...]

Especificamente em relação aos professores, a alteração está prevista no §7º do art. 201 da Constituição Federal:

> "Art. 201. O Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, atenderá a: [...]
>
> § 1o Lei complementar de iniciativa do Poder Executivo federal disporá sobre os seguintes critérios e parâmetros do regime de que trata este artigo: [...]
>
> II - requisitos de elegibilidade para os benefícios, que contemplarão idade mínima, tempo de contribuição, carência e limites mínimo e máximo do valor dos benefícios; III - regras de cálculo e de reajustamento dos benefícios; [...]
>
> § 7o A lei complementar de que trata o § 1o poderá estabelecer idade mínima e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:
>
> III - professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; [...]

Trata-se, pois, da desconstitucionalização das normas previdenciárias. Essa alteração indica que caberá à lei complementar, ou ordinária em determinados casos, e não mais à emenda constitucional, a regulamentação de inúmeras regras atinentes aos regimes previdenciários dos trabalhadores do regime geral e funcionários públicos pertencentes a regimes próprios.

As alterações propostas pela reforma dizem respeito apenas às disposições transitórias, as quais serão aplicadas aos novos beneficiários, e às regras de transição, aplicadas aos antigos beneficiários. Tais regras apenas figuram como normas provisórias, que terão sua validade condicionada à formulação e sanção de novas leis complementares.

Nesse ínterim, insta destacar que esta alteração pressupõe a retirada da importância fundamental desta política, uma vez que por essa exigência, o quórum para aprovação de mudanças importantes para o Estado, como é a Previdência Pública, passam a figurar com um caráter minoritário, porquanto passam a necessitar de um quórum menos qualificado para a aprovação.

A emenda constitucional, cujo quórum de aprovação é de 3/5 (três quintos) dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, possui esse caráter fundamental, na medida em que carrega a força constitucional, na análise de hierarquia das normas. Nas palavras de Marcus Orione e Érica Paulo, coordenadores do livro Direito Previdenciário e Constituição:

> A emenda participa, efetivamente, da natureza jurídica da Constituição, que é "constitucional, mas não é Constituição; terá, como ela, força irradiante e superior na estrutura do ordenamento jurídico;(...)[126]

Assim, a mudança para um quórum pormenorizado de maioria absoluta ou simples de votos sugere um "rebaixamento" da norma, na medida em que passa esta a ter importância infraconstitucional. Isso índica que normas que até então exigem atenção especial do Estado, passarão a ser modificadas com maior facilidade, ficando

[126] GARCIA, Maria. *Direito Previdenciário e Constituição*. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo. V. 7, n. 26. p. 116. 1999.

sujeitas, inclusive, às análises políticas dos governos em momentos históricos específicos.

E as mudanças não se restringem apenas às regras aplicadas aos professores. O parágrafo primeiro do art. 40, se alterado, elenca uma série de incisos que trazem temas que passarão por modificações mais céleres e fáceis. O peso dessa alteração é significativo, restando claro que o rebaixamento dessas normas poderá vincular-se ao atendimento de interesses menores e às circunstâncias governamentais presentes no momento, sem a análise do que efetivamente importa no âmbito da Previdência Social, que é o risco de cada classe abrangida pelo sistema.

3.3.2 Das Disposições Transitórias – Novos Trabalhadores

As disposições transitórias referem-se às regras aplicadas aos novos beneficiários da previdência. Segundo a reforma apresentada, para que o profissional de ensino obtenha sua aposentadoria, deverá este possuir no mínimo 60 (sessenta) anos de idade, não havendo diferenciação entre homens e mulheres. Tem-se ainda que, independente de quaisquer circunstâncias, não poderá o professor requerer o benefício antes de completada a idade exigida.

Cumprido o requisito da idade, deverá o profissional de ensino cumprir ainda, a exigência de 30 (trinta) anos de contribuição, novamente, não havendo diferenças entre homens e mulheres. É o que dispõe o art. 24, §1º da PEC.

> Art. 24 - § 1o O titular do cargo de professor de ambos os sexos poderá se aposentar com sessenta anos de idade, desde que comprove trinta anos de contribuição exclusivamente em

> efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. [127]

Em relação aos profissionais de ensino que exercem cargos públicos efetivos, a regra quanto à idade e tempo de contribuição será a mesma, todavia, conforme já salientado, em razão do múnus público que exercem, deverão cumprir ainda, a exigência de trabalharem pelo menos dez anos no serviço público, e ainda, cinco anos no cargo em que se requererá a aposentadoria, conforme art. 12 §4º da PEC.

> Art. 12, § 4o Os servidores públicos com direito a idade mínima ou tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria a que se refere a alínea "e" do inciso I do § 1o do art. 40 da Constituição poderão se aposentar, observados os seguintes requisitos:
>
> I - o titular do cargo de professor, aos sessenta anos de idade, trinta anos de contribuição exclusivamente em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, dez anos de efetivo exercício de serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, para ambos os sexos; *(grifo meu).*[128]

Desta forma, verifica-se que o professor terá suas regras alteradas, de modo a perder direitos de duas formas: além de se aposentar mais tarde, posto que a diferença chegará a 10 (dez) anos em relação às mulheres, e 5 (cinco) em relação aos homens, terão ainda que contribuir no mínimo trinta anos, em atividades ligadas ao magistério, que, conforme tratado nos capítulos acima, ainda se mostra sobremaneira desgastante.

---

[127] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 27 mar. 2019.

[128] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 27 mar. 2019.

Outrossim, a ausência de diferenciação para homens e mulheres professores quanto a exigência de idade mínima de 60 (sessenta) anos para ambos os sexos, evidencia uma igualdade que ainda não existe, porquanto as mulheres ainda desempenham jornadas duplas ou ainda triplas na sociedade, para além do ofício exercido no mercado de trabalho como professores. A previdência pública, nesse sentido, ainda pouco compensa as desigualdades entre gêneros observadas no mercado de trabalho brasileiro.[129] Em nota ténica, DIEESE argumenta que:

> [...] propor esse conjunto de medidas restritivas, a PEC 06/2019 ignora - e tende a agravar - as desigualdades de gênero que ainda caracterizam o mercado de trabalho e as relações familiares no Brasil, intensificando ainda mais as dificuldades que as mulheres enfrentam para adquirir os pré-requisitos necessários a uma proteção adequada no final da vida laboral."[130]

Portanto, a crítica que se faz é que o Estado procura implementar tais mudanças, visando à equiparação, numa realidade destoante da teoria. Mais uma vez, as professoras, e no caso, especificamente as do sexo feminino acabam por perder mais direitos. A desigualdade entre os sexos no seio social ainda é evidente e não há políticas públicas efetivas voltadas para esse fim. Segundo pesquisa realizada pela BBC BRASIL:

> Os dados mostram que a vulnerabilidade da mulher vai aumentando de acordo com a idade. Aos 60 anos, só 10% estão no formal. O fato de igualar as idades mínimas intensifica esse problema, e cresce o risco de ela não se aposentar." (...)Ao ocupar postos menos prestigiados, a vulnerabilidade das

[129] DIEESE. Nota Técnica nº 202. PEC 06/2019: as *mulheres, outra vez, na mira da reforma da Previdência*: 2019. São Paulo. P. 3-6

[130] DIEESE. Nota Técnica nº 202. PEC 06/2019: as *mulheres, outra vez, na mira da reforma da Previdência*: 2019. São Paulo. P. 3-6

> mulheres aumenta, diz Maria Rosa, socióloga e pesquisadora da Fundação Carlos Chagas.[131]

Assim, apesar de a tendência ser a equiparação da idade e tempo para aposentadoria, essa realidade ainda não é seguramente identificada no Brasil, e, portanto, a convergência de idade para ambos os sexos em um país como o Brasil mostra-se, ainda, injusta, na medida em que poderá resultar em maiores dificuldades de aquisição do direito à aposentadoria.

Em relação ao cálculo do valor a que os professores terão direito a se aposentar, eis uma significativa mudança, prevista no art. 24 §2º e art. 12 § 7º da PEC 6/2019, em relação ao regime geral e próprio da previdência, respectivamente. O projeto de reforma apresentada pelo governo estipula que para que se atinja a aposentadoria integral, composta por 100% da média das contribuições, os professores precisariam trabalhar 40 (quarenta) anos. Isto porque, a regra assevera que o trabalhador irá se aposentar recebendo o valor correspondente a 60% da média aritmética definida na forma do art. 29 da PEC, quando cumprir 20 (vinte) anos de contribuição, podendo esse valor ser acrescido de 2% para cada ano a mais contribuído além dos 20 anos já exigidos.

> Art. 24 § 2o O valor das aposentadorias de que trata este artigo corresponderá a sessenta por cento da média aritmética definida na forma prevista no art. 29, com acréscimo de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição, exceto para os trabalhadores rurais a que se refere o § 8o do art. 195 da Constituição, cujo valor será de um salário-mínimo.
>
> Art. 12 § 7o Os proventos da aposentadoria, por ocasião da sua concessão, corresponderão: I - na hipótese prevista no inciso I

[131] FAGUNDEZ, Fernandez. *É justo as mulheres se aposentarem aos 65 anos, como os homens?* BBC BRASIL em São Paulo. 19 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38364157. Acesso em: 27 mar. 19.

> do § 3o e nos incisos I a IV do § 4o, a sessenta por cento da média aritmética a que se refere o § 6o, acrescidos de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder a vinte anos de contribuição;
>
> Art. 29. Até que entre em vigor a nova lei complementar a que se refere o § 1o do art. 201 da Constituição, para fins de cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações, utilizados como base para contribuições aos regimes de previdência social de que tratam os art. 40 e art. 201 da Constituição e para as pensões decorrentes das atividades militares de que tratam os art. 42 e art. 142 da Constituição, atualizados monetariamente, correspondentes a cem por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a competência do início da contribuição, se posterior àquela competência, respeitado o limite máximo do salário de contribuição. [132]

Assim, para recebimento do valor correspondente à 100% da média das contribuições, deverão ser trabalhados 40 anos. Melhor, para que o professor venha a se aposentar pela regra da integralidade da média das contribuições, e no tempo mínimo exigido em lei, deverá começar a trabalhar com 20 (vinte) anos de idade. Sabe-se, todavia, que isso é pouco viável, porquanto é quase impossível conceber que um professor já esteja apto ao mercado de trabalho, nessa idade.

3.3.3 Das Regras de Transição Transitórias

Como toda proposta de reforma, faz-se necessária a criação de regras de transição para os trabalhadores que foram atingidos pelas mudanças exteriorizadas, e que estão próximos de requerer a aposentadoria. Insta ressaltar que, todos aqueles

[132] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 29 mar 2019.

que até a data de promulgação da reforma não tenham cumprido as exigências para se aposentarem pelas regras que ainda vigoram serão afetados.

Por sua vez, aqueles que já tenham cumprido as regras pela legislação atual, antes da promulgação da reforma, não serão atingidos, porquanto terão direito adquirido ao benefício. Ainda que a reforma entre em vigor, se cumpridos os requisitos da lei anterior, a aposentadoria pelas regras então antigas não será prejudicada.

Desse modo, em relação aos professores, a proposta de reforma propõe àqueles profissionais que estão prestes a requerer o benefício, regras específicas de aposentadoria. Para se encaixar às referidas regras, os professores precisariam ter, no mínimo, 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos, se homem.

Assim, pela reforma, farão jus a aposentadoria pelas regras de transição, os profissionais que atingirem a soma de 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem. A pontuação é verificada por meio da soma do tempo de contribuição, e da idade do trabalhador. É o que se depreende o exposto no art. 18, §3º, da Proposta de Emenda.

> Art. 18 - § 3o Para o titular do cargo de professor que comprovar exclusivamente vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, e trinta anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a oitenta e um pontos, se mulher, e noventa e um pontos, se homem, aos quais serão acrescentados, a partir de 1o de janeiro de 2020, um ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até

> atingir o limite de noventa e cinco pontos, se mulher, e de cem pontos, se homem, observado o disposto no § 5o.[133]

Desse modo, a cada ano transcorrido, considerando-se, para tanto, o marco como 01 de janeiro de 2020, a regra apresentada seria acrescida de 1 ponto, de modo que, por exemplo, caso o professor quisesse se aposentar em 2020, precisaria completar 82 pontos, se mulher, e 92, se homem; se 2021, precisaria completar 83 pontos, se mulher, e 84 pontos, se homem, e assim sucessivamente, até o limite de 95 pontos para a mulher, e 100 pontos para o homem. Ultrapassado o período a que se refere esta pontuação, os profissionais precisariam seguir a regra geral, exposta anteriormente.

No caso dos servidores públicos, no tocante aos professores, a regra de transição encontra-se disposta no art. 3º §5º da Proposta de Emenda:

> Art. 3º § 5o Para o titular do cargo de professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e tempo de contribuição de que tratam os incisos I e II do caput, de idade de que trata o § 1o e o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações serão: I - cinquenta e um anos de idade, se mulher, e cinquenta e seis anos de idade, se homem, na data de promulgação desta Emenda à Constituição; II - vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, e trinta anos de contribuição, se homem, na data de promulgação desta Emenda à Constituição; e III - cinquenta e dois anos de idade, se mulher, e cinquenta e sete anos de idade, se homem, a partir de 1o de janeiro de 2022. § 6o O somatório da idade e do tempo de contribuição de que trata o inciso V do caput para as pessoas a que se refere o § 5o, incluídas as frações, será equivalente a: I - oitenta e um pontos, se mulher, e noventa e um pontos, se

[133] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 30 mar. 2019.

> homem, na data de promulgação desta Emenda à Constituição; e II - a partir de 1o de janeiro de 2020, será aplicado o acréscimo de um ponto, até atingir o limite de noventa e cinco pontos, se mulher, e de cem pontos, se homem, observado o disposto no § 3o. [134]

Depreende-se, assim, que, em se tratando de professores ocupantes de cargos públicos, a regra de transição consiste unicamente no alcance de 81 pontos, se mulher, ou 91 pontos, se homem, para os que cumprirem os requisitos até 2019, do tempo de contribuição mais a idade, para os que cumprirem os requisitos até 2019, devendo-se, para tanto, comprovar tempo de efetivo exercício nas funções de magistério. Então, a partir de 1º de janeiro de 2020, essa pontuação será elevada em um ponto a cada ano, de modo que, por exemplo, em 2020, a soma será de 82/92 pontos, em 2021, 83/93 pontos, até que se chegue à pontuação máxima de 100 pontos para homens, e 95 pontos para mulheres, o que se dará em 2028 e 2033, respectivamente.

Além disso, a partir de 1º de janeiro de 2022, exigir-se-á a idade mínima de aposentadoria de 52 anos para mulheres e 57 para homens, além de 25 e 30 anos de contribuição, respectivamente, além de 20 anos de efetivo exercício no serviço público, e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria, conforme regras dispostas no caput do art. 3º da PEC. [135]

---

[134] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 30 mar. 2019

[135] BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 30 mar. 2019.

Em relação ao valor do benefício, as regras de transição, por meio do art. 19 §3º para o regime geral estipulam que: para os profissionais que se encaixam na regra de transição, esse cálculo seria feito de forma que o professor faria jus à 60% de sua média salarial, com o acréscimo de 2% a cada ano que excedesse o tempo mínimo de contribuição, que é de 20 anos.

> Art. 19, § 3o O valor da aposentadoria concedida nos termos do disposto neste artigo corresponderá a sessenta por cento da média aritmética definida na forma prevista no art. 29, com acréscimo de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição, até atingir o limite de cem por cento.

Para os servidores públicos, a regra encontra-se disposta no §7 do art. 3, da Proposta de Emenda:

> § 7o Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão: I - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 10, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que se aposente aos sessenta e dois anos de idade, se mulher, e aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, ou aos sessenta anos de idade, se titulares do cargo de professor de que trata o § 5o, para ambos os sexos; e II - a sessenta por cento da média aritmética simples das remunerações e dos salários de contribuição correspondentes a cem por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a competência do início da contribuição, se posterior àquela competência, acrescidos de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder a vinte anos de contribuição, até o limite de cem por cento, para o servidor público não contemplado no inciso I.

Em suma, pelas regras de transição aplicáveis, o valor do benefício será calculado conforme a regra permanente, verificada nas deposições transitórias dos novos trabalhadores e servidores, consistente em 60% da média dos salários de

contribuição, acrescido de 2% para cada ano que exceder os 20 anos de contribuição. A diferença é relacionada apenas aos professores que ingressaram em cargo efetivo no serviço público até 31 de dezembro de 2003. Nesse caso, terão direito a integralidade e paridade de proventos, os titulares de cargo de professor que se aposentem aos 60 (sessenta) anos de idade, para ambos os sexos.

3.4 Princípio da Vedação do Retrocesso e Crítica à Nova Reforma

A Previdência Social, conforme restou demonstrado, é direito social inserto na Constituição de 1988, estabelecida como importante marca de proteção social do Estado. Caracteriza-se pelo intervencionismo estatal, a partir do reconhecimento de que este "tem importante papel a desempenhar não só no que diz respeito a garantir a segurança material para todos e a buscar outros objetivos sociais, mas também como promotor do desenvolvimento econômico."[136]

O surgimento dessa noção de proteção social, por meio do conceito amplo de Seguridade Social, parte de uma construção histórica de conquista de direitos, ao passo que nem sempre houve essa noção. Hoje, tal proteção, que tem formação embrionária no Estado moderno, encontra-se consolidada nas politicas de Seguridade Social, dentre as quais se destaca a Previdência Social. [137] Avigora-se, pois, o reconhecimento de quão fundamental é essa norma, na medida em que garante direitos essenciais aos cidadãos.

[136] PRZEWORSKI, Adam. "Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agente x principal*" *In:* PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, e SPINK, Peter (org). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 40.

[137] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manuel de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 3.

Nesse aspecto, o Estado deve garantir a efetivação desses direitos, de modo a viabilizar a sua prestação aos indivíduos, editando leis que o concretizem. Do mesmo modo, não pode o legislador revogar referidas leis sem a previsão de norma que assuma o seu lugar sem a devida proteção e garantia de efetividade social aos direitos já conquistados por um longo processo histórico de lutas, sob pena de resultar em um grave retrocesso social. [138]

Surge então, a análise acerca do principio da vedação ao retrocesso social, que se preocupa com a possibilidade de o legislador suprimir determinada norma voltada à proteção e garantia dos direitos sociais. [139]Referido principio é traduzido por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos:

> Por este principio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é a o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. [140]

No que concerne às reformas constantes no sistema da previdência social, a autora Thais Zuba salienta a importância da análise desse principio ao relatar o sistema previdenciário como sendo alvo de constantes reformas restritivas de direito:

> Ocorre que a seguridade social jamais foi implementada conforme havia sido arquitetada na Constituição de 1988. Assim, algo que deveria servir de instrumento de politicas públicas e para o cumprimento dos direitos e garantias

[138] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013. P. 109.
[139] Idem. Ibidem. P. 117.
[140] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história, EMERJ. v. 6, n. 23, 2003.

> fundamentais constitucionalmente previstos, já que o direito à seguridade social se caracteriza como direito fundamental de segunda geração, ou seja, ligado às prestações que o Estado deve ao seu conjunto de integrantes, o Sistema de Seguridade Social é alvo constante de reformas restritivas de direitos. [141]

É o que atualmente tem se pretendido, mediante a proposta de emenda 6/2019, anteriormente comentada. A justificativa para essas mudanças é sempre a mesma: déficit de recursos. Todavia, esse fundamento não deve ser unicamente considerado, ao passo que referido déficit decorre da recorrente atuação do Congresso Nacional, no sentido de aprovar leis que desviam os recursos destinados à previdência a outros ramos como saúde e educação. [142] Com isso, não se sabe efetivamente até que ponto há um déficit, e qual seria sua dimensão.

Ou seja, é evidente a omissão que diz respeito à aplicação dos recursos previdenciários, que inferem precipuamente na discussão das reformas. O aspecto econômico, malgrado importante, não pode ser maior do que o resultado histórico de conquistas por direitos sociais já conquistados.

Nesse sentido, a reforma apresentada se mostra divergente da realidade social, na medida em que apresenta alterações demasiadamente significativas, sem a justificativa necessária: um estudo atuarial dos riscos atinentes a essa classe. Assim, no que toca aos profissionais que exercem a função do magistério, é evidente que referidas mudanças estão sendo operadas sem que haja um estudo efetivo atuarial sobre o risco sofrido por estes em sala de aula. Evidencia-se, pois, um retrocesso social.

---

[141] ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013. P. 128

[142] Idem. Ibidem. 130.

A atual proposta idealiza utopicamente uma lógica mais sustentável e justa de funcionamento para previdência social, visando a garantir sustentabilidade do sistema, e diminuição dos custos excessivos, de modo a fortalecer o sistema e afiançar os pagamentos de todos os benefícios, presentes e futuros. Todavia, é apenas o que teoricamente se pretende.

É inconteste o fato de que reformas nesse sentido são necessárias para adequar-se a realidade social, na medida em que a população passa por mudanças, que atingem a sua qualidade e expectativa de vida. Todavia, estas reformas não devem ser pautadas apenas em números, sendo necessária uma análise suntuosa dos limites dessas mudanças sociais, e riscos a que estão submetidos cada classe de trabalhadores, em se tratando de previdência social pública.

Isto porque, conforme já salientado, a isonomia apregoada pelo constituinte originário só faz sentido se analisar as mais diversas situações a que estão submetidos os trabalhadores. Essas situações, as quais denominam-se riscos, são as que foram demonstradas anteriormente, no caso dos professores, por exemplo.

Imperioso destacar que as aposentadorias especiais ou diferenciadas não funcionam como um bônus a determinadas classes que merecem ou não mais respeito da população. Elas existem porquanto estas classes não podem ser equiparadas as dos demais profissionais.

É, nesse sentido, inconcebível pretender que um professor de uma rede pública ou privada, que trabalha com séries iniciais, por exemplo, venha conseguir "cuidar" de inúmeras crianças ao atingir seus 60 (sessenta) anos de idade, tempo mínimo a que vem estabelecer a atual proposta de reforma. Ademais, o exercício do

professor não se resume apenas à sala de aula. Se esta por si só é desgastante, somado ao que se desempenha fora dela, resulta em um desgaste ainda maior.

Do mesmo modo é a situação das mulheres, que estão sendo colocadas em um patamar de igualdade pela previdência, que ainda não existe, mesmo em se tratando da classe de professores. Isto porque, as mulheres, de modo geral, e aí, incluem-se as professoras, desempenham tarefas fora da sala de aula com maior frequência, pois ainda são majoritariamente responsáveis pelo cuidado da casa e dos filhos. Essa realidade, ainda muito presente no meio social, notabiliza o exercício de duplas ou triplas jornadas, que resultam no trabalho diário das mulheres ainda maior que a dos homens. Assim, a equiparação que se pretende em relação à idade ainda não se mostra justa à sociedade.

Por último, o aumento da expectativa de tempo de trabalho do brasileiro é válido se analisarmos outras classes de trabalhadores, como, por exemplo, um agente administrativo, um arquiteto, um advogado, dentre vários outros exemplos. Todavia, deve-se considerar que para essas classes os riscos são outros, porquanto não estão sujeitos ao desgaste que a sala de aula oferece.

Desse modo, ressalta-se a ocorrência de um verdadeiro retrocesso social quanto às conquistas já alvitradas no tocante à previdência social pública. A crítica consiste precipuamente no fato de referida reforma transparecer uma verdadeira regressão, ao passo que não prioriza as classes trabalhistas frágeis do nosso ordenamento e não apresenta questões legitimas a serem levadas ao conhecimento da população.

CONCLUSÃO

Restou claro pelos dispositivos e argumentos trazidos ao longo deste trabalho, que são muitas as alterações que são sugeridas no sentido de majorar as regras previdenciárias aplicadas, não só aos professores, como também a todos os trabalhadores contribuintes do regime da Previdência Pública, de modo geral.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, o magistério implica no exercício de uma atividade considerada penosa, em razão da exaustão física e emocional a que está relacionada. Os riscos, mormente discutidos, tais como: violência, estresse, sobrecarga, esgotamento do trabalho, síndrome de *bournot*, depressão, insônia, ansiedade e pânico, resultam no exercício de uma atividade eminentemente árdua e fatigante, que não são costumeiramente vivenciadas por outros profissionais. Esses riscos influenciam de tal maneira que colocam esses trabalhadores como classe diferenciada, a qual merece atenção especial do Estado.

Nesse raciocínio, é importante observar que, é em razão dos riscos concernentes ao trabalho dos professores, que estes possuem regulamentação própria de trabalho, tais como jornada e processo de habilitação diferenciados, visando à proteção desses riscos. Incluem-se nos chamados "Normas Especiais de Tutela do Trabalho", cujas normas foram discutidas no segundo capítulo.

Assim, conforme exaustivamente demonstrado no terceiro capítulo, é fundamental que esse reflexo de diferenciação possa ser visualizado também na previdência pública. Devem ser analisados todos os argumentos que justificam ou não a concessão de uma aposentadoria diferenciada aos professores, analisando-se seus direitos, com base nos riscos elencados, e no ambiente de trabalho que exercem seu labor.

Não sendo feita esta análise, referidas mudanças incorrem em notório retrocesso social, na medida em que não condiz com a realidade, e vai de encontro às conquistas já angariadas pelo povo.

Sabe-se, ainda, que a educação é vista, muitas vezes, com grande desestimulo. Esse pensamento é justificado na medida em que a desvalorização, não só em relação aos professores, mas também em relação à própria estrutura de ensino, é constante, seja na esfera municipal, estadual, federal ou mesmo privada. É nesse meio que os professores trabalham, convivendo com salários baixos, a desvalorização, a extensa jornada de trabalho, além do constante desgaste físico e emocional, que os levam a sofrer síndromes como a de *bournot*, anteriormente discutida, ou outros riscos, como a violência escolar, com significativa frequência.

Desse modo, reitera-se: a crítica que se faz quanto as propostas de alteração referentes à PEC 6/2019 é a que diz respeito à operação de mudanças, sem análise real dos riscos sofridos por estes profissionais. A realidade das escolas, sobretudo públicas, deve ser verificada no plano fático, e não apenas por aquilo que se idealiza.

Não se pretende, por outro lado, defender uma estatização dos benefícios. Mudanças positivas também ocorrem no meio social. É sabido, por exemplo, que a expectativa de vida do ser humano vem sofrendo um aumento significativo, sobretudo nos últimos anos. Todavia, não se deve considerar apenas critérios objetivos para análise dessas mudanças. O contexto social é de suma importância, porquanto influencia diretamente no trabalho desses profissionais, e o desconhecimento da realidade em sala de aula por muitos pode ecoar em uma situação teórica muito destoante da prática, como ocorre, de fato.

Portanto, é fundamental uma atuação significativa da população no combate a alterações que venham a prejudicar direitos fundamentais dos professores, posto que com os novos parâmetros, esse segmento, em menor ou maior grau, passará a se a contribuir por mais tempo, aposentar mais tarde e a receber benefícios menores.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. *Cotidiano nas Escolas:* entre violências. Brasília: Unesco, 2016.

APEOESP. *40% dos professores afastados por saúde têm depressão, aponta estudo.* 2012. G1. GLOBO. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2012/10/40-dos-professores-afastados-por-saude-tem-depressao-aponta-estudo.html.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. EMERJ. v. 6, n. 23, 2003.

BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo*:* hacia una nueva modernidad. Espanha: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. *Risk Society:* Towards a New Modernity. Londres: Sage, 1992.

BENEDETTI, Ieda. Estresse é a principal causa de afastamento entre professores. G1. GLOBO. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2015/08/estresse-e-principal-causa-de-afastamento-entre-professores.html. Acesso em 30 ago 2018.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos Deuses*: A Fascinante História do Risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. Decreto 6.722, de 30 de dezembro de 2008. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de

1999. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2008/decreto-6722-30-dezembro-2008-585111-normaatualizada-pe.html.

BRASIL. Decreto Lei n. 5452 de 1o de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm.

BRASIL. Lei Complementar n° 109 de 29 de maio de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.html. Acesso em: 10 mar. 19.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm.

BRASIL. *Lei n*. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Proposta de emenda à constituição n. 6/2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. N. 3772-2. 1. Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1o da lei federal 11.301/2006, que acrescentou o § 2o ao art. 67 da lei 9.394/1996. carreira de magistério. aposentadoria especial para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. [...]. 29 de outubro de 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605033. Acesso em 24 mar 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp

?incidente=4899570&numeroProcesso=936790&classeProcesso=RE&numeroTema=958. Acesso em: 18 set. 2018.

CARDOSO, Armando. Entenda como é calculado o piso dos professores da educação básica. Portal EBC: Agência Brasil, 2017. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/entenda-como-e-calculado-o-piso-dos-professores-da-educacao-basica. Acesso em: 15 out. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manuel de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Direito Social. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1980

DARTONA, Cleci Maria. Aposentadoria do professor: Aspectos controvertidos. 3. Ed. Curitiba, Juruá, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Eduardo Tocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de Macedo. Curso de Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

DIEESE. Nota Técnica nº 202. PEC 06/2019: as mulheres, outra vez, na mira da reforma da Previdência: 2019. São Paulo.

FAGUNDEZ, Fernandez. É justo as mulheres se aposentarem aos 65 anos, como os homens? BBC BRASIL em São Paulo. 19 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38364157. Acesso em: 27 mar. 19.

GARCIA, Maria. *Direito Previdenciário e Constituição*. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo. V. 7, n. 26. p. 116. 1999.

GONÇALVES, Emílio. *O Magistério particular e as leis trab*alhistas. São Paulo: Ed. LTr, 1970

HORVATH JR., Miguel. *Direito Previdenciário.* 9. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3122.pdf. Acesso em 15 out 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015

JESUS, S.N., *Professor sem stress: realização profissional e bem-estar docente*. Porto Alegre: Mediação, 2007

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. 3. Ed. en espanõl. México: Univerdade Iberamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Walter de Grurter Co., 1992.

LUZ DAVID, Maria. *Sobre os conceitos de risco em Luhnann e Giddens*. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC, v. 8, n. 1. 2011. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2011v8n1p30/20264. Acesso em: 21 ago. 2018.

MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. Editora São Paulo. 2007

MARTINS, Sergio Pinto. *Supremo precisa examinar a jornada de trabalho dos professores.* CONJUR, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-18/sergio-martins-stf-examinar-jornada-professores. Acesso em 09 out. 2018.

MOSQUERA, J. J. M. Tentativa de Caracterização dos Sentimentos dos Professores nos Diferentes Graus de Ensino. Porto Alegre: Sulina, 1976.

NARDI, Antônio Egidio; BEUNO, Joao Romildo; NUNES FILHO, Eustachio Portella. Psiquiatria e saúde mental: conceitos clínicos e terapêuticos fundamentais. São Paulo: Atheneu, 2005.

NAVARRO, MVT, Risco radiodiagnóstico e vigilância sanitária. Salvador: EDUFBA, 2009, P. 166. Disponível em: <http;//books.scilo.org> Acesso em: 20 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO/UNESCO. Recomendação relativa à condição dos professores. Paris, 1966. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495por.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação de Transtornos Mentais e Comportamento da CID-10, Descrições Clínicas e diretrizes Diagnosticadas. Poro Alegre: Artes Médicas, 1993.

POMPEO, Carolina. Mudanças na educação redefiniram papel do professor em sala de aula. Gazeta do Povo. Disponível: em https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mudancas-na-educacao-redefiniram-papel-do-professor-em-sala-de-aula-eexj5qwk35lt5xbjgsb5543f2. Acesso em: 16 ago. 2018.

PORTAL EBC: AGÊNCIA BRASIL. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-01/menos-da-metade-dos-municipios-declararam-cumprir-o-piso-dos-professores-em. Acesso em: 15 out. 18.

PRZEWORSKI, Adam. "Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal" In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, e SPINK, Peter (org). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003

SADY, João José. Direito do Trabalho do Professor. São Paulo: LTr, 1996

SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Leda Maria Messias da; PEREIRA, Marice taques. Docência (In)digna – O meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade. São Paulo: LTr, 2013.

VARELLA, Maria Helena. Doenças e Sintomas: Síndrome de Burnout. In: Uol, publicado em 31 mar. 2001, revisado em 6 mar. 2018. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencasesintomas/sindrome-de-Burnout/.

VASQUES-MENEZES, I.; CODO, Wanderley. Burnout: Sofrimento Psíquico dos Trabalhadores em Educação. 1. Ed. São Paulo: CUT, 2000. P. 29-33. Disponível em: http://www.ia.ufrrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2007/T1 6SF(Educao)/Burnout_Cartilha_CNTE_e_CUT.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

VIANNA, João Ernesto Aragones Vianna. Curso de Direito Previdenciário. 6. ed. São Paulo: 2012, Atlhas.

VICENTINI, Paula Perin. História da profissão docente no Brasil: representações em disputa. São Paulo: Cortez, 2009.

VIEIRA, Jussara D. Identidade expropriada: retrato do educador brasileiro. 2. Ed. Brasília: CNTE, 2003.

WEBBER, Deise Vilma; VERGANI, Vanessa. Profissão de Professor na Sociedade de Risco e a Urgência Por Descanso, Dinheiro E Respeito No Meio Ambiente Laboral.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso. São Paulo: LTr, 2013.

ANÁLISE SOBRE EXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ARTIGOS 790, § 4º, E 790 –B, CAPUT, § 4º,DA LEI Nº 13.467/2017, EM FACE DO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LXXIV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Lucas Lievore Polsin

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como principal objetivo analisar possíveis inconstitucionalidades nos artigos 790, § 4º,e 790 –b, caput, § 4º, da Lei nº 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista, em face do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, será dividido em três capítulos.

Esses artigos dizem respeito a nova regra para que se possa obter o benefício da gratuidade de justiça e também a possibilidade de que o hipossuficiente, mesmo quando detentor desse benefício, possa ser condenado ao pagamento de honorários periciais de sucumbência.

Como se tentará demonstrar no decorrer desse estudo, essas mudanças infringiram o Direito do Acesso à Justiça, representado pelos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF.

O primeiro capítulo abordará o contexto histórico e jurídico, um embasamento de fatos e fatores que, seguindo uma linha do tempo, formaram a história do Direito do Trabalho.

É importante destacar que para entrar em contato com os temas que serão discutidos, faz-se necessário conhecer, de forma sucinta, a história do Direito do Trabalho, para que se consiga compreender os prejuízos alcançados com a mudança nesses artigos da CLT.

Será delimitado de forma bastante explicativa o contexto histórico de surgimento do Direito do Trabalho, que se desenvolve desde a Revolução Industrial, com o surgimento da sociedade industrial e o trabalho assalariado, passando por diversas conquistas para os trabalhadores, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração Universal de Direitos Humanos, chegando a uma própria consolidação de leis trabalhistas, até, por fim, a recepção da Reforma Trabalhista.

No segundo capítulo serão abordadas as mudanças e os conceitos na legislação trabalhista, suas causas e consequências. Será feita uma apreciação entre juristas contra e a favor dessas mudanças, demonstrando os mais variados pensamentos da atualidade sobre o tema em comento.

Importante ressaltar que o trabalho será restringido apenas nas mudanças desses dois artigos, identificando, primeiramente, os responsáveis pela promulgação da Lei nº 13.467/2017 e fazendo um debate com o posicionamento das correntes contrarias e a favor dessas mudanças.

Com a leitura dos dois primeiros capítulos, será possível perceber como a Justiça do Trabalho teve grandes avanços no decorrer da história e como as

mudanças desses artigos causam grandes prejuízos no ramo dos Direitos Trabalhistas.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizado um balanço sobre o debate de posicionamentos e ideias a respeito dessas mudanças, valendo-se de casos concretos para reforçar o entendimento.

É importante ressaltar que o que se pretende com o presente trabalho, além do conhecimento histórico desse ramo especializado do Direito, mostrar argumentos que denotem e levem a conclusão sobre possíveis irregularidades de alguns artigos recepcionados pela Reforma Trabalhista.

CAPÍTULO I

Nesse primeiro capítulo, será abordada a evolução histórica do Direito do Trabalho no âmbito internacional e nacional até a promulgação da Lei nº 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista.

Nas palavras do Ilustre Autor Mauricio Godinho Delgado[1] o Direito do Trabalho constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas resultante de um determinado contexto histórico específico. É preciso, inicialmente, identificar o contexto histórico sem o qual não existiria o fenômeno jurídico em questão. Entende o Autor que a categoria central do Direito do Trabalho diz respeito ao trabalho subordinado, mais propriamente dito, da relação empregatícia.

[1]DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª Edição. São Paulo, LTr, 2014. p. 84.

Tendo em vista essa ideia inicial, é necessário o conhecimento da história do Direito do Trabalho no plano internacional e nacional, para só então debatermos os assuntos pertinentes ao presente estudo.

No plano internacional, o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, ou seja, com a Revolução Industrial do século XVIII.[2]

Foi somente com a Revolução Industrial que a relação empregatícia se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo.[3]

A expressão Revolução Industrial compreende o conjunto de transformações técnicas, sociais e econômicas que surgiram com a sociedade industrial nos séculos XVIII e XIX na Inglaterra.[4]

A exploração industrial sistematizada e organizada levou ao surgimento de duas classes sociais: a proletariada, que não detinha nenhum poder, e a capitalista, proprietários das máquinas que, pela força do poder econômico, ditavam as regras a serem observadas pelos operários, explorando a massa de trabalhadores sem a menor preocupação com a condição de vida de seus empregados.

O proletário representava o trabalhador que prestava serviços em jornadas extremamente longas, que habitava em condições desumanas, ganhando salários insuficientes, compreendendo principalmente mulheres e crianças.[5]

---

[2] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 6ª edição. Ed. Método. São Paulo, 2013. p. 1.

[3] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª Edição. São Paulo, LTr, 2014. P. 87

[4] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. p. 11.

As péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e explorações do labor das mulheres e menores, geraram o que se costuma chamar de "questão social", ou seja, a busca de equilíbrio entre capital e trabalho. Em razão dessas condições adversas, os trabalhadores começaram a se reunir em grupos para reivindicar melhorias nas condições de trabalho.[6]

A autora Iamamoto[7] afirma que a questão social condensa o conjunto das desigualdades e lutas sociais, produzidas e reproduzidas no movimento contraditório das relações sociais, alcançando plenitude de suas expressões e matizes em tempo de capital fetiche.

Entende-se como justiça social, a distribuição de riqueza de forma equânime, em função das necessidades e da capacidade das pessoas.[8]

A respeito da questão social, o Autor Cesarino Júnior[9] afirma que esse conceito preocupa-se em como se pode obter remédio para os males e perigos gravíssimos pelo qual a sociedade é afligida e como se pretende restabelecer a paz entre ricos e pobres, entre os capitalistas e os proletariados.

---

[5] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 37.

[6] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 37.

[7] IAMAMOTO, M. V. Renovação e conservadorismo no Serviço Social: ensaios críticos. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p .156.

[8] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. P. 16.

[9] CESARINO, Antônio Ferreira Júnior. Direito social. 2ª edição, 1943, Livraria Martins, p. 73

Com a necessidade reivindicatória de direitos trabalhistas, surgiram as primeiras associações de trabalhadores (*trade unions, 1720)* para defesa de direitos individuais. Essas associações foram a base para a formação de sindicatos.[10]

Em decorrência disso, o Estado também deixou de se abster, passando a intervir nas relações de trabalho, com o fim de proteger o trabalhador por meio de legislação proibitiva de abusos do empregador.

Essas mudanças ocorreram, ainda, em razão da ideia de justiça social, que se fortaleceu a partir de doutrina social da Igreja Católica. Podem ser destacados alguns documentos, como a Encíclica *RerumNovarum,* do Papa Leão XIII, publicada em 1891, a Encíclica *Quadragesimoanno*e *DiviniRedemptoris¸de Pio XI e a Encíclica mater ET magistra de João XXIII.*

Foi nessa época que surgiram as primeiras concepções de Direito do Trabalho. Por conta das péssimas condições de labor dos operários, resultaram em luta de trabalhadores pelo reconhecimento da dignidade do trabalho humano.

O surgimento do Direito do Trabalho também possui um viés político. Isso porque restou adotado o Estado Liberal, sendo valorizado a igualdade formal e plena autonomia para manifestação de vontade.[11].

Sintetizando tudo o que já foi dito, é possível definir que o Direito do Trabalho surge da combinação de três grupos específicos de fatores: (i) fatores econômicos; (ii) fatores sociais, e; (iii) fatores políticos.[12]

---

[10] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. P. 15.

[11] Ibid. P. 15.

[12] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª Edição. São Paulo, LTr, 2014. P. 88-89

Para Mauricio Godinho Delgado[13] os fatores econômicos, fundado na utilização da forma de trabalho livre, subordinada, por meio da relação de emprego, como instrumento central de relação de produção, propiciaram as condições favoráveis para o surgimento desse novo ramo jurídico especializado. Do ponto de vista social, o Autor afirma que a concentração proletária na sociedade em torno das grandes cidades industriais e o surgimento de uma inovadora identificação profissional entre as grandes massas obreiras, contribuíram para o surgimento do novo Direito. Por fim, o autor elenca que os fatores políticos compreendem as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho componente do sistema produtivo então estruturado.

Portanto, o Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas, transformações essas que colocaram a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade.[14]

Para o autor Ives Gandra da Silva Martins Filho[15], a normatização do Direito do Trabalho no mundo foi dividida em três grandes fases: 1) Normas protetivas mínimas para mulheres e menores e reconhecimento dos sindicatos, com a promulgação do *Peel'sAct*em 1802 e do *Trade UnionsAct,* em 1871; 2) Constitucionalização e internalização do Direito do Trabalho, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo Tratado de Versalhes, em 1919,

[13] Id..

[14] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª Edição. São Paulo, LTr, 2014. P. 87.

[15] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 38-39.

os direitos e garantias do trabalhador passaram a integrar o rol dos direitos sociais; 3) Globalização e Crise do Emprego.

De outra feita, o autor Carlos Henrique Bezerra Leite[16] elenca que o Direito do Trabalho, no plano internacional, divide-se em dois períodos, o pré-histórico ou pré-industrial e o período histórico.

No período pré-histórico, encontrava-se três fases distintas: 1) vinculação do homem ao homem (escravidão); 2) vinculação do homem à terra (servidão); 3) vinculação do homem à profissão (corporações)[17].

No período histórico, surge o direito do trabalho propriamente dito. O Autor Bezerra Leite[18]delimita três principais causas: econômica (revolução industrial), política (revolução Francesa) e jurídica (reivindicação dos trabalhadores no sentido de implantar um sistema de direito destinado a proteção).

Uma curiosidade é que o México, em 1917, editou a primeira Constituição a qualificar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Essa Constituição contemplava jornada máxima de oito horas diárias, jornada noturna de sete horas, proibição do trabalho de menor de 12 anos, salário mínimo, entre outras delimitações.[19]

[16] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, 2016, Saraiva, p. 33-33v.
[17] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, 2016, Saraiva, p. 33-33v.
[18] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, 2016, Saraiva, p. 33-33v.
[19]FILHO Ilton Norberto Robl, Constituição Mexicana De 1917 E Os Avanços Dos Direitos Sociais No Brasil. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. p. 2. Disponível em: www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm. Acessado em 13 set 2018.

A Constituição Mexicana estabeleceu que os conflitos entre capital e trabalho se sujeitarão a uma Junta de Conciliação e Arbitragem, formada por igual número de representantes e trabalhadores e dos empregadores e um governo. [20]

Sendo a Constituição pioneira na formalização do Direito do Trabalho, é fato a sua influência e importância no desenrolar da formação desse novo ramo do direito.

A segunda constituição a trazer disposições sobre o tema foi a da Alemanha, em 1919, com repercussão em toda a Europa.[21]

Em 1919, foi editado o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cabendo a esse organismo internacional universalizar as normas de proteção ao trabalho humano.

Essa Organização preocupa-se com a justiça social necessária para a garantia da paz universal. Atribui que a garantia de princípios e direitos fundamentais no trabalho reveste-se de uma importância ao assegurar aos interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas para as quais tenham contribuído.[22]

Pode-se elencar alguns princípios básicos que levaram à constituição da OIT: (i) sentimento de justiça social, por existirem, condições de trabalho que implicam

[20] MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo ED. Atlas S.A. P.8.
[21] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 6ª edição. Ed. Método. São Paulo, 2013. P. 3.
[22] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. P. 181.

miséria e privações; (ii) perigo da injustiça social; (iii) similaridade das condições de trabalho na ordem internacional.[23]

A OIT ampliou, em 1944, os princípios do Tratado de Versalhes, com a criação da Declaração da Filadélfia, estabelecendo a cooperação internacional para a realização da justiça social[24].

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho[25], realizada na Filadélfia, em 1944, lista os princípios fundamentais sobre os quais se funda a OIT:

> a) o trabalho não é uma mercadoria;
>
> b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;
>
> c) a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;
>
> d) a luta contra a necessidade deve ser conduzida com uma energia inesgotável por cada nação e através de um esforço internacional contínuo e organizado pelo qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os dos Governos, participem em discussões livres e em decisões de carácter democrático tendo em vista promover o bem comum.

A questão de direitos trabalhistas também foi abordada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo XXIII, valendo-se como defensora dos trabalhadores, como descrito a seguir:

> ARTIGO XXIII

[23] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. P. 183.

[24] NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2013. P. 184.

[25] Declaração relativa aos fins e objetivos da OIT. Disponível em: https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia. Acessado em: 20 jun 2018

> 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
>
> 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
>
> 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
>
> 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses[26]

Após a compreensão do surgimento do Direito do Trabalho no meio internacional, passaremos a conceituá-lo no plano nacional.

No Brasil, só é possível falar em Direito do Trabalho após a promulgação da Lei Áurea, que aboliu a escravidão em 1888.

O Autor Ives Gandra da Silva Martins Filho[27] identifica quatro fases de formação do Direito do Trabalho no Brasil.

A primeira é a Fase Embrionária (1888-1930) em que a relação empregatícia surge no segmento agrícola e cafeeiro de São Paulo e no setor de serviços do Rio de Janeiro. Nesse período surgem algumas normas trabalhistas no tocante ao tangenceamento na chamada questão social e proteção de menores, dos ferroviários

[26] Senado. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>. Acessado em: 11 nov. 2018.

[27] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 39-40.

e das férias. Surge a Lei da falências e os Tribunais Rurais no estado de São Paulo e o Conselho Nacional do Trabalho. [28]

A Segunda fase é a da Consolidação (1930-1945 e 1988), nesse período surge intensa atividade administrativa e legislativa, inclusive a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943. [29]

A Terceira Fase é a da Confirmação (1988-2016), caracterizada por avanços e retrocessos. [30]

Por fim, surge a Quarta Fase, fase do Balanceamento (a partir de 2016), com a Reforma Trabalhista, promulgação da Lei nº 13.467/2017. [31]

Por outro lado, o autor Carlos Henrique Bezerra Leite[32] atribui ao Direito do Trabalho no Brasil apenas três fases: do descobrimento até a abolição da escravatura, da proclamação da república até à campanha política da Aliança Liberal e da Revolução de Trinta aos dias atuais.

Para este autor, o surgimento do Direito do Trabalho no Brasil, após a Revolução de Trinta, sofreu influência de fatores externos e internos. Os fatores externos decorreram das transformações que ocorriam na Europa com a proliferação de diplomas legais de proteção ao trabalhador, e do ingresso do Brasil na OIT. Já os Internos foram basicamente o movimento operário influenciado por imigrantes

[28] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 39-40.
[29] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 39-40.
[30] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 39-40.
[31] FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho, 26ª edição, 2018, Saraiva, p. 39-40.
[32] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, 2018, Saraiva, p.33v.

europeus, o surto industrial (pós primeira guerra mundial) e a política de Getúlio Vargas.[33]

Para Renato Saraiva[34] os primeiros órgãos criados no Brasil objetivando solucionar os conflitos trabalhistas foram os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, instituídos pela Lei nº 16.637, de 1911. Posteriormente, pela Lei nº 16.869 de 1922, criou-se os Tribunais Rurais.

Posteriormente, em 1932, foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, que atuavam como órgãos administrativos, julgando, respectivamente, os dissídios individuais e os dissídio coletivos do trabalho. A partir de 1932 surgiram outras organizações, que não pertenciam ao Poder Judiciário, mas dotadas de poder de decisão. Dentre elas citamos as Juntas que funcionavam perante a Delegacia do Trabalho Marítimo (1933), o Conselho Nacional do Trabalho (1934) e a Jurisdição Administrativa para Férias (1933). [35]

O autor Vólia Bomfim Cassar[36] faz uma linha do tempo bastante completa a respeito da história do direito do trabalho, realizaremos nosso caminhar sobre a linha do tempo deste autor, inserindo pequenos apontamentos de outros autores para elucidar melhor a compreensão.

No ano de 1824 foi promulgada a Constituição do Império, assegurando um aumento da liberdade para o trabalho e extinguindo as Corporações de Ofício.

[33] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, 2018, Saraiva, p.34-35.
[34] SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 15 ed. JusPodivm 2018. P. 26.
[35] Ibidem. p. 27.
[36] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.

Em1850 foi criado o Código Comercial, sendo este, o primeiro código nacional que trouxe regras de Processo, Direito Civil e Direito do Trabalho, Código Comercial. [37]

Importante ressaltar que no que se refere ao Direito do Trabalho, esse código trouxe apenas uma noção sobre pequenas regras para os trabalhos da época, não se pode falar em Direito do Trabalho, visto a presença da escravidão na sociedade. [38]

No que se refere ao Direito Comercial Marítimo o código ainda está em vigor. Nas outras matérias foi totalmente revogado. Apenas para ilustrar, segue alguns artigos desse código[39]:

> Art. 186 - Todo comissário tem direito para exigir do comitente uma comissão pelo seu trabalho, a qual, quando não tiver sido expressamente convencionada, será regulada pelo uso comercial do lugar onde se tiver executado o mandato (artigo nº. 154).
>
> Art. 188 - Quando, porém, o comitente retirar o mandato antes de concluído, sem causa justificada procedida de culpa do comissário, nunca poderá pagar-se menos de meia comissão, ainda que esta não seja a que exatamente corresponda aos trabalhos praticados.
>
> Art. 737 - O capitão e pessoas da tripulação que salvarem ou ajudarem a salvar o navio, fragmentos ou carga, além das suas soldadas pela viagem (art. 559), tem direito a uma gratificação correspondente ao seu trabalho e aos perigos que tiverem corrido

Em 1871 foi promulgada a Lei do Ventre Livre que dispunha sobre a liberdade dos filhos nascidos de escravas e em 1885 a Lei Saraiva Cotegipe, ou do Sexagenário, que libertava os escravos com mais de 60 anos. Importante destacar que

[37]CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[38]CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[39] BRASIL. Código comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acessado em: 11 nov. 2018.

a sociedade já se encaminhava para o fim da escravidão, que foi abolida em 1888 com a promulgação da Lei Áurea.[40]

A Lei Áurea foi o marco histórico para o Direito do Trabalho no Brasil, visto que foi a partir da abolição da escravatura que pode-se começar a falar no surgimento e desenvolvimento de questões trabalhistas.[41]

No ano de 1890, os trabalhadores começaram a ter alguns direitos, isso, porque, foi emitido um aviso do Ministro da Agricultura concedendo férias anuais remuneradas de 15 dias úteis para os ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil. A Carta de 1891 garantiu o livre exercício de qualquer profissão. Através do Decreto nº 1.313 de 1981 foi proibido o trabalho de menor de 12 anos em fábrica; foi fixada jornada de sete horas para menores entre 12 e 15 anos do sexo feminino e entre 12 e 14 do sexo masculino. Em 1916 foi promulgado o Código Civil que tratava da locação de serviços e parte de suas disposições era aplicada às relações de trabalho, como aviso prévio, contrato determinado, etc.[42]

Em 1923 a Lei Eloy Chaves (Lei nº 4682/23) criou a estabilidade decenal apenas para os ferroviários. O Decreto 16.027/23 criou o Conselho Nacional do Trabalho. Em1925 a Lei nº 4.982/25 estendeu as férias de 15 dias úteis para os trabalhadores de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários. Em 1927 foi criado o Código de Menores (Decreto nº 17.934-A) que estabeleceu a idade mínima de 12 anos para o trabalho, como também proibição de trabalho noturno e em minas de subsolo.[43]

[40] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[41] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[42] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[43] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.

Em 3 de outubro de 1930 surge um movimento armado, sob a liderança civil de Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente-coronel Pedro Aurélio de Góis Monteiro, com o objetivo imediato de derrubar o governo de Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes, eleito presidente da República em 1º de março anterior. O movimento tornou-se vitorioso em 24 de outubro e Vargas assumiu o cargo de presidente provisório em 3 de novembro do mesmo ano.[44]

Os Autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante[45] evidenciam que a partir da revolução de 1930 se inicia a fase da oficialização do Direito do Trabalho. Com o governo de Getúlio Vargas, o ideal da intervenção estatal nas relações de trabalho passa a ter aceitação, notadamente, pela influência histórica do modelo corporativista italiano.

Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio através do Decreto nº 19.443/30. Em 1931, criou o Departamento Nacional do Trabalho pelo Decreto Legislativo nº 19.671 e o Decreto Legislativo nº 19.770/31 regulamentou a organização sindical.[46]

Em 1932 pelo Decreto Legislativo nº 22.132/32 foram criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento.[47]

Em 1934 foi criada a primeira Constituição que elevou os direitos trabalhistas ao status constitucional. Foi a Constituição de 1934, dispondo em seus arts. 120 e 121, o salário mínimo, a jornada de oito horas, férias, repouso semanal (sem ser

[44]Revolução de 1930. Acervo FGV. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/revolucao-de-1930-3. Acessado em: 15 set 2018.

[45] Neto, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoas. Direito do Trabalho. São Paulo, Ed. Atlas S.A, 2013. p. 32.

[46] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.

[47] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.

remunerado), pluralidade sindical, etc. Assegurava: (i) a ordem econômica a ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de mono que possibilitasse a todos existência digna; (ii) legislação ordinárias deveria promover o amparo da produção, estabelecendo as condições de trabalho, objetivando a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país: (iii) a legislação ordinária deveria dispor a respeito do reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais, assegurando a pluralidade sindical, além do reconhecimento das convenções coletivas do trabalho e a criação da justiça do trabalho[48]

Em 1935 com a Lei nº 62/35 foram disciplinados a rescisão do contrato, a justa causa, o aviso prévio e a estabilidade dos empregados da indústria e comércio após 10 anos de serviço. Em 1936 a Lei nº 1885/36 instituiu o salário mínimo.[49]

A Constituição de 1937 repetiu em certos aspectos a redação da carta magna de 1934, dizendo que a justiça do trabalho iria dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, regulados na legislação social, porém sua regulamentação seria feita por lei. Continuava a Justiça do Trabalho sendo um órgão administrativo, não fazendo parte do Poder Judiciário.[50]

Em 1941 foi criada a Organização da Justiça do Trabalho através do Decreto Lei nº 1.346/39, nas palavras de Amauri Mascaro[51]a Justiça do Trabalho resulta de uma evolução iniciada com os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, seguindo pelas Comissões Mistas de Conciliação, depois as Juntas de Conciliação e Julgamento, para por fim, resultar na justiça do trabalho.

[48] MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo ED. Atlas S.A. P.14.
[49] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[50] MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo ED. Atlas S.A. P.14.
[51] Nascimento, AmautiMascaro.Iniciação ao Direito do Trabalho. 34ª edição. São Paulo. Ed. LTr. P 34.

Em 1943, pelo Decreto Lei nº 5.452, foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas. Nas palavras de Arnaldo Süssekind[52] a CLT formulou em um único texto todas as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos. Com a criação da CLT, grande parte dos conflitos e direitos trabalhistas foram assegurados, resultando em uma melhora na qualidade de trabalho e também gerando um clima propício à industrialização do país, sem conflitos trabalhistas violentos.

Foi somente a partir da Constituição de 1946 que a justiça passou a ser incluída entre os órgãos do Poder Judiciário.[53]

Importante destacar que de 1949 a 1966 houve um grande avanço nos direitos e benefícios trabalhistas, isso, porque, foram criados o instituto do repouso semanal remunerado, o adicional de periculosidade, o 13º salario e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, pelas Leis nº 605/49, 2.573/55,4.090/62 e 4.769/65 e 5.107/66, respectivamente.[54]

Em 1972 foi promulgada a Lei nº 5.859/72, que regulamentou o trabalho doméstico. Em 1973 e 1974 foi legislou-se sobre o trabalho rural e o trabalho temporário, pelas Leis 5.889/73 e 6.019/74, respectivamente.

Em 1988, foi promulgada a nova constituição, que está vigente ate os dias atuais. Esta nova constituição elencou a necessidade de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores

[52] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. 19.ed. p. 69.
[53] MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo ED. Atlas S.A. P.15.
[54] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.

supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.

Em 1999 a emenda constitucional nº 24 transformou as Juntas de Conciliação e Julgamento em varas do trabalho.[55]

A Lei 9.957 de 2000 criou o procedimento sumaríssimo no processo do trabalho para causas de até 40 salários mínimos, acrescentando artigos à CLT, objetivando dar maior celeridade na prestação jurisdicional a tais processos; No mesmo ano, foi promulgada a lei 9.958 que estabeleceu as Comissões de Conciliação Prévia. [56]

Em 2004 a emenda constitucional nº 45 ampliou a competência da Justiça do Trabalho para abarcar controvérsias oriundas das demais relações de trabalho. A emenda constitucional nº 72 de 2013 estendeu aos domésticos diversos direitos trabalhistas, antes só garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais.[57]

Em 2017, pela autoria do presidente Michel Temer, foi outorgada a lei nº 13.467/17, também chamada de Reforma Trabalhista.

Como se pode depreender da linha histórica traçada acima e reforçado pelas palavras do Autor Gustavo Filipe[58] o Direito do Trabalho é uma verdadeira conquista obtida ao longo da história da humanidade, exercendo papel fundamental ao garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores, assegurando a dignidade

[55] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19
[56] MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª Ed. São Paulo ED. Atlas S.A. P.17.
[57] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 16-19.
[58] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 6ª edição. Ed. Método. São Paulo, 2013. P. 3.

da pessoa humana e evitando abusos que o capital e a busca pelo lucro pudessem causar aos membros da sociedade, em especial àqueles que não detêm o poder econômico.

Após todo o período de surgimento e consolidação do Direito do Trabalho, em 17/11/2017, este entrou em uma fase de mudanças, com o advento da Lei nº 13.467/17, também chamada de Reforma Trabalhista.

Ocorre que, essa Reforma, é composta por dispositivos que flexibilizam os direitos fundamentais dos trabalhadores e, por via de consequência, resulta na redução de direitos trabalhistas protegidos pelo sistema constitucional vigente.[59]

A reforma trabalhista alterou diversos pontos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, alterando direitos obtidos com muita luta pelos trabalhadores. Entre os pontos mais controversos estão a jornada intermitente, a terceirização, o teletrabalho, a contribuição sindical, horas extras, demissão em comum acordo, intervalo intrajornada, tempo na empresa, trabalho insalubre para grávidas, prazo de validade das normas coletivas, gratuidade de justiça.

Com efeito, fica evidente que a reforma trabalhista sob uma justificativa falaciosa tenta desfragmentar e enfraquecer a classe trabalhadora.[60]

[59] GERELLI, Daniela Costa. A Reforma trabalhista e o princípio do não retrocesso social. Disponível em: http://www.cntsscut.org.br/ponto-de-vista/artigos/475/a-reforma-trabalhista-e-o-principio-do-nao-retrocesso-social. Acessado em: 16 set 2018.

[60] ABREU, Vanessa de Souza. A Reforma Trabalhista de 2017 é um retrocesso econômico e social?. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20063&revista_caderno=25. Acessado em: 16 set 2018.

Praticamente toda a Lei visa dilatar o rol de benefícios e facilidades ao empregador, e não foram fixadas regras de contrapartida efetivas de consagração do Princípio da Proteção ao empregado.[61]

Ocorre que não fora dada nenhuma contrapartida aos trabalhadores sobre a diminuição dos seus direitos, havendo apenas a retirada em prol de uma suposta melhoria e manutenção dos postos de trabalho[62].

Não é surpresa de que muitos dos dispositivos presentes na nova lei contrariam até mesmo jurisprudência consolidada dos Tribunais Regionais Trabalhistas, do Tribunal Superior do Trabalho (do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.[63]

Um dos principais argumentos dos defensores da reforma trabalhista é o de que pelo fato de a CLT ter sido criada em 1943, faz-se necessária a modernização dos direitos trabalhistas, devendo se adaptar a sociedade atual, tendo em vista a mutabilidade da sociedade brasileira.

Posto isso, um dos argumentos mais utilizados pelos defensores dessa reforma, é o de que a CLT engessa o mercado de trabalho, dificultando a geração de empregos e, consequentemente, se transforma em uma barreira para a recuperação

---

[61] TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista – 10 (Novos) princípios do direito empresarial do trabalho. AMATRAIV: Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho> Acessado em 11 nov. 2018.

[62] ABREU, Vanessa de Souza. A Reforma Trabalhista de 2017 é um retrocesso econômico e social?. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20063&revista_caderno=25. Acessado em: 16 set 2018.

[63] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Substitutivo da Reforma Trabalhista: Retrocesso social e afronta aos direitos dos trabalhadores. São Paulo: GenJurídico. 2017. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2017/04/18/substitutivo-da-reforma-trabalhista-tetrocesso-social-e-afronta-aos-direitos-do-trabalhadores/> Acessado em 11 de nov. 2018.

econômica. Acreditam que é positivo dar mais liberdade para o trabalhador definir seus próprios termos de trabalho com o empregador.[64]

Ora, como se pode observar em todo o decorrer da história do direito do trabalho no Brasil, após a criação da CLT, em 1943, muitos dispositivos e direitos foram alterados e inseridos, até mesmo com o advento de uma nova constituição.

Visto isso, percebe-se que o Direito do Trabalho foi marcado por grandes lutas e conquistas, devendo ser a proteção dos trabalhadores, o principal objetivo desta Justiça Especializada. Como será apresentado nos capítulos seguintes, a nova legislação trabalhista apresenta um retrocesso em algumas dessas conquistas.

A jurista Carolina Masotti Monteiro afirma que tendo em vista a grande quantidade de representantes do capitalismo financeiro e industrial, restou evidenciado o real interesse por trás da reforma trabalhista, de modo que não é a modernização, nem tampouco avançar na legislação e tão somente a precarização dos direitos trabalhistas.[65]

Ocorre que, como demonstrado no viajar histórico nacional do Direito do Trabalho da presente monografia, mesmo após a promulgação da CLT, diversas foram suas alterações no decorrer dos anos, adequando cada vez mais seus dispositivos a sociedade da época.

64Iandoli Rafael. Reforma trabalhista: 10 perguntas e respostas. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/27/Reforma-trabalhista-10-perguntas-e-respostas. Acessado em 20 set 2018.

65 MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: um Frankenstein a brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111511>.

No próximo capítulo serão delimitadas as mudanças, que serão abordadas no presente trabalho, da Reforma Trabalhista, valendo-se do posicionamento de diversos juristas da seara do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO II

Após a análise histórica de todo o período desde o surgimento do direito do trabalho no Brasil até a Reforma Trabalhista, será demonstrado um pouco de algumas mudanças trazidas pela nova legislação, para então tratar sobre as mudanças objeto deste estudo.

Uma das pretensões arguidas com a promulgação da Reforma Trabalhista foi o fato de modernizar o Direito Laboral, em um discurso sobre a reforma trabalhista, Michel Temer[66] afirma:

> (...)
>
> o que nós fizemos com a legislação trabalhista foi avançar. Contratos que antes não comportavam carteira assinada, um quase disfarce na relação de trabalho, hoje estão previstos expressamente
>
> (...)
>
> De modo que o que se fez foi regulamentar o dispositivo constitucional que, convenhamos, levou quase 30 anos para ser regulamentado.
>
> Então, é claro que ao longo de anos e décadas, discutiu-se a necessidade de atualizar esses marcos normativos que foram herdados, como disse, dos anos 40, e construído sob uma inspiração de ideologias daquele tempo, que contribuíam para aumentar o chamado "custo-Brasil".

[66] Discurso Michel Temer sobre Reforma Trabalhista. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-de-modernizacao-trabalhista-palacio-do-planalto. Acessado em 15 Set 2018.

> Portanto, modernizar a legislação trabalhista era uma dessas demandas sobre as quais, ninguém tenha dúvida, sobre ela muito se falava, mas ninguém tinha a ousadia e a coragem de realizá-la, como tivemos nós todos, ao longo de todo esse período.
>
> (...)

Em outro discurso, o ex-presidente dispõe que:

> Essa é a reforma mais ambiciosa do País dos últimos 30 anos. Desde a Constituinte de 1988, o Brasil aguardava por novas leis trabalhistas", disse Temer. "Tive a coragem de propor essa mudança fundamental ao País e a todos os brasileiros. Seu **sentido pode ser resumido pelo lema 'Nenhum direito a** menos e muitos empregos a mais'", destacou.
>
> "A modernização trabalhista é a via mais rápida para novos empregos", afirmou. "Os tempos mudaram e as leis precisam se adaptar. Nosso governo está conectado com o século XXI. A nova legislação criará novas relações trabalhistas adequadas à realidade atual, preparando o mercado para as demandas do presente e exigências do futuro". [67]

Tendo sido sancionada em 13.07.2017, a reforma trabalhista trouxe diversas alterações na norma e nos processos trabalhistas, resultando na aplicação subsidiária da Consolidação das Leis do Trabalho quando a Lei Especifica não regulamenta.[68]

A Reforma Trabalhista foi editada às pressas, sem debate com a sociedade e sob muita controvérsia, gerando a flexibilização de direitos, permitindo, inclusive, a

[67]CATRACA Livre. Michel Temer faz pronunciamento e fala sobre reforma trabalhista. Disponível em: https://catracalivre.com.br/cidadania/michel-temer-faz-pronunciamento-e-fala-sobre-reforma-trabalhista. Acessado em: 11 ago 2018.

[68]GOMES, Matheus Kenzo Nishi. Lei Especial do Empregado Doméstico e a Reforma Trabalhista. Disponível em:http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/handle/123456789/485/Matheus%20Kenzo%20Nishi%20Gomes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em 11 ago 2018.

terceirização da atividade fim da empresa, trabalho intermitente e prevalência do negociado sobre o legislado.[69]

Assim, em tese, a lei 13.467/2017 teria como principal objetivo adequar o modelo de direito do trabalho brasileiro às novas modalidades de relação de trabalho. Ocorre que, ao estudar com afinco as modificações da lei 13.467/2017 percebe-se que ela vai muito além de meramente tentar adequar a legislação às novas relações de trabalho, visto que alterou não só dispositivos de direito material, mas também de direito processual e de hermenêutica.[70]

No presente trabalho de conclusão de curso, estudaremos apenas dois dispositivos modificados pela nova Lei, sob a ótica da possibilidade de essas alterações acabarem por infringir o direito de Acesso à Justiça, elencados no art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal Brasileira[71].

> Art. 5º (...)
>
> XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
>
> LXXIV, é prestação do Estado a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Para tanto, observaremos as disposições dos arts. 790, § 3º, § 4º, e 790–B, *caput,* § 4º, da Lei 13.467/2017[72], que alterou a forma de enquadramento dos beneficiários da justiça gratuita e a possibilidade do pagamento de honorários

[69]MELEIRO Ana Beatriz, RODRIGUEZ, Mayara e STRAUBE, Pamela. A Arbitragem à luz da Reforma Trabalhista no Brasil. Disponível em: https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/download/414/507/

[70]www.fecesp.org.br/PublicacoesEspeciais/Download/666. Acessado em: 11 ago 2018.

[71]BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 27 de mai. 2018

[72] BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm . Acesso em: 03 ago 2018.

periciais mesmo para os detentores desse benefício, estão dispostos da seguinte forma:

> Art.790:
>
> § 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo." (NR)
>
> Art. 790-B: A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.
>
> § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo." (NR)

Em um primeiro momento, será identificado o posicionamento de diversos juristas sobre essas alterações.

Ao se comentar sobre o tema, o autor Fernando Augusto de Vita Borges de Sales[73] argumenta que antes da reforma, para a concessão do benefício da justiça gratuita, bastava a simples declaração, firmada pelo requerente, de que não tinha condições de arcar com as despesas do processo. Com a mudança, apenas será beneficiado a parte que comprovar a sua condição de insuficiência de recursos. Desta

73 SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da lei 13.467/2017. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 106, n. 984, p. 129-147, out. 2017. p. 9.

forma, não basta apenas declarar, sendo necessário fazer prova de que não tem condições econômicas de pagar as custas e despesas do processo.

A Lei nº 1.060/50[74], no art. 2º, parágrafo único, define quem é são os necessitados para o recebimento da justiça gratuita. Eestabelece que, "*considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*".

De outra parte, o art. 4º do mesmo diploma legal, estabelece qual o procedimento que deve ser adotado para serem concedidos os benefícios da assistência judiciária, *in verbis*:

> Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

O Tribunal Superior do Trabalho correlaciona o mesmo entendimento do diploma legal supracitado, a OJ n 304[75], da SDI-1 do TST, que delimita que para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica.

Importante destacar, que essa OJ foi convertida na súmula 463 do TST, estando assim disposta:

> Súmula n.463 do TST:

74BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060.htm. Acesso em: 03 ago 2018.

75 Orientação Jurisprudencial da SDI-1 304

> ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017.
>
> I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);
>
> II – No caso de pessoa jurídica, não basta à mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Os magistrados do TRT da 10ª Região, também chegaram à mesma conclusão, consoante se depreende do terceiro enunciado aprovado em seminário que tratou sobre a reforma trabalhista[76]:

> Enunciado n.º 03 – JUSTIÇA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. O benefício da Justiça Gratuita a que se refere o art. 790, §§ 3.º e 4.º, da CLT pode ser concedido a qualquer parte e, na hipótese de pessoa natural, a prova da hipossuficiência econômica pode ser feita por simples declaração do interessado ou afirmação de seu advogado (art. 1.º da Lei n.º 7.115/1983 e art. 99, § 3.º, do CPC).

O renomado Ministro do STF Gilmar Mendes[77], entende que a garantia de acesso à justiça é um típico caso de direito fundamental cuja realização depende tanto de providências estatais de criação e conformação de órgãos judiciários (direito à organização), como de medidas normativas processuais destinadas a ordenar a fruição do direito (direito a procedimento).

---

[76] SEMINÁRIO DE FORMAÇÃO CONTINUADA PARA MAGISTRADOS DO TRT DA 10.ª REGIÃO, 2017. Enunciados Aprovados. Brasília: Escola Judicial do TRT 10, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt10-enunciados-reforma-trabalhista.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

[77] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474-475.

A principal forma de garantir o acesso à justiça é no que diz respeito à dispensa dos Reclamantes aos encargos remunerados decorrentes do ingresso e manutenção do processo, para isso, existe o instrumento da justiça gratuita, descrito no art. 5º, LXXIV, da CF.

Nas palavras dos juristas Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira[78] a justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado.

Entende parte da doutrina que para a concessão desse benefício não devem existir critérios rígidos, isso, porque, decorrem da indisponibilidade financeira do Reclamante, aferindo os seus ganhos e gastos com o sustento da família.[79]

A jurista Carolina Masotti Monteiro colacionando às teses levantadas, afirma que diante de descumprimento da legislação trabalhista, ao trabalhador é dada a opção de buscar seus direitos na justiça do trabalho, cabendo ao Estado fornecer mecanismos para a solução do conflito entre os empregadores e empregados de maneira efetiva. Assim, deve-se entender o processo do trabalho como o caminho necessário para que o direito do trabalho atinja a sua finalidade.[80]

Nesse sentido, os princípios e valores postos no direito comum se transferem ao direito do trabalho, que também são transferidos para o processo do trabalho, o

[78] DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal no 1060/50). 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 6-7.

[79] TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz, Gratuidade da justiça no novo CPC. Revista de Processo. Out./2014. vol. 236, p. 5.

80 MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: um Frankenstein a brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111511>.

qual tem como principal finalidade a proteção de que os direitos materiais tenham chance de serem efetivados.[81]

Assim sendo, a reforma trabalhista, ao deferir a justiça gratuita apenas àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e que se exige a comprovação da insuficiência de recurso, o que no sistema atual é presumido, vai de encontro com a lógica acima mencionada.[82]

Nesse mesmo sentido, o jurista Nasser Ahmad Allan[83]entende que com essas mudanças os trabalhadores passaram a ter o acesso ao Poder Judiciário amplamente dificultado por regras que os oneram econômica e processualmente.

Para Raphael Miziara[84]o direito à gratuidade de justiça tem base segura no inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Nesse linear, pode-se afirmar que os dispositivos (incisos XXXV e LXXIV) são complementares, na medida em que não seria lógico impor ao Estado o dever de assistência judiciária sem viabilizar a possibilidade de amplo acesso ao Poder Judiciário mediante a isenção de custas, sob

81 MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: um Frankenstein a brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111511>.

82 MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: um Frankenstein a brasileira. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 105-134, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111511>.

83 ALAN e MENDONÇA. Nasser Ahmad e Ricardo Nunes - O Direito Processual Do Trabalho Em Um Paradigma Neoliberal E Neoconservador: A Lei 13.467/2017 Como Proposta De Marco Normativo De Um Processo Precário E Individualista. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111531/2017_allan_nasser_direito_processual.pdf?sequence=1 acessado em mai/2018.

84 MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 10, p. 1209-1216, out. 2017.p. 6

pena de se excluir da apreciação do Poder Judiciário, ainda que indiretamente, lesão ou ameaça a direito.

Logo, o direito à gratuidade da justiça decorre do direito de acesso ao judiciário mediante a eliminação do entrave econômico, principalmente das custas. Nessa perspectiva, se o Estado não isenta de despesas aquele reconhecidamente pobre, ou seja, não concede a justiça gratuita, está a vedar o acesso ao Judiciário, violando, portanto, o art. 5°, inciso XXXV, da CF/88[85]

A Súmula n. 463 do TST é enfática ao determinar que a partir de 26.6.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015). Entende-se, pois, a divergência existente entre o texto legal e o teor do item I da Súmula n. 463 evidencia-se nítida incompatibilidade ambos os textos.[86]

A autora Elisson Miessa[87] correlacionando os entendimentos anteriores, afirma que o Novo Código de Processo Civil cria a presunção legal de que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, em seu art. 99,§ 3º, portanto deve-se no processo do trabalho, em que, via de regra, o trabalhador é hipossuficiente perante seu empregador, sendo decorrência lógica do próprio direito do trabalho.

---

[85] MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 10, p. 1209-1216, out. 2017.p. 6

[86] MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 10, p. 1209-1216, out. 2017.p. 6

[87] MIESSA, Élisson. A comprovação da insuficibtcia de recursos: a necessidade da comprovação da insuficiência de recursos pelo beneficiário da justiça gratuita. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-comprovacao-da-ineficiencia-de-recursos-02082017

Portanto, como bem descrito nas palavras do Autor Raphael Miziara[88] nota-se que a reforma acaba por impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho quando em comparação com a Justiça Comum, na qual presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Ao restringir a possibilidade de atribuição do benefício da justiça gratuita para as partes que se declarem hipossuficientes, a reforma trabalhista fere o princípio constitucional da gratuidade, pois onera e obstaculiza o acesso à Justiça tornando a Justiça do Trabalho ineficaz, pois essa proposta inviabiliza a concretização do Direito do Trabalho e a garantia do não retrocesso social e da dignidade humana estabelecendo regras rigorosas de interpretação jurisdicional, impondo limites e amarras à atuação dos juízes e tribunais trabalhistas.[89]

Não obstante, cumpre registrar que, em razão das alterações introduzidas no art. 790 da CLT pela Lei n. 13.467/17, a previsão legal que permite ao juiz, de ofício, conceder os benefícios da justiça gratuita restou mitigada, haja vista ter limitado a concessão da gratuidade apenas àqueles que recebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (§ 3º do art. 790 da CLT). Não se pode olvidar, contudo, de que a referida norma, que notadamente engloba a grande maioria dos trabalhadores que demandam na Justiça

88 MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 10, p. 1209-1216, out. 2017.p. 6

89 MARTINS, Ana Paula; FERES, Lucas Prata; BELUZZI, TheodoraPanitsa. Reforma trabalhista e argumentos econômicos: o Brasil entre dois projetos Labourreformandeconomicsarguments :theBrazilbetweentwoprojects. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 51, p. 149-166, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125456>. Acessado em mai/2018.

Especializada, servirá, no âmbito do processo do trabalho, para relevar a exigência de poderes especiais prevista na norma processual.[90]

A Procuradoria Geral da República ajuizou a ADI n. 5766 questionando a constitucionalidade de tais normas que estabelecem restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade de justiça, por impor aos seus destinatários: (i) o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais, quando tiverem obtido em juízo, inclusive em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa; e (ii) o pagamento de custas, caso tenham dado ensejo à extinção da ação, em virtude do não comparecimento à audiência, condicionando a propositura de nova ação a tal pagamento.

Para o Procurador, os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho. [91]

Com relação a ADI nº 5766, o Excelentíssimo Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, defendeu que o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e honorários de seus beneficiários[92].

Para ele a reforma trabalhista enfrenta um problema que é um excesso de reclamações trabalhistas por parte dos empregados.

90 KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17. P.34

91 STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5766. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=TP&descricao=ADI%2F5766. Acessado em mai/2018. P. 3/4

92 Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-e-fachin-divergem-sobre-restricao-a-gratuidade-da-justica-10052018>

Argumenta que atualmente existe um sistema cuja estrutura dava excessivos incentivos às litigâncias. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O excesso de reclamações trabalhistas congestiona o serviço judiciário, comprometendo a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentivando demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. [93]

O posicionamento do Ministro Edson Fachin[94], vai de encontro às ideias do ministro Barroso, posicionamento esse que é favorável com o que se pretende discutir neste estudo.

Para o Ministro Edson Fachin, para avaliar se as restrições impostas afrontam, ou não, as normas constitucionais indigitadas, bem como se constituem restrições inconstitucionais aos próprios direitos fundamentais à gratuidade e ao acesso à Justiça, torna-se necessário partir da literalidade das garantias fundamentais. Acredita que essas restrições, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido. [95]

[93] Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF. Disponível em:https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf. Acessado em 15 nov 2018.

[94] Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF. Disponível em:https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf. Acessado em 15 nov 2018.

[95] Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766/DF. Disponível em:https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf. Acessado em 15 nov 2018.

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) em audiência pública realizada no dia 14 de maio de 2018, em avaliação consensual entre os participantes, taxou que a Reforma Trabalhista impede o acesso do trabalhador à Justiça, além de gerar desemprego e trabalho análogo à escravidão.[96]

Além disso, é importante fixar que a gratuidade da justiça deve ser conferida a todos que, independentemente da renda, não tiverem condições de arcar com as despesas processuais. Não é possível, assim, limitar abstratamente os benefícios da justiça gratuita apenas a quem recebe até 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.[97]

Outro ponto de importante destaque trazido pela reforma trabalhista são os encargos aos honorários periciais, para a parte sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita.

Por conta disso, entende Maurício Godinho Delgado[98] que a Lei da Reforma trabalhista reduziu os benefícios da justiça gratuita. Desse modo, comprometeu, significativamente, o comando constitucional do art. 5º, LXXIV e XXXV da CF, pois manteve mesmo para a parte beneficiária da justiça gratuita a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, se essa parte tiver sido sucumbente na pretensão objeto da perícia.

---

96 SENADO Notícias. Reforma Trabalhista gera desemprego e impede acesso à justiça. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/14/reforma-trabalhista-gera-desemprego-e-impede-acesso-a-justica-dizem-debatedores. Acessado em: 15 nov 2018.

97 BRUXEL, Charles da Costa. A Reforma Trabalhista e a Justiça Gratuita. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/a-reforma-trabalhista-e-a-justica-gratuita-solucoes-interpretativas-para-garantir-o-acesso-a-jurisdicao-laboral-apos-a-lei-13-467-2017-por-charles-da-costa-bruxel. Acessado em: 19 nov 2018.

98 DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 325

Afirma, também, que a restrição monetária, relativamente aos trabalhadores hipossuficientes, assume um caráter de restrição absoluta ou quase absoluta, percebe-se que os comandos constitucionais expressos nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88 mostram-se desrespeitados pela Lei nº 13.467/2017.[99]

A diferença em relação à legislação anterior é que fica claro que a responsabilidade pelo pagamento da prova pericial será daquele que perder o objeto da perícia, mesmo que seja beneficiário da gratuidade. Assim, por exemplo, caso o reclamante pleiteie insalubridade, e a perícia seja negativa, acarretando a improcedência de tal pedido, ele será o responsável pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que tenha sido vencedor em todos os outros pedidos formulados. E, mesmo que ele seja beneficiário da gratuidade, terá a responsabilidade pelo pagamento da perícia, com o crédito decorrente dos outros pedidos que forem julgados procedentes.[100]

Para o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Guilherme Feliciano[101], a reforma promove o temor no trabalhador diante das restrições e condições impostas, desestimulando que ele busque seus direitos, pois quando se fizer necessário provar o alegado por provas mais circunstanciais, como provas periciais, o trabalhador vai temer não conseguir fazer prova e ter que pagar a perícia e o advogado da empresa no valor correspondente aos honorários.

---

99 ibidem

100 SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da lei 13.467/2017. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 106, n. 984, p. 129-147, out. 2017. p. 11.

101 CARTA CAPITAL. Nova lei, que determina que o trabalhador arque com os custos do processo caso perca a sentença. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/Apos-reforma-numero-de-novos-processos-trabalhistas-caiu-pela-metade. Acessado em. 01 fev 2019.

O legislador excluiu os honorários periciais da proteção da gratuidade de justiça. Por conta disso, percebe-se que o texto legal padece de inconstitucionalidade, pois, afronta o texto constitucional, uma norma de eficácia absoluta, limitando o acesso à Justiça.[102]

Como visto supra, a regra processual trabalhista é maisr igorosa que a processual civil e subverte toda a conceituação de justiça.[103]

Portanto, a partir da nova redação do texto celetista, passou o processo do trabalho a ser menos protetivo e benéfico que o processo comum, criando uma forma de relativização do benefício da justiça gratuita justamente àqueles que batem às portas do Poder Judiciário em busca do recebimento de verbas de natureza alimentar. A norma incorporada à CLT, além de violar diretamente o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, desrespeita o princípio republicano do tratamento isonômico, haja vista tratar de maneira desigual os jurisdicionados a depender da matéria posta à análise do órgão jurisdicional. Como mencionado anteriormente, a concessão da gratuidade da justiça refere-se a atuação judicial em relação às partes, pois, em uma perspectiva mais ampla, quando se negam os seus efeitos, é como se o Estado deixasse de cumprir a previsão constitucional de oferecer assistência jurídica, entendida, no aspecto, como sinônimo de jurisdição.[104]

---

[102] PEREIRA, Paula Antunes. Mudanças da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) limitação ao acesso à Justiça. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62997/mudancas-da-consolidacao-das-leis-do-trabalho-clt-limitacoes-ao-acesso-a-justica. Acessado em 01 ago 2018.

[103] CASSER, Vólia Bomfim. Comentários a Reforma Trabalhista. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 97

[104] KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17, 2017. P.37

Para Cássio Scarpinella Bueno[105] a solução apontada pelo legislador atrita-se com o inciso XXXV do art. 5º da CF, entendendo que a solução mais adequada para o caso é cobrar o valor devido e não impedir o acesso à jurisdição.

As normas impugnadas confrontam e anulam essas condições conformadoras da insuficiência de recursos, pois permitem empenho de créditos trabalhistas para custear despesas processuais, sem condicioná-los a perda da condição de insuficiência econômica. Contrapondo as normas ordinárias delineadoras do direito fundamental os dispositivos impugnados esvaziam seu conteúdo e inviabilizam ao demandante pobre a assunção dos riscos da demanda. Padecem, por isso, de inconstitucionalidade material.[106]

Concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Por conseguinte, créditos trabalhistas auferidos por quem ostente a condição de beneficiário não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada perda da condição.[107]

Como se depreende do capítulo I deste trabalho, o surgimento e consolidação do Direito Trabalhista foi marcado por grandes eventos e grandes conquistas. É possível perceber que no decorrer da história, desde a Revolução Industrial, o proletário, hipossuficiente, começa a ser protegido pelo Estado. Ocorre que, a sociedade que ia em uma crescente no que diz respeito aos Direitos trabalhistas, acaba por ter uma redução bastante considerável, como se pode observar com o que foi demonstrado neste capítulo.

105 BUENO, Cássio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 142.
106 ibidem
107 Ibidem

Alguns juristas, como o Procurador do Trabalho, Helder Amorim[108], afirmam que a reforma pode ser exterminadora dos direitos dos trabalhadores, que foram conquistados no longo processo histórico de afirmação dos direitos coletivo.

A ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Delaíde Antares[109], se posicionou que a Reforma é um grande retrocesso jurídico e social.

Para os defensores das imposições da Lei nº 13.467/2017, um dos argumentos utilizados favoráveis a reforma, é no sentido da diminuição do número de Reclamações Trabalhistas utilizadas pelos chamados "aventureiros". Após seis meses inteiros com a reforma trabalhista em vigor, completados em maio, o número de ações abertas na Justiça do Trabalho registrou queda de 40,8% nos números acumulados em relação ao mesmo período do ano anterior, segundo revelam dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST)[110].

Essa também é a avaliação de Luiz Fernando Quevedo, sócio do escritório Giamundo Neto Advogados. Ele diz que advogados e trabalhadores estão avaliando melhor o que incluir nas ações, pois havia muitos pedidos irresponsáveis. Com a regra de sucumbência, as chamadas ações aventureiras estão acabando.[111]

A impossibilidade de provar a situação de pobreza, ao contrário do CPC, não impediria nenhum trabalhador de buscar seus direitos legítimos, de propor a demanda. Diferentemente, exigiria apenas deste o conhecimento prévio de que, se

[108] SENADO Notícias. Reforma Trabalhista gera desemprego e impede acesso à justiça. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/14/reforma-trabalhista-gera-desemprego-e-impede-acesso-a-justica-dizem-debatedores. Acessado em: 15 nov 2018.

[109] Rede Brasil Atual. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2017/11/lei-trabalhista-e-retrocesso-juridico-e-social-diz-ministra-do-tst. Acesso em 15 nov 2019.

[110] Gazeta do Povo. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/numero-de-acoes-trabalhistas-cai-quase-pela-metade-no-primeiro-semestre-da-reforma-6hqvbq6ivyx5g9ql9qee6eut9/. Acesso em 18 nov 2018.

[111] http://edmilsonmartins.com/tags/tst/

pedir aquilo que não é devido, terá que ressarcir os cofres públicos dos custos relativos à sua aventura judicial.[112]

Ressalte-se que o objetivo não é dificultar o acesso à Justiça, mas, pelo contrário, torná-la efetiva, evitando-se as ações em que se solicita, e muitas vezes é concedida, a justiça gratuita para pessoas que dela não poderiam usufruir, mediante mero atestado de pobreza. Com essa medida, afastam-se as pessoas que não se enquadram nos requisitos de "pobreza" e se garante que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam.[113]

Reduzir o número de processos é o objetivo de qualquer país civilizado. Esse objetivo só é positivo quando ele é alcançado pela evolução social a partir do cumprimento espontâneo da lei. Porém, quando isso vem através da vedação de acesso à Justiça e do impedimento da busca à reparação dos danos sofridos, principalmente dos mais pobres, é um retrocesso social, é um ato de opressão e de impedimento da plena cidadania para o trabalhador[114].

Segundo a professora da Faculdade de Direito de São Bernardo, Erotilde Ribeiro Minharro[115], essa redução no número de processos mostra que o trabalhador perdeu acesso à Justiça, que era garantida pela legislação brasileira,

[112]Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/reforma-trabalhista-e-moralizacao-da-litigancia-24072017. Acesso em 18 nov 2018.

[113]Empório do Direito. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/a-reforma-trabalhista-e-a-justica-gratuita-solucoes-interpretativas-para-garantir-o-acesso-a-jurisdicao-laboral-apos-a-lei-13-467-2017-por-charles-da-costa-bruxel. Acesso em 18 nov 2018.

[114]BRASIL, Senado Federal. Disponívelem: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/14/reforma-trabalhista-gera-desemprego-e-impede-acesso-a-justica-dizem-debatedores.Acessoem 18 nov 2018.

[115]ReformaTrabalhista. Disponívelem: https://www.destakjornal.com.br/seu-valor/detalhe/seis-meses-de-reforma-trabalhista-trabalhador-perdeu-acesso-a-justica-diz-professora.Acessoem 18 nov 2018.

sendo essa, a tese do presente trabalho, contrária a essas mudanças impostas pela Reforma, será melhor detalhada no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

Após a explicação de toda a história de surgimento e consolidação do Direito do Trabalho, pode-se perceber que ela é marcada por grandes conquistas para os trabalhadores. Ocorre que, com as modificações advindas da Reforma Trabalhista, pode-se perceber que essa crescente de direitos garantidos aos trabalhadores acaba por regredir. Isso porque essas mudanças infringiram o direito de Acesso à Justiça. No presente capítulo, será realizado um balanceamento, na forma de debate, do ponto de vista dos diversos juristas citados no presente estudo.

Como dito no capítulo predecessor, o principal argumento utilizado a favor das mudanças nos arts. 790, § 3º, § 4º e 790–B, caput, § 4º, da lei nº 13.467/2017, é o da redução do número de Reclamações Trabalhistas, que alivia as demandas ao poder judiciário, agilizando os trabalhos, visto a diminuição de serviço.

Para os defensores dessa mudança, os trabalhadores estão avaliando melhor o que incluir nas ações, evitando pedidos irresponsáveis e que, a impossibilidade de se ter as isenções das despesas processuais não impede nenhum trabalhador de buscar seus direitos, apenas resguarda o judiciário de possíveis "aventureiros judiciais".

Ocorre que, esse argumento simplório a favor dessas mudanças é facilmente combatido, isso, porque, os defensores dessas mudanças não analisam como um todo o ordenamento e casos concretos do sistema judiciário trabalhista, focando, apenas em números que representam essa diminuição de processos acreditando estarem no caminho correto para um melhor atendimento judiciário.

Entretanto, acontece justamente o contrário, isso porque, como bem dito pela professora Erotilde Ribeiro Minharro[116], a redução do número dos processos mostra que o trabalhador perdeu o acesso à Justiça.

É possível perceber que grande parte da corrente doutrinária elencada no capítulo II do presente trabalho, é contra os pontos destacados da reforma.

Dentre eles, citamos Fernando Augusto de Vita Borges de Sales, Carolina Masotti Monteiro, Nasser Ahmad Allan. Fazendo uma conexão sobre seus posicionamentos, é possível sintetizar que diante de um descumprimento da legislação trabalhista, ao trabalhador ficava resguardado o direito de pleitear seus anseios perante a Justiça do Trabalho. Antes da reforma, para a concessão do benefício da justiça gratuita, bastava a simples declaração firmada pelo requerendo, de que não tinha condições de suportar as despesas do processo, após a reforma, os trabalhadores passam a ter o acesso ao Poder Judiciários amplamente dificultado por regras que os oneram econômica e processualmente.

Isso porque os artigos 790, § 4º e 790–B, caput, § 4º, da lei nº 13.467/2017 ferem o princípio do acesso à justiça. Princípio esse representado pelo artigo 5º, incisos XXXV E LXXIV da CF, pois aumenta os encargos e despesas na hora de se ingressar com a ação.

As despesas processuais, como custas e honorários advocatícios e periciais, constituem os principais obstáculos ao acesso à justiça.

Vale-se ressaltar, que o novo teto para beneficiar a gratuidade de justiça corresponde ao salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite

116 BARBARA, Leite. JornalDestak. Disponívelem: <https://www.destakjornal.com.br/seu-valor/detalhe/seis-meses-de-reforma-trabalhista-trabalhador-perdeu-acesso-a-justica-diz-professora>.Acessoem 20 jan, 2019.

máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, receber salário igual ou inferior a R$ 2.212,52 (dois mil duzentos e dois reais e cinquenta e dois centavos).

É, portanto, inviável desconsiderar todos os gastos provenientes da vida em si e cobrar friamente de um trabalhador que receba valor distinto a esse exposto para poder litigar contra seu empregador, afirmando que a litigância não vai trazer danos ao seu sustento ou de seus familiares.

Para sintetizar esses entendimentos, a Excelentíssima juíza Idalia Rosa da Silva, no processo 0001173-86.2018.5.10.0014 aplica justamente a tese desenvolvida no presente trabalho.

> DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA
>
> De início, registre-se que o disposto no artigo 790, §3º deve ser interpretado conforme a Constituição Federal de 1988 (art.5º, inciso LXXIV), que assegura a assistência judiciária gratuita aqueles que necessitarem.
>
> Nessa seara, estando presentes os requisitos das Leis 7.115/83 e dos arts. 98 e 99, §3º do CPC/2015, deferem-se à autora os benefícios da Justiça Gratuita.
>
> Atente-se que, existindo declaração de hipossuficiência econômica (doc. 9f228f6), resta atendida a exigência contida no art. 790 da CLT, uma vez que se presume verdadeira a alegação formulada por pessoa física (art. 99, § 3º, do CPC e art. 1º da Lei 7.115/83).
>
> No sentido da concessão do benefício com base na declaração formulada por pessoa natural segue a Súmula 463, I, do TST.
>
> Ressalte-se, por oportuno, que o entendimento supra está em consonância com o Enunciado 03, aprovado no Seminário de Formação dos Magistrados do TRT da 10ª Região, in verbis:
>
> *"JUSTIÇA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. O benefício da Justiça Gratuita a que se refere o art. 790, §§ 3.º e 4.º, da CLT pode ser*

> *concedido a qualquer parte e, na hipótese de pessoa natural, a prova da hipossuficiência econômica pode ser feita por simples declaração do interessado ou afirmação de seu advogado (art. 1.º da Lei n.º 7.115/1983 e art. 99, § 3.º, do CPC)."*

Outro equívoco nessa reforma é o pagamento dos honorários periciais. Como se depreende do §4º do artigo 791-A da CLT, a parte sucumbente, mesmo detentora da gratuidade de justiça, deverá pagar os honorários periciais.

Ocorre que, grande parte das Reclamações Trabalhistas necessitam da perícia como meio de prova. Existindo a possibilidade de risco da sucumbência, muitos obreiros deixarão de atuar ou de realizar perícia, com o medo desse encargo.

Ora, restringindo os meios de provar o alegado, restringe-se também, seu acesso à justiça, visto que as pretensões ficam mitigadas.

Como demonstrado no capítulo I do presente trabalho, aJustiça do Trabalho advém de grandes conquistas históricas para os trabalhadores, sendo por isso considerada como uma justiça especializada. Ao promover barreiras para as litigâncias, fere não só a constituição, como também a diversos princípios.

O ilustre autor Bezerra Leite[117] leciona que o princípio da proteção processual, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

[117] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 12ª ed. SÃO PAULO: LTr, 2014, p. 82.

A desigualdade entre as partes, tanto econômica quanto intelectual, na maioria dos casos, promove um desequilíbrio, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional.

Uma das fases processuais onde tal diferença se mostra acentuada é a da produção de provas. Essas mazelas constituem realidades que são transferidas para a seara laboral processual, tornando imprescindível a efetiva aplicação dos princípios fundamentais do direito do trabalho essências para uma eficaz de proteção ao trabalhador. Este princípio visa salvaguardar direitos sociais, cujos titulares são juridicamente menos favorecidos e, portanto, necessitam da intervenção do Estado para garantir o cumprimento da tutela laboral.[118]

Correlacionando o entendimento anterior, o ilústreSchiave[119] ensina que esse princípio trata de uma intensidade protetiva, que objetiva assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar possíveis entraves enfrentados pelo trabalhador ao procurar a tutela trabalhista em função da sua hipossuficiência econômica e/ou dificuldade de provar suas alegações.

Outrossim, esses artigos da reforma também vão de encontro com o princípio da norma jurídica mais benéfica ao trabalhador, nas palavras de Américo Plá Rodriguez[120] não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador. Tendo sido modificado as normas precedentes a esses artigos da reforma, que eram mais benéficas aos trabalhadores, fere claramente o princípio indicado.

---

[118] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Idem, p. 83.

[119] SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 4ª ed. SÃO PAULO: LTr, 2011, p. 105.

[120] RODRIGUEZ, AMÉRICO PLÁ. Princípios do direito do trabalho. 3ª ed. Atualizada. Tradução e revisão técnica de Wagner Giglio. SÃO PAULO: LTr, 2000. p. 52.

Conforme trecho retirado de um artigo da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA[121], o primeiro passo na direção da efetividade da justiça consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria.

Ou seja, uma norma que promove tamanha perda de direitos aos trabalhadores, não pode ser aceita.

Além disso, como já dito no capítulo II do presente trabalho, no próprio Código de Processo Civil, que é aplicado de forma subsidiária ao processo do trabalho, em seu artigo 99, §3º, ressalta que é presumida por verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural. Ora, como pode a justiça especializada na proteção dos trabalhadores dispor de norma mais rigorosa para se pleitear os próprios direitos dos obreiros, que, de forma categórica, são mais hipossuficientes que seus empregadores.

Levando em conta todos esses fortes argumentos contrários à reforma, por outro lado, o principal argumento da corrente a favor do que foi reformado na lei. 13.467/17 é a diminuição do número de processos perante a justiça laboral.

Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), entre janeiro e setembro de 2017, as varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações

[121] MAIOR, Jorge Luiz Souto, SEVERO Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista.* Disponível em:<https://www.anamatra.org.br/artigos/25549-o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 20 fev. 2019.

trabalhistas. No mesmo período de 2018, foram queixas 1.287.208, totalizando uma redução de 36,06% nas reclamações registradas.[122.]

Ocorre que tais diminuições devem exclusivamente ao fato do trabalhador ficar receoso ao entrar com a ação. Para o procurador do MPT, Paulo Vieira[123], a redução no número de ações trabalhistas pode estar relacionada a obstáculos de acesso à Justiça que surgiram com a reforma, que determinou o pagamento das custas judiciais pela parte que perde a ação. Outrossim , a redução do número de reclamações trabalhistas não é um número positivo, porque não representa um progresso da sociedade, mas sim um retrocesso de desrespeitar o direito constitucional de que todos tenham acesso à Justiça e todos possam buscar a reparação dos seus direitos quando lesados.

Importante destacar que, a entrada em vigor da Reforma Trabalhista não foi bem recebida no exterior. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) incluiu o Brasil na lista de nações acusadas de descumprir normas internacionais de proteção dos trabalhadores. Com isso, o Brasil entrou para um grupo de 24 países, ao lado de Haiti e Camboja. [124]

Ora, com tantos argumentos contrários a essas alterações advindas da Lei nº 13.467/17 e também com a inclusão do Brasil na lista de nações acusadas de descumprir normas internacionais de proteção dos trabalhadores, resta por

[122] GRANATO, Luísa. Direitos trabalhistas: que pontos poderão preocupar profissionais em 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/reforma-trabalhista-o-que-deve-preocupar-o-trabalhador-em-2019/>. Acesso 20 fev. 2019.

[123] CAMARGO, Gilson. Reforma trabalhista: um ano de retrocessos. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/exclusivoweb/2018/11/reforma-trabalhista-um-ano-de-retrocessos/> . Acesso em 20 fev. 2019.

[124] OLIVEIRA, Eliane. OIT coloca Brasil em lista suja, por causa de reforma trabalhista. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/oit-coloca-brasil-em-lista-suja-por-causa-de-reforma-trabalhista-22729381>. Acesso em 15 jan. 2019.

necessário rever de todas as óticas como se pretende gerir as proteções aos trabalhadores no futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos perceber, o presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como principal objetivo analisar possíveis inconstitucionalidades nos artigos 790, § 4º, e 790 –b, *caput,* § 4º,da lei nº 13.467/2017, também chamada de Reforma Trabalhista, em face ao artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil.

De início, no capítulo I, buscou-se fazer uma linha do tempo de toda a história do Direito do Trabalho. Foi estudada uma visão mais ampla do direito no mundo internacional, bem como seu aprofundamento internamente no Brasil.

Dessa análise, percebe-se que o Direito do Trabalho foi marcado por grande conquista obtida ao longo da história da humanidade, exercendo papel fundamental ao garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores, assegurando a dignidade da pessoa humana.

Passando ao capítulo II, nota-se que a grande maioria da corrente doutrinária é contrária às mudanças restritivas na forma de se beneficiar da gratuidade de justiça e do pagamento de honorários periciais sucumbentes mesmo se detentor da gratuidade.

Isso, porque, entende-se que ao restringir a possibilidade de atribuição do benefício da justiça gratuita para as partes que se declarem hipossuficientes, a reforma trabalhista fere o princípio constitucional da gratuidade, pois onera e obstaculiza o acesso à Justiça tornando a Justiça do Trabalho ineficaz, pois essa

proposta inviabiliza a concretização do Direito do Trabalho e a garantia do não retrocesso social e da dignidade humana, estabelecendo regras rigorosas de interpretação jurisdicional, impondo limites e amarras à atuação dos juízes e tribunais trabalhistas.[125]

Além disso, ao determinar o pagamento de honorários periciais a parte mesmo que detentora da justiça gratuita, reduziu os meios de provar o alegado de seu direito, isso, porque, com o risco de ter que pagar a perícia, muitos hipossuficientes deixarão de pleitear todos os meios de prova possíveis.Percebe-se que os comandos constitucionais expressos nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88 mostram-se desrespeitados pela Lei nº 13.467/2017.[126]

Por fim, no capítulo III, foi elencado um exemplo de como o alegado no presente estudo pode ser aplicado ao caso concreto. Isso, porque, a Excelentíssima Juíza Idalia Rosa Da Silva, na sentença do processo 0001173-86.2018.5.10.0014, explicou *que o disposto no artigo 790, §3º deve ser interpretado conforme a Constituição Federal de 1988 (art.5º, inciso LXXIV), que assegura a assistência judiciária gratuita aqueles que necessitarem*, determinando a aplicação da gratuidade de justiça ao Reclamante.

Destaca-se, ainda, que o Brasil ficou mal visto no âmbito internacional, isso porque a Organização Internacional do Trabalho (OIT) incluiu o Brasil na lista de

[125] MARTINS, Ana Paula; FERES, Lucas Prata; BELUZZI, TheodoraPanitsa. Reforma trabalhista e argumentos econômicos : o Brasil entre dois projetos = Labourreformandeconomicsarguments : theBrazilbetweentwoprojects. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 51, p. 149-166, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125456>. Acessado em mai/2018.

[126] DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 325.

nações acusadas de descumprir normas internacionais de proteção dos trabalhadores.[127]

Portanto, o presente trabalho teve como principal linha de visão mostrar as conquistas e avanços da legislação trabalhista até a chegada da Reforma Trabalhista, concluindo que o Acesso à Justiça restou mitigado com o advento da nova Lei, na medida em que os artigos 790, § 4º e 790–B, caput, § 4º, da lei nº 13.467/2017 passaram a onerar em demasia o meio de acesso ao Poder Judiciário, ferindo o disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABREU, Vanessa de Souza. *A Reforma Trabalhista de 2017 é um retrocesso econômico e social?*. Disponível em:<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20063&revista_caderno=25>. Acesso em: 09 de jun. 2019.

ALAN e MENDONÇA. Nasser Ahmad e Ricardo Nunes - *O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO EM UM PARADIGMA NEOLIBERAL E NEOCONSERVADOR: A LEI 13.467/2017 COMO PROPOSTA DE MARCO NORMATIVO DE UM PROCESSO PRECÁRIO E INDIVIDUALISTA*. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111531>. Acesso em 09 de jun. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 09 de jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 09 de jun. 2019.

[127] O Globo. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/oit-coloca-brasil-em-lista-suja-por-causa-de-reforma-trabalhista-22729381. Acesso em 19 fev. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de jun. 2019.

BRUXEL, Charles da Costa. *A Reforma Trabalhista e a Justiça Gratuita*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-reforma-trabalhista-e-a-justica-gratuita-solucoes-interpretativas-para-garantir-o-acesso-a-jurisdicao-laboral-apos-a-lei-13-467-2017-por-charles-da-costa-bruxel>. Acesso em: 08 de jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho.* 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

CAPITAL, Carta. *Nova lei, que determina que o trabalhador arque com os custos do processo caso perca a sentença*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/Apos-reforma-numero-de-novos-processos-trabalhistas-caiu-pela-metade>. Acesso em. 01 fev 2019.Declaração relativa aos fins e objetivos da OIT. Disponível em:<https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>. Acesso em: 08 de jun. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. A *Reforma Trabalhista no Brasil*, São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. Ed.. São Paulo: LTr. 2014

DIAS, Helena Bezerra. *A aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente no processo do trabalho e a consequente Inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista (lei 13.467/17)*. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25060> Acesso em 08 de jun. 2019.

DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal no 1060/50)*, 4. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2010.

FGV. Revolução de 1930. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/revolucao-de-1930-3>. Acesso em: 08 de jun. 2019.

FILHO Ilton Norberto Robl. Constituição Mexicana De 1917 E Os Avanços Dos Direitos Sociais No Brasil. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Disponível em: <www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em 08 de jun. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Método. 2013

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Substitutivo da Reforma Trabalhista: Retrocesso social e afronta aos direitos dos trabalhadores*. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2017/04/18/substitutivo-da-reforma-trabalhista-tetrocesso-social-e-afronta-aos-direitos-do-trabalhadores/>. Acesso em 08 de jun. 2019

GOMES, Matheus Kenzo Nishi. *Lei Especial do Empregado Doméstico e a Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/handle/123456789/485/Matheus%20Kenzo%20Nishi%20Gomes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 08 de jun. 2019.

IANDOLI Rafael. *Reforma trabalhista: 10 perguntas e respostas*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/27/Reforma-trabalhista-10-perguntas-e-respostas>. Acesso em 08 de jun. 2019.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. *A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17*, 2018. Disponível em <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=direct&doc_number=1117578> acesso em 07 de jun. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. Saraiva.2016.

LIVRE, Catraca. *Michel Temer faz pronunciamento e fala sobre reforma trabalhista*. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/michel-temer-faz-pronunciamento-e-fala-sobre-reforma-trabalhista>. Acesso em: 07 de jun. 2019.

MARTINS, Ana Paula; FERES, Lucas Prata; BELUZZI, TheodoraPanitsa. *Reforma trabalhista e argumentos econômicos: o Brasil entre dois projetos*. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125456>. Acesso em 07 de jun. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Atlas S.A.

MELEIRO Ana Beatriz, RODRIGUEZ, Mayara e STRAUBE, Pamela. *A Arbitragem à luz da Reforma Trabalhista no Brasil*. Disponível em: < www.fecesp.org.br/PublicacoesEspeciais/Download/666>. Acesso em: 07 de jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucion*al. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: *Um Frankenstein a brasileira*. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/111511>. Acesso em 07 de jun. 2019.

NETO, Francisco Ferreira Jorge, CAVALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2013.

PEREIRA, Paula Antunes. *Mudanças da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) limitação ao acesso à Justiç*a. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62997/mudancas-da-consolidacao-das-leis-do-trabalho-clt-limitacoes-ao-acesso-a-justica>. Acessoo em 07 de jun. 2019.

PLANALTO. *Discurso Michel Temer sobre Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-de-modernizacao-trabalhista-palacio-do-planalto>. Acesso em 10 de Jun. 2019.

PLENÁRIO, STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5766. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-pgr-artigo-clt.pdf>. Acessado em 10 de jun. 2019.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. *Honorários advocatícios e justiça gratuita no processo do trabalho em face da lei 13.467/2017*. v.106. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017.

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: jusPDIVM, 2018.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 26. ed. 2018, Saraiva

SEMINÁRIO DE FORMAÇÃO CONTINUADA PARA MAGISTRADOS DO TRT DA 10.ª REGIÃO. *Enunciados Aprovados. Brasília: Escola Judicial do TRT 10, 2017*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt10-enunciados-reforma-trabalhista.pdf>. Acesso em: 10 jun, 2019.

SENADO. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>. Acesso em: 09 jun. 2019.

SENADO, Notícias. *Reforma Trabalhista gera desemprego e impede acesso à justiç*a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/14/reforma-trabalhista-gera-desemprego-e-impede-acesso-a-justica-dizem-debatedores>. Acesso em: 09 jun. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Os 201 ataques da "reforma" aos trabalhadores*, 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em: 09 de jun. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19.ed. São Paulo: Ltr. 2000

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz, *Gratuidade da justiça no novo CPC*. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/83171>. Acesso em 08 de jun. 2019.

TRINDADE, Rodrigo. *Reforma Trabalhista – 10 (Novos) princípios do direito empresarial do trabalho. AMATRAIV: Porto Alegre, 2017*. Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>. Acesso em 08 jun. 2019

A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% DO ART. 45 DA LEI 8.213/91 A TODAS AS MODALIDADES DE APOSENTADORIA DIANTE DOS POSICIONAMENTOS DAS ESFERAS DE PODER

Sarah Lívia Paiva de Oliveira Alcântara

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a possibilidade de extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 aos beneficiários das demais aposentadorias, além da aposentadoria por invalidez. A importância da presente análise é direta para os que necessitam do auxílio acompanhante, e indireta para aqueles que lidam com o direito previdenciário no dia a dia, seja advogado, estudante, servidor público. O estudo concentra-se nos posicionamentos das esferas de Poder, em especial do Poder Judiciário. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo em vista que é no âmbito do Poder Judiciário que se vislumbra o fim da controvérsia sobre o tema. Há somente duas teses a se defender: estender ou não a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.213/91 a quem comprovar a incapacidade e necessidade do acréscimo. Entretanto, ainda não há pacificação jurisprudencial sobre o tema, tendo em vista que a discussão se encontra pendente de análise no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Direito Previdenciário. Aposentadoria por Invalidez. Aposentadoria Valetudinária. Grande invalidez. Adicional.

INTRODUÇÃO

Pela literalidade do art. 45 da Lei nº 8.213/91 o adicional de 25% nada mais é do que um acréscimo à renda mensal do aposentado por invalidez para o beneficiário que comprove a necessidade de ter o auxílio de terceiros para os atos

corriqueiros, em função de suas limitações. A aposentadoria por invalidez é apenas um dos benefícios que pode ser concedido no âmbito da Previdência Social, que, por sua vez, integra o sistema da seguridade social juntamente com a saúde e assistência social.

A forma mais popular de interpretar o instituto previsto no art. 45 é como um simples adicional, como dito anteriormente, entretanto diversas pessoas que por outras modalidades de aposentadoria passaram a requerer o adicional com o fundamento na necessidade do auxílio de um terceiro e na sua incapacidade. O foco dessa pesquisa foi analisar a possibilidade de estender o acréscimo de 25% para os demais aposentados, com base nos posicionamentos das esferas de Poder.

A priori, quando se fala de direitos previdenciários, é importante destacar que cabe ao Poder Executivo, por meio do Instituto Nacional do Seguro Social, conceder os benefícios previdenciários, entretanto, é comum nesse ramo do direito, a judicialização para fins de obtenção do direito pretendido. Não menos importante, há também o Poder Legislativo, a quem compete definir os requisitos e regras para a concessão dos direitos previdenciários. Sendo assim, buscou-se analisar o posicionamento das três esferas de Poder a fim de verificar ~~qual~~ a possibilidade de extensão do contido no art. 45 da Lei nº 8.213/91 às demais aposentadorias.

A finalidade de aumentar a renda mensal da aposentadoria em 25% é possibilitar que o aposentado tenha auxílio de um terceiro para as atividades do dia a dia, entretanto, pela literalidade da lei, não é possível conceder a toda e qualquer pessoa, apenas ao aposentado por invalidez, daí surgindo o questionamento a respeito da possibilidade de estender tal direito aos demais aposentados, o que leva a uma análise dos posicionamentos das esferas de Poder.

Entretanto não há como tratar de tal possibilidade sem antes conhecer o sistema da seguridade social, no qual está inserida a Previdência Social. Além disso, faz-se necessário compreender os conceitos e regras próprios da Previdência Social, principalmente no que se refere às aposentadorias, bem como conhecer as nuances doutrinárias do art. 45 da Lei nº 8.213/91.

Embora os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tenham suas áreas de atuação definidas em lei, tais Poderes se complementam com a finalidade de assegurar que direitos sejam garantidos aos seus destinatários. Não havendo diferença em relação ao acréscimo de 25%, pois, caberá ao Legislativo definir as regras para a concessão, ao Executivo deferir ou não a solicitação e por último o Judiciário será responsável por analisar a lide quando o beneficiário acreditar estar sendo lesado pelo indeferimento da solicitação.

Sendo assim, analisar a possibilidade de extensão do adicional de 25% ganha relevância a partir do momento em que o beneficiário que vislumbra possuir um direito, mas não consegue alcançá-lo e irá necessitar do auxílio técnico de um operador do direito com a finalidade de pleiteá-lo perante o Judiciário. E, diante dos diferentes posicionamentos judiciais, será necessário que advogados, defensores e, até mesmo estudantes, tenham conhecimento de como o Poder Judiciário se posiciona sobre o tema, para, ao final, descobrir se há ou não a possibilidade de extensão.

Com vistas à verificação da possibilidade de extensão da aposentadoria por invalidez, também chamada de grande invalidez ou aposentadoria valetudinária, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A principal base de pesquisa

serão os posicionamentos jurisprudenciais de diferentes graus de jurisdição, entretanto analisou-se também projetos de lei e doutrinas sobre o tema.

O presente trabalho está estruturado em 3 capítulos, apresentando-se no primeiro o sistema da seguridade social, que é composto pelos direitos à saúde, assistência social e Previdência Social. Ainda no primeiro capítulo, foram apresentadas as três modalidades de aposentadoria, por idade, tempo de serviço e especial. No segundo capítulo, o foco foi a aposentadoria valetudinária, entretanto, antes de tratar dos requisitos e da natureza jurídica da grande invalidez, foram relacionadas as características e requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez. Por último, foram apresentados os posicionamentos das esferas de Poder em uma sequência lógica, partindo do Poder Legislativo, a quem compete criar os benefícios e regras para a concessão de tais direitos, seguindo para o Poder Executivo, que se vincula ao que está previsto em lei a respeito da sua atuação e, por último, o Poder Judiciário. A visão jurisprudencial foi dividida dentre os graus de jurisdição, com base nos posicionamentos dos principais órgãos que poderiam exercer influência nas decisões do Poder Judiciário, iniciando pelo Tribunal Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, seguido do Superior Tribunal de Justiça e, por último, o Supremo Tribunal Federal.

1 UMA VISÃO AMPLA DA SEGURIDADE SOCIAL

A Previdência Social juntamente com a assistência social e os direitos à saúde integram um sistema de proteção que se convencionou chamar de Seguridade Social, o qual está previsto no título VIII da Constituição Federal.

Cabe à Constituição estabelecer as primeiras e principais diretrizes para o bom funcionamento desse sistema, seja para garantir direitos de saúde, assistenciais

ou previdenciários, que podem ser prestados por meio de serviços ou benefícios previstos em lei, institutos, estes, que serão explicados no decorrer do capítulo.

1.1 A seguridade social à luz da Constituição Federal de 1988

Pode-se dizer que a seguridade social é um sistema constitucional no qual a sociedade e o Poder Público atuam conjuntamente para garantir direitos à saúde, assistência social e Previdência Social (NEVES, 2012). Neste contexto, para Abe (2013, p. 175), fica claro que a "seguridade social é o núcleo essencial da política social e a proteção aos riscos sociais". O mais preocupante, contudo, é constatar que a política social é preterida em detrimento das questões econômicas (ABE, 2013).

Como bem nos assegura Kertzman (2018), a razão para a seguridade social ser formada pelas áreas da saúde, assistência e Previdência Social está na inter-relação entre elas. Sob essa ótica, ganha particular relevância que tais direitos sejam efetivados a partir de um conjunto de diretrizes definidas na Constituição Federal e em leis complementares, bem como trata-se de poder afirmar que, a partir do direito da seguridade social, forma-se um sistema de proteção dos riscos sociais, cujo objetivo é proteger os indivíduos de acontecimentos que inviabilizem a sua subsistência (MARTINS, 2014).

Nesse sentido, o art. 194 da Constituição Federal (BRASIL, 1998) estabelece que

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Tratar da seguridade social, conforme explicado acima, é falar da efetivação de direitos sociais garantidos pela Carta Magna, que devem ser garantidos da forma mais ampla possível. A partir do conceito de seguridade social disposto na Constituição, é possível extrair duas características do sistema: a solidariedade e a integração das ações para que os direitos à saúde, assistência e previdência sejam garantidos.

Uma interpretação possível para a seguridade social é a de que ela é um dos meios de se atingir o bem-estar e a justiça sociais (IBRAHIM, 2015). Sendo indiscutível que a sociedade, individual e coletivamente, exerce um papel fundamental para concretização dos ideais anteriormente indicados, de forma a garantir o sustento de maneira digna aos seus pares.

Tão importante quanto o conceito de Martins são os apontamentos feitos por Ibrahim, conforme destacados acima. Nesse ponto, sabe-se de antemão que, em maior ou menor medida, o conceito definido pelos doutrinadores remete ao que o art. 194, CF dispõe. Diante disso, seria inevitável não tratar da seguridade social sob o viés constitucional. Além disso, vale considerar que (MARTINS, 2014, p. 21) "contém a seguridade social princípios próprios, que são proposições genéricas das quais derivam as demais normas". Entretanto isso demanda uma análise, ainda que superficial, dos objetivos que organizam a seguridade social.

Conforme explicado acima, o direito à seguridade social está pautado na solidariedade, que é tomado como um verdadeiro princípio. Concomitantemente, é indispensável entender que os ensinamentos principiológicos da lei maior estão previstos no parágrafo único do art. 194. Aliás, não há como falar de qualquer assunto que envolva a seguridade social sem ao menos citar os princípios e diretrizes

constitucionais, como, por exemplo, a questão do financiamento do sistema, que está estabelecido nos termos do art. 195, CF (BRASIL, 1988) compartilhada por toda a sociedade.

A seguridade social, como ramo autônomo do direito, possui os seus próprios princípios, os que estão consagrados na Constituição Federal são denominados de objetivos, conforme termos do parágrafo único do art. 194, CF (BRASIL, 1988), que assim os elenca:

> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
>
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
>
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
>
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
>
> V - equidade na forma de participação no custeio;
>
> VI - diversidade da base de financiamento;
>
> VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O art. 195, CF (BRASIL, 1998), por sua vez, traz outro aspecto importante do sistema da seguridade social, no que tange ao financiamento; pode-se considerar que essa é a norma em que o princípio da solidariedade se mostra mais evidente, tendo em vista que todos contribuirão de uma forma ou de outra para a efetivação dos direitos sociais.

O §5º do art.195 da CF (BRASIL, 1998) traz uma regra de grande importância para o equilíbrio atuarial da seguridade social, na medida em que dispõe que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou

estendido sem a correspondente fonte de custeio total". Nesse sentido, de acordo com Ruprecht (1996, p. 70-72):

> A base da seguridade social está na solidariedade humana; não vivemos como seres isolados, independentes uns dos outros, mas formamos um todo orgânico em que cada um depende, bem como a importância dos princípios baseia-se em que todo homem tem o direito pleno de ser amparado em liberdade e dignidade e nisso se fundam para estabelecer a solidariedade social e a ajuda mútua, mesmo se obrigatória e coercitiva.

Considerando as regras constitucionais do sistema, que, de modo geral, estão embasadas no caráter solidário e contributivo da seguridade social, no trecho citado acima, o autor deixa claro que a participação de toda a sociedade é necessária, ainda de que forma obrigatória e coercitiva. Espera-se, portanto, que a coletividade compreenda a importância da sua participação, direta e indiretamente, para que o sistema atinja os objetivos da ordem social, quais sejam o bem-estar e justiça sociais.

Conforme explicado acima, o que importa, portanto, é compreender que a Constituição Federal traça as diretrizes gerais para que o sistema da seguridade social alcance o fim desejado. Essa, porém, é uma tarefa que envolve desde os órgãos públicos até os cidadãos individualmente. É preciso ressaltar que o sistema é mais complexo do que ora foi apresentado, pois as regras estão previstas em diversas leis além da Carta Magna, e infelizmente, necessitam da interpretação e aplicação do Poder Público. Mesmo assim, não parece haver razão para que os direitos à saúde, assistência social e previdência sejam tidos como somente uma idealização constitucional.

1.1.1 Saúde

De fato, o direito à saúde é um dos desdobramentos da seguridade social, um direito subjetivo público que deve ser prestado pelo Estado independentemente de contrapartida. Nesse sentido, Viana (2014, p. 21) ressalta que "as ações e serviços de saúde são prestados pelo Poder Público, de forma direta, ou através de terceiros". Vale observar que, embora seja um dos serviços públicos mais importantes, o entendimento sobre a área de atuação da saúde muitas vezes se limita à recuperação do indivíduo enfermo (TSUTIYA, 2013).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) no seu artigo 196 estabelece que:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A definição mais ampla da área de atuação da saúde é estabelecida pela Organização Mundial da Saúde. Trata-se mesmo de ir além da mera questão de o indivíduo não estar doente ou enfermo. Deve-se entender, no entanto, que o objetivo é proteger o ser humano sob os aspectos biológicos, físicos, socioeconômicos e culturais (TSUTIYA, 2013).

Retomando a ideia de a seguridade social ser composta pelos direitos à saúde, assistência social e Previdência Social, Rocha (2004, p. 12) afirma que:

> Em conformidade com o disposto no art. 194 de nossa Constituição Federal, a seguridade social é gênero de técnicas de proteção social, do qual são espécies a assistência social, a saúde e a Previdência Social. Essas técnicas não são compartimentos isolados, havendo institutos que apresentam elementos de integração, determinando o legislador ordinário que elas devem ser organizadas em um Sistema Nacional.

Conforme citado acima os direitos à saúde, assistência e previdência sociais não podem ser tratados isoladamente, nesse sentido, Ibrahim (2015, p. 09), alerta que "é evidente que as ações de saúde e Previdência Social devem ser conjugadas visando conquistar o bem-estar e a justiça social", tendo em vista que as condições de saúde da população interferirão proporcionalmente na ampliação ou redução da concessão de alguns benefícios previdenciários e/ou assistenciais.

Quando se define o que é saúde, torna-se mais clara a contribuição para o alcance do bem-estar e da justiça sociais. Embora os sistemas da saúde, assistência e previdência sociais estejam interligados pela necessidade de proteger riscos, deve-se entender que, nem sempre as ações ou políticas públicas de cada um desses sistemas se conectam visando complementar um ao outro, como por exemplo, políticas públicas que visem prevenir doenças podem retardar a aposentadoria não programada de um indivíduo que, por questões de saúde, precisa deixar o mercado de trabalho. Aliás, trata-se de um sistema complexo que envolve o empenho do Poder Público e a fiscalização da sociedade.

1.1.2 Assistência Social

Está claro que a assistência social faz parte da Seguridade social e será prestada por meios de políticas sociais, públicas ou privadas a quem dela necessitar, independentemente da exigência de contrapartida por parte do assistido e funcionará como um complemento da previdência social, quando não for possível a sua aplicação, visando sempre proteger a dignidade da pessoa humana (AMADO, 2017).

Martins (2014, p. 520) afirma que a assistência social é "um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer uma política social aos hipossuficientes [...] visando à concessão de pequenos benefícios e serviços". Deve-se entender, no entanto, que as prestações assistencialistas não podem ser exigidas do Estado, diferentemente dos demais direitos da seguridade social (ROCHA, 2004).

O conceito de assistência social está definido no artigo 1º da Lei nº 8.742 (BRASIL, 1993), que assim a define:

> A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Conforme indicado acima, existem diferenças entre os direitos da seguridade social. Por exemplo, a relação jurídica assistencial é diferente da relação jurídica previdenciária, bem como a área da assistência possui princípios e características exclusivas. A principal diferença gira em torno da solidariedade que, na assistência social, será indireta (MARTINS, 2014), ou seja, não há conhecimento mútuo e determinado das partes, como também não há necessidade dos que serão assistidos terem contribuído diretamente para o sistema para que façam jus às prestações assistenciais.

Embora haja divergências entre os institutos da assistência e previdência sociais, Ibrahim (2015, p.13) afirma que:

> O segmento assistencial da seguridade social tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela Previdência Social, já que esta não é extensível a todo e qualquer indivíduo [...]. Não compete à Previdência Social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

Na Previdência Social, as prestações assistenciais podem ser em dinheiro ou serviços. Entretanto tais prestações, em regra, não acumulam e, sempre que possível, serão concedidas em caráter preventivo, tendo em vista que um dos objetivos da assistência social é a prevenção da incidência de riscos, juntamente com a garantia da vida e proteção à família, maternidade, velhice e infância (MARTINEZ, 1997).

Não há necessidade de prévia associação ao sistema de assistência social, pois converge com a solidariedade indireta e, além disso, a relação entre a pessoa, física ou jurídica; pública ou privada, e esse sistema é personalíssima, ou seja, somente existe em função da pessoa ali envolvida e suas peculiaridades. É, portanto, intransferível (MARTINEZ, 1997).

Os benefícios assistenciais estão condicionados ao estado de necessidade do assistido, entretanto, uma vez concedidos, geram direito adquirido durante o tempo que a condição geradora da necessidade permanecer, visando sempre à garantia do mínimo existencial para a sobrevivência do indivíduo, cujo valor será definido por lei (MARTINEZ, 1997).

Com base nesse aspecto, mostra-se mais evidente a interdependência entre as ações da seguridade social para que o sistema seja coeso e atinja o fim pretendido. Percebe-se aqui uma questão fundamental quando se fala em preencher as lacunas deixadas pela Previdência Social, pois, tal fato, se mostra mais evidente no âmbito do Judiciário diante das demandas propostas. Vale esclarecer que, na prática, nem sempre será caso de uma lacuna, mas sim, de uma opção política fundamentada no princípio da seletividade e distributividade, previsto no inciso III, parágrafo único do art. 194, CF.

1.1.3 Previdência Social

Tão importante quanto os demais direitos apresentados anteriormente é a Previdência Social, em que, em regra, há a obrigação de filiação e consequentemente de contribuição (SAVARIS; GONÇALVES, 2018). Nesse ponto, sabe-se de antemão que esse subsistema da seguridade social visa proteger os segurados de situações que possam comprometer o sustento diante da ocorrência de eventos pré-determinados em lei.

Além disso, vale considerar que, embora a regra da contribuição direta esteja presente na Previdência Social, diferentemente dos direitos explicados anteriormente, isso não afasta o princípio da solidariedade, que aqui será direta, tendo em vista ser possível a identificação do destinatário do benefício ou serviço previdenciário (BRAGANÇA, 2012). Com isso, não se trata somente de cobrir os resultados advindos das contingências, mas também uma forma de redistribuição de renda (VIANNA, 2014).

Daí a percepção de que a Previdência Social é uma técnica de proteção social, na qual sociedade e contribuinte garantirão o atendimento das necessidades dos beneficiários e dependentes. Trata-se certamente de uma forma de proteger os participantes da Previdência Social dos riscos que podem influenciar diretamente na sua subsistência. Sendo indiscutível que o intuito é proteger ao máximo a sociedade dos riscos ou necessidades que possam vir a acontecer diariamente, seja no regime geral, próprio ou complementar (IBRAHIM, 2014).

A ideia de Previdência Social está intimamente interligada com os riscos a que os indivíduos estão expostos, embora a Previdência Social tenha surgido a partir da ideia de um seguro, atualmente representa muito mais do que isso, conforme

explicado acima. O ordenamento jurídico brasileiro prevê três grandes regimes de Previdência Social, o regime próprio que é direcionado para os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e militares; o complementar que possui caráter facultativo e foi criado com o intuito de complementar a aposentadoria oficial; e o regime geral de Previdência Social - RGPS, que se destina a todos que não se enquadrem no regime próprio, sendo, este último, o foco deste trabalho (SAVARIS; GONÇALVES, 2018).

Uma interpretação possível é que a Previdência Social é uma das formas de materialização da solidariedade em forma de benefícios ou serviços prestados diante das contingências pré-definidas em lei (BRAGANÇA, 2012). O resultado, contudo, é a criação de um sistema que ampare os segurados em momentos de necessidades e vise a manutenção das condições mínimas de vida (MARTINS, 2014). Conforme Martins (2014, p. 300) deixa claro, "é transformar algo futuro e incerto, em algo certo, na possibilidade de recebimento do benefício, se acontecer a contingência".

Pode-se dizer que há um consenso sobre o que venha a ser a Previdência Social, sendo conceito é formado por termos que se mostram importantes para a compreensão do sistema como um todo, como por exemplo, beneficiários, dependentes, benefícios, serviços. Mesmo com o passar dos anos, o conceito definido pelos doutrinadores permanece o mesmo, nesse sentido, também parece aceitável a afirmação de que "previdência implica, em matéria de seguridade social, dispor do necessário para enfrentar contingências, que ocorrem ou podem ocorrer na vida dos indivíduos" (RUPRECHT, 1996, p. 26).

Tratar sobre direitos previdenciários é falar sobre os benefícios e serviços por meio dos quais a finalidade da Previdência Social será alcançada, conforme explicado acima. Tanto a Constituição Federal, no art. 201 (BRASIL, 1998), quanto a Lei 8.213, no art. 1º (BRASIL, 1991), elencam as mesmas hipóteses de situações que podem levar a um estado de necessidade social. Vale salientar que, para fins deste trabalho, o mais importante é a cobertura dos eventos de doença, invalidez e idade avançada, que, em regra, serão cobertos pelas aposentadorias, por exemplo, na modalidade por idade, por tempo de contribuição. De acordo com Vianna (2014, p. 429) as hipóteses acima referidas:

> são eventos, constitucionalmente eleitos, que podem levar a um estado de necessidade social que será superado por meio das prestações previdenciárias, expressas em benefícios e serviços [...]. Nesse contexto, o artigo 1º da Lei nº 8.213/91 veio dispor que a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. [...].

No trecho acima, o autor deixa claro as situações que geram direitos previdenciários, entretanto, não há como compreender o direito previdenciário sem entender os conceitos próprios desse ramo do direito, daí a importância de explicar alguns termos técnicos da área, que, em sua grande maioria, serão definidos pela legislação infraconstitucional e doutrina. Dessa forma, a seguir trataremos de defini-los para que o funcionamento da Previdência Social seja melhor compreendido.

A fim de atender as hipóteses acima elencadas, criou-se um rol de benefícios e serviços que está previsto no art. 18 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991), assim redigido:

> O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos



decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

b) aposentadoria por idade;

c) aposentadoria por tempo de serviço;

c) aposentadoria por tempo de contribuição;

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

f) salário-família;

g) salário-maternidade;

h) auxílio-acidente;

i) abono de permanência em serviço; (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994)

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) pecúlios; (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional

Conforme dito anteriormente, diferentemente dos demais direitos da seguridade social, a Previdência Social somente se aplica a quem é segurado, e, para adquirir tal qualidade, o indivíduo deve estar filiado a um regime de previdência, o que implica afirmar que, necessariamente, contribuirá para o sistema e tal contribuição será determinante para que a qualidade de segurado seja mantida. Daqui se extrai dois importantes conceitos quais sejam os de segurado e contribuinte.

Segurado é toda e qualquer pessoa física que possui um vínculo jurídico com a Previdência Social, que poderá ser obrigatório ou facultativo (KERTZMAN, 2018). A questão da obrigatoriedade em se filiar a Previdência Social está atrelada ao exercício de uma atividade laboral remunerada, com vínculo empregatício, urbano, rural ou doméstico, no caso do RGPS (AMADO, 2017). Por sua vez, os segurados facultativos não se enquadram nas hipóteses do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, mas ainda assim desejam contribuir para a Previdência Social (CASTRO; LAZZARI, 2016).

É possível afirmar que todo segurado é um contribuinte da Previdência Social, entretanto, nem todo contribuinte será assegurado. A figura do contribuinte guarda relação com a natureza contributiva do sistema, na medida em que, para os segurados, o fato gerador da contribuição será o exercício da atividade remunerada (AMADO, 2017). Entretanto há a figura da contribuição da empresa, na forma do art. 195, I, a da CF (BRASIL, 1998), que define as contribuições sociais devidas pelos empregadores, empresas e entidades a ela equiparadas (IBRAHIM, 2015).

Dentre os benefícios que serão prestados aos segurados constam as aposentadorias, que são organizadas da seguinte forma: por idade, tempo de contribuição, especial e invalidez, cujas concessões dependem de requisitos a serem preenchidos. Para melhor entendimento, é relevante destacar alguns conceitos, como beneficiário, período de carência, salário de contribuição e de benefício, fator previdenciário.

Beneficiário é o sujeito ativo da relação jurídica de benefícios, podendo ser classificado como segurado ou dependente[1] (ALENCAR, 2009). Período de carência, conforme o art. 24 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991), "é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício", essa exigência não será aplicada a todas as prestações previdenciárias.

Salário de contribuição, conforme ensinamento de Amado (2017, p. 335), é um instituto exclusivo do Direito Previdenciário, que corresponde a uma parcela composta por verbas remuneratórias e servirá para fixar o salário de benefício. O salário de benefício é a base de cálculo a ser utilizada para definição do valor da renda mensal do benefício previdenciário (KERTZMAN, 2018).

O salário de benefício, a depender do benefício a ser concedido, pode sofrer influência do fator previdenciário, que consiste em uma fórmula matemática, na qual serão considerados para fins de cálculo o tempo de contribuição, idade e expectativa de vida. O fator previdenciário irá incidir sobre a média aritmética do salário de contribuição e, a depender do resultado da fórmula, pode reduzir o salário de benefício das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição (KERTZMAN, 2018).

O direito à seguridade social é um direito que, por certo, será exercido por qualquer indivíduo em algum momento da sua vida, seja por meio do direito à saúde, assistência ou Previdência Social. No que se refere a Previdência Social, em especial em relação às aposentadorias, é preciso cumprir alguns requisitos para que o benefício seja auferido no momento de contingência, conforme se verá a seguir.

[1] Para este trabalho, somente é necessário saber o conceito de segurado, conforme já explicado anteriormente.

1.2 Benefícios previdenciários: Aposentadorias

As aposentadorias são benefícios previdenciários que serão concedidos a quem estiver inscrito e tiver contribuído para o sistema, podendo ser classificadas em aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial e aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 18 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991).

1.2.1 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade é um dos benefícios previdenciários que será concedido quando o beneficiário atingir a idade pré-definida em lei. Trata-se inegavelmente de substituir a forma de sustento de quem sofre alguma alteração na sua capacidade para o trabalho, por conta da ancianidade (BRAGANÇA, 2012).

Assim, reveste-se de particular importância o ordenamento jurídico brasileiro ter elencado a aposentadoria por idade como uma das hipóteses legais para a concessão do benefício, pois a velhice é certa para todo e qualquer indivíduo. Com base nisso, ganha particular relevância a opção legislativa, na medida em que não há como conceber que uma pessoa trabalhe até o dia da sua morte, ou que uma empresa aceitará no seu quadro de funcionários alguém que não mais acompanha as inovações tecnológicas ou o ritmo de trabalho de quem está começando a carreira (HORVATH JÚNIOR, 2012).

Sob esse aspecto, o conceito da aposentadoria por idade pode ser definido como o benefício que será concedido àquele que comprovar não possuir mais condições de continuar trabalhando, pelo simples fato de ter atingido a idade legal, além de outros requisitos estabelecidos em lei. Logo, é necessário esclarecer que a

aposentadoria concedida não substituirá, necessariamente, a renda daquele se aposenta, mas terá o condão de evitar o estado de necessidade que o aposentado possa vir a ter após retirar-se do mercado de trabalho. Garantida a subsistência do aposentado por idade para que esse possa usufruir da vida que construiu (RUPRECHT, 1996).

Dessa forma, e considerando os apontamentos acima realizados, se mostra necessário detalhar os demais requisitos exigidos em lei para que o beneficiário seja favorecido com tal benefício. Sobre os requisitos, Castro e Lazzari (2016, p. 258) afirmam:

> A aposentadoria por idade é concedida com requisitos diferenciados em relação aos segurados que exercem suas atividades na área urbana e rural [...]. As regras gerais sobre a aposentadoria por idade estão disciplinadas nos arts. 48 a 51 da Lei 8.213/91 e nos arts. 51 a 54 do Decreto nº 3.048/1999.

O requisito básico para que seja concedida a aposentadoria por idade é atingir 65 anos, para homem, e 60 anos, para mulher, que comprovarem a carência de 180 dias, conforme art. 201, § 7º, II da CF (BRASIL, 1998) e art. 25, II da Lei 8.213 (BRASIL, 1991), respectivamente. A idade mínima para concessão sofre um decréscimo de 05 anos para os trabalhadores rurais ou para os que comprovem o exercício de atividades em regime familiar.

Ladethin (2011) divide a aposentadoria por idade em quatro modalidades a partir da idade em que é possível requerer o benefício, bem como, com base no sexo e categoria do trabalhador. Para a autora, a aposentadoria rural será concedida à mulher com 55 anos e ao homem com 60 anos. A aposentadoria urbana e híbrida (urbana e rural) corresponde à regra geral apresentada anteriormente, e, por fim, a

aposentadoria compulsória, que será devida ao homem com 70 anos e a mulher com 65 anos de idade.

Sem sombra de dúvida, essa é a modalidade de aposentadoria que será devida a todo e qualquer segurado, sem nenhuma ressalva desde que os requisitos mínimos sejam cumpridos. O valor do benefício inicialmente corresponde a 70% do salário de benefício, entretanto a cada 12 contribuições mensais há o acréscimo de 1% até o máximo de 30%, podendo assim chegar a 100%, conforme se extrai do art. 50 da Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991).

A importância maior da existência da aposentadoria por idade está no fato de que envelhecer é certo para todos, conforme já abordado, e, muito embora, alegue-se que a expectativa de vida do ser humano, de forma geral, esteja aumentando, isso não afasta o fato de que as pessoas se tornam idosas e necessitam de tempo para aproveitar o que construíram durante a sua vida, considerando sua contribuição para o crescimento da nação.

1.2.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Pode se dizer que a aposentadoria por tempo de contribuição é a modalidade de aposentadoria em que o indivíduo ainda não alcançou a idade legal para aderir a aposentadoria por idade, mas já possui um desgaste diante do tempo trabalhado. Nesse contexto, fica claro que, aquele que se aposenta por tempo de contribuição, se beneficia por ter começado a trabalhar mais cedo do que a média da maioria e atingir o requisito da idade previsto em lei (MARTINS, 2014).

É importante considerar que a discussão sobre a importância da aposentadoria por tempo de contribuição exige a análise do risco social, e sob esse

aspecto, há a discussão se há ou não uma contingência que justifique a concessão do benefício. Nesse sentido, Horvath Júnior (2012, p. 242) afirma que:

> O risco "velhice" é presumido no caso da aposentadoria por tempo de contribuição, presunção esta emanada do texto constitucional, que prevê este benefício no art. 201 e incisos. Presume-se que, após 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos para as mulheres, o segurado esteja desgastado para continuar exercendo suas atividades. Tecnicamente, o tempo de contribuição não é um risco, mas, sim, uma certeza [...].

Martins (2014, p. 352), por sua vez, afirma que "o tempo de contribuição é considerado contingência pelo desgaste do trabalhador com o passar dos anos, por suas dificuldades em conseguir emprego". Em que pese as divergências em torno de haver ou não risco a ser protegido pela aposentadoria por contribuição, o fato é que essa aposentadoria foi uma escolha política e continua vigente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, faz-se necessário analisar os requisitos vigentes[2] para a sua concessão.

O principal requisito a ser observado para a concessão do benefício é a idade estabelecida em lei para a qual há exigência de requisito de tempo contributivo mínimo: para as mulheres, 30 anos e para os homens, 35 anos de contribuição. A lei estabelece ~~uma~~ redução desses prazos se o trabalhador for professor, desde que haja a devida comprovação da atuação exclusiva nessa profissão, excluídos dessa regra os professores universitários (Ibrahim, 2015).

Para fins de contagem do tempo de contribuição, Kertzman (2018, p. 406) ensina que:

[2] A aposentadoria por tempo de contribuição proporcional ainda existe no ordenamento jurídico, entretanto não é necessário adentrar nas inúmeras regras para a concessão, pois o intuito é ter uma visão ampla da aposentadoria por tempo de contribuição.

> [...] será contado de data a data, desde o início, até a data do requerimento ou desligamento de atividade abrangida pela Previdência Social, descontados os períodos [...] de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.

O período de carência a ser comprovado é igual ao da aposentadoria por idade, 180 contribuições mensais sem atraso. A renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição será devida inicialmente em 70% do salário de benefício, ou seja, aos 25 anos, se mulher, e 30 anos, para o homem. Entretanto pode-se chegar a 100% do salário de benefício, pois a cada ano a mais contribuído acrescenta-se 6% (SAVARIS, GONÇALVES, 2018).

A aposentadoria por tempo de contribuição é uma das modalidades de aposentadoria mais complexas de se compreender, devido as diversas alterações realizadas para a sua concessão. No entanto continua vigente a possibilidade de segurados se aposentarem por invalidez, uma vez preenchidos os requisitos definidos em lei.

1.2.3 Aposentadoria Especial

A aposentadoria especial é a modalidade de aposentadoria destinada a pessoas que trabalham permanentemente, pelo período estabelecido em lei, em condições de insalubridade, periculosidade ou penosidade. Não se pode deixar de evidenciar que a necessidade da concessão desse tipo de aposentadoria envolve questões de saúde e integridade física e funciona como uma compensação pelos anos trabalhados em condições especiais (MARTINS, 2014). Aliás, ao considerar como uma compensação, nota-se a importância do instituto, tendo em vista que, para

empregos que exigem a exposição a agentes nocivos, são necessários alguns incentivos que atraiam os trabalhadores ou, ao menos, uma contraprestação.

Conforme verificado por Bragança (2012), a aposentadoria especial é o benefício previdenciário devido a todo e qualquer segurado que comprove o binômio nocividade e permanência. A nocividade será comprovada quantitativamente ao superar os limites de tolerância, e qualitativamente a partir dos agentes nocivos definidos em lei; por sua vez, a permanência será medida nos períodos de 15, 20 ou 25 anos de exposição. Trata-se inegavelmente de retirar aquele que esteve exposto aos riscos do mercado de trabalho e garantir uma nova forma de sustento.

É indiscutível a importância do instituto, conforme explicado acima, que se justifica na medida em que envolve questões que garantam o direito à saúde. Sendo assim, não há como falar de benefícios previdenciários sem ao menos elencar os requisitos básicos para que o direito seja obtido perante o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS. De acordo com Ibrahim (2015, p. 625):

> A aposentadoria especial, ao contrário do que possa parecer, é um dos mais complexos benefícios previdenciários [...]. Grande parte desta dificuldade decorre das constantes alterações da legislação, que sempre trazem novas regras, sendo algumas derrubadas pelo Judiciário. É tratado na Lei nº 8.213/91, arts. 57 e 58 e RPS, arts. 64 a 70.

A aposentadoria especial é devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, sendo que, este último, deverá comprovar a exposição aos agentes nocivos, conforme o Enunciado de Súmula nº 62 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU (CASTRO; LAZZARI, 2016). Para fazer jus a aposentadoria, é preciso que o trabalhador tenha prestado serviços de

forma permanente em condições que possam prejudicar sua saúde ou integridade física, pelo período mínimo de 15, 20 ou 25 anos (SAVARIS; GONÇALVES, 2018).

Ibrahim (2015, p. 627), em oposição sobre o entendimento da exposição ser permanente, alega que "a exposição eventual [...] pode ser capaz de gerar direito à aposentação especial, dependendo do grau de concentração do agente nocivo, embora esta não seja a situação mais comum". A norma que trata dos prazos para a concessão do benefício é o Decreto nº 3.048/1999, mais especificamente no Anexo IV.

São considerados serviços prejudiciais à saúde ou à integridade física os insalubres, perigosos e penosos. Para que a atividade seja considerada insalubre, é preciso que o trabalhador seja exposto a agentes físicos, químicos, biológicos ou à associação desses, de modo que sejam comprovados danos à sua saúde ou apenas que a exposição ocorra acima dos limites razoáveis. (HORVATH JÚNIOR, 2012). A periculosidade é definida com base no art. 193, incisos I e II, e § 2º CLT, e consiste no trabalho permanente com inflamáveis, explosivos, energia elétrica, atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial ou atividades em motocicleta (BRASIL, 1943). Por sua vez, as penosas irão desgastar o trabalhador física ou psicologicamente (HORVATH JÚNIOR, 2012).

Assim, como nas demais modalidades de aposentadoria apresentadas até o presente momento, também é necessário cumprir o período de carência, que será de 180 contribuições, pela atual regra; bem como a renda mensal será de 100% do salário de benefício (BRASIL, 1991).

Essa modalidade de aposentadoria está intimamente ligada às questões de saúde e qualidade de vida do trabalhador, pois, as condições especiais a que esses

estão expostos, geram um impacto direto no futuro dessas pessoas e de suas famílias, na medida em que a sujeição desses à agentes nocivos à saúde ou integridade física podem acarretar sérios danos e consequências, embora para fins de auferir o benefício da aposentadoria especial não seja necessário comprovar que houve uma dano efetivo e real.

As modalidades de aposentadoria, até então apresentadas, se assemelham diante da possibilidade que o indivíduo possui de se programar para alcançar o benefício, tendo em vista a fixação de um requisito temporal pela legislação. A lei de benefícios previdenciários determina, também, a possibilidade de aposentadoria por invalidez, que, em certa medida, se distingue das anteriores, de acordo com o que segue.

2 A APOSENTADORIA VALETUDINÁRIA

Neste capítulo, será abordado o instituto previsto no art. 45 da Lei 8.213/91. Tratado pela doutrina como aposentadoria valetudinária, grande aposentadoria, assistência permanente ou complemento acompanhante, a aposentadoria por invalidez, é uma modalidade de aposentadoria não programada, diferente das demais formas de aposentadoria anteriormente apresentadas.....

2.1 A aposentadoria por invalidez

Conforme verificado, a aposentadoria por invalidez é um benefício não programável que será devido em casos em que o segurado for acometido por uma doença ou diante da ocorrência de acidente que o incapacite para o trabalho, de forma que não haja possibilidade de tratamento que o reabilite. Vê-se, pois, que, diante do impedimento para o trabalho, o segurado vê-se sem meios de prover a sua

subsistência e dos que dele dependem, salientando, assim, a importância da aposentadoria por invalidez, que será a nova forma de garantir o sustento desses entes (MARTINS, 2014).

Sob esse aspecto, a aposentadoria por invalidez é um dos benefícios previdenciários para o qual será concedido o montante de 100% do salário de benefício ao segurado que, mediante a realização de perícia, ficar evidenciado não possuir condições de se manter no mercado de trabalho (HORVATH JÚNIOR, 2012). Conforme apontado por Vianna (2014, p. 497), a aposentadoria por invalidez será mantida enquanto não existem condições de retorno ao trabalho, e independentemente de o segurado ter sido beneficiado pelo auxílio doença. Vale esclarecer que a incapacidade para o trabalho deve ser permanente e decorrente de doença ou acidente.

Conforme explicado acima, o aspecto principal da aposentadoria por invalidez é a incapacidade laboral, que deverá ser constatada, em regra, mediante perícia médica. Afirmar que a incapacidade deve ser permanente não significa dizer que deva ser definitiva, pois é possível que a incapacidade cesse e o trabalhador possa retornar ao mercado de trabalho.

Pode-se dizer que é um direito previdenciário que deverá ser concedido após o cumprimento dos requisitos fixados em lei, mas que, em contrapartida, poderá deixar de ser prestado se o segurado se recuperar. Neste contexto, para Horvath Júnior (2012, p. 262-263) fica claro que não é necessário que a incapacidade seja absoluta e total, muito menos a análise da incapacidade para o trabalho será restrita aos serviços realizados no momento em que surge a doença ou ocorre o acidente. O mais preocupante, contudo, é constatar que, para fins de concessão, a incapacidade

não seja ser anterior à filiação ao RGPS, entretanto é devida àquele que era incapaz ao se filiar e, diante do agravamento da incapacidade, necessita do benefício.

Os apontamentos elencados acima evidenciam em que circunstâncias o instituto da aposentadoria por invalidez será aplicado, como também é possível identificar o risco social que se visa proteger, qual seja a necessidade de substituição de uma renda mensal a quem não possui condições por conta de doença ou acidente. Além disso, a característica da reversibilidade justificará a manutenção das periciais periódicas e tratamento obrigatório, conforme indica Castro e Lazzari (2016, p. 298) "o segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria [...]".

A aposentadoria por invalidez é revestida de grande importância na medida em que visa proteger aquele que não possui condição alguma de trabalhar. E, considerando que a concessão do benefício está adstrita ao parecer do médico responsável por realizar a perícia em que se conclui ser um caso ou não de invalidez total, é possível imaginar que, em alguns casos, nem sempre a incapacidade será tida como absoluta e total, pois o requisito do art. 42 da Lei nº 8.213/91 restringe-se à averiguação da incapacidade e impossibilidade de reabilitação.

Nesse sentido, como forma de ampliar as possibilidades de concessão da aposentadoria por invalidez, de acordo com Castro e Lazzari (2016, p. 292):

> O STJ [...] firmou orientação de que, para a concessão de aposentadoria por invalidez, na hipótese em que o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade parcial para o trabalho, devem ser considerados, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei n. 8.213/1991, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado.

É comum que o Poder Judiciário, principalmente no que se refere a aposentadoria por invalidez, por vezes conceda o que, na via administrativa, foi negado. Sendo possível, por exemplo, a concessão desta modalidade de aposentadoria por via judicial. Em que pese o alegado anteriormente, é preciso que o segurado cumpra o prazo da carência que, em regra, será de 12 contribuições mensais, salvo se a invalidez for decorrente de acidente (HORVATH JÚNIOR, 2012).

A invalidez por si só é devastadora na vida de qualquer indivíduo, entretanto, quando isso acarreta a impossibilidade de trabalhar, não há como não cogitar que o Estado deva interferir na situação para amparar quem dele necessita. A questão da solidariedade ganha maior destaque em benefícios em que a necessidade seja mais evidente como, por exemplo, a aposentadoria por invalidez.

2.2 O acréscimo de 25% do artigo 45 da Lei 8.213/91

Parece óbvio ser apenas um acréscimo, tendo em vista a literalidade do art. 45 da Lei 8.213/91. Afinal, trata-se de complementar a renda mensal em 25% da aposentadoria já obtida (CASTRO; LAZZARI, 2016). Mas a grande invalidez é o desenvolvimento da incapacidade ao ponto de o beneficiário da aposentadoria por invalidez necessitar do auxílio de um terceiro para as atividades rotineiras. Nesse caso, há a transformação da necessidade de o aposentado por invalidez de, além de prover a própria subsistência, depender de um terceiro para auxiliar nas suas atividades do dia a dia, dada a sua incapacidade cuidar de si próprio.

Pode-se dizer que é um acréscimo no valor do benefício auferido pelo aposentado por invalidez. Neste contexto, para Martins (2014) fica claro que serve como uma forma de compensar a necessidade de ter que precisar de ajuda de um

terceiro. Não se atinge, entretanto, os dependentes quando do falecimento do aposentado, pois não é incorporado ao valor da pensão, daí poder afirmar ser um direito personalíssimo.

Não é difícil entender que se trata de um adicional de 25% no valor da aposentadoria. O que não se pode abandonar, entretanto, é a ideia de que o objetivo primeiro é proporcionar um auxílio para a realização das atividades diárias, ficando em segundo plano a finalidade de equilibrar a situação financeira daquele que faz jus ao acréscimo. Vale lembrar que pode vir a auxiliar na diminuição do impacto financeiro daquele que necessita contratar um cuidador (ELLER; PAES JÚNIOR, 2017).

Embora o aspecto financeiro seja impactado, conforme mencionado pelo autor ao tratar da contratação de um cuidador, o que deve ser colocado em primeiro lugar é necessidade de obter ajuda para os atos do dia a dia (ELLER; PAES JÚNIOR, 2017). E, nesse sentido, a contratação do cuidador é de grande importância, tendo em vista que nem sempre existe a possibilidade de os parentes cuidarem pessoalmente do aposentado que se encontra na situação da grande invalidez.

De acordo com Horvath Júnior (2012, p. 270-271) a invalidez maior é:

> A incapacidade total e permanente de tal proporção que acarreta a necessidade permanente do auxílio de terceiros para o desenvolvimento das atividades cotidianas, em virtude da amplitude da perda da autonomia física, motora ou mental que impede a pessoa de realizar os atos diários mais simples, como v.g, a consecução das necessidades fisiológicas, higiene, repouso, refeição, lazer, dentre outros.

Em contraposição à grande parte dos doutrinadores, Horvath Júnior trata da grande invalidez de uma forma mais completa, o autor deixa claro que a incapacidade total e permanente não se restringe à uma simples justificativa para

acréscimo no benefício. Tal posicionamento ganha relevância pois evidencia o intuito primordial do instituto que é garantir dignidade àquele que se encontra na situação da invalidez maior.

Espera-se, dessa forma, ter deixado claro que aumentar em 25% a renda mensal do aposentado é somente uma forma de garantir que a finalidade maior seja atingida, qual seja a eliminação ou, ao menos, a minimização da necessidade de um terceiro para auxiliar em atividades simples do dia-dia. Dessa forma, faz-se necessário, assim como nos demais benefícios apresentados neste trabalho, destacar quais os requisitos para fins de concessão da aposentadoria valetudinária.

2.2.1 Requisitos para a concessão do benefício

Com base no art. 45 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991) é possível identificar que o legislador somente enumera, expressamente, como requisito para a concessão da assistência permanente a comprovação da necessidade de outra pessoa. No art. 45 do Decreto nº 3.048 (BRASIL, 1999) a expressão "observada a relação constante do Anexo I" leva-nos ao entendimento de que este seria outro requisito.

O referido Anexo I traz uma relação das situações em que o aposentado por invalidez terá direito à majoração de 25%, quais sejam:

> 1 - Cegueira total.
>
> 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.
>
> 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.
>
> 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível.
>
> 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.

6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.

7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.

8 - Doença que exija permanência contínua no leito.

9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

Acerca do rol acima há controvérsias sobre ser ou não um rol taxativo, entretanto, a doutrina majoritária considera que o referido Anexo I do RPS "é mais restritivo que a própria lei instituidora, o que, além de ilegal é inconstitucional, ferindo princípios constitucionais, como a universalidade, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios" (CARVALHO, 2013, p. 257). Em que pese o posicionamento da doutrina, o INSS, para fins de concessão do acréscimo, se apega a literalidade do art. 45 da Lei 8.213/91, como também aos casos definidos no Anexo I do Decreto 3.048 (CANELLA, 2019).

Um dos requisitos relevantes, dos quais a lei não trata, envolve questões a respeito da fonte de custeio para financiar a grande aposentadoria, tendo em vista que a Constituição Federal no artigo 195, § 5º indica que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total". Mesmo assim, não parece haver razão para que a norma constitucional seja aplicada, pois o adicional de 25% não é tratado pela doutrina como um benefício propriamente dito, bem como não consta no rol do art. 18 da Lei 8.213/91.

O aspecto temporal para fins de concessão da aposentadoria também não é bem definido, entretanto há quem afirme que é possível solicitar o acréscimo a qualquer tempo, não sendo obrigatório que a necessidade do auxílio de um terceiro

seja concomitante com o deferimento da aposentadoria principal. Nesse sentido, Horvath Junior (2012, p. 271) afirma que:

> A grande invalidez pode ocorrer simultaneamente à instalação da incapacidade, como pode vir a ocorrer posteriormente a concessão da aposentadoria por invalidez. É devida a grande invalidez a qualquer momento durante a vigência do benefício.

Considerando que alguns requisitos serão influenciados sobremaneira pela aposentadoria principal, surge o questionamento acerca da doença preexistir ou não no momento da solicitação da aposentadoria, tendo em vista que, para aposentadoria por invalidez, é necessário que o beneficiário, ao aderir à Previdência Social, já tenha a doença (HORVATH JÚNIOR, 2012). Essa regra também se aplicaria à aposentadoria valetudinária, e, ao estabelecer essa regra, não se estaria mitigando o direito de quem necessita do auxílio de outras pessoas?

Um dos requisitos polêmicos é a destinação do benefício, e pela interpretação literal do art. 45 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991), somente os aposentados por invalidez fazem jus ao benefício, entretanto Pacheco (2010, apud CARVALHO, 2013, p. 259) interpreta o instituto e afirma que "não é a aposentadoria por invalidez que outorga o direito à majoração dos 25% (vinte e cinco por cento) e sim: a necessidade da assistência permanente de outra pessoa".

Com fundamento no argumento acima, muitas pessoas passaram a requerer o benefício, embora não sejam aposentadas por invalidez, e por óbvio na via administrativa tiveram seus pedidos indeferidos. Em consequência, o pedido foi judicializado e encontra-se em fase de discussão judicial a fim de definir se o instituto pode ou não ser aplicado a outros casos além da aposentadoria por invalidez. Trata-se, portanto de uma lacuna legislativa ou uma opção política que

deve ser revista, incitando debates sobre qual viria a ser a natureza jurídica do instituto.

2.2.2 Da natureza jurídica do instituto

É a partir da natureza de um instituto jurídico que se torna possível indicar quais regras e princípios se aplicam e, no que se refere à grande aposentadoria, o simples fato de estar atrelada à aposentadoria por invalidez gera o entendimento de que a sua natureza jurídica é de benefício previdenciário, logo o benefício será tratado como os demais institutos da Previdência Social. Entretanto, Rodrigues (2007) defende a tese de que o acréscimo de 25% possui natureza assistencial.

O autor suscita que a literalidade do texto legal leva a falsa percepção de que a grande aposentadoria é mais um dos benefícios previdenciários previstos no artigo 201 da CF (BRASIL, 1998) e regulamentados pela Lei 8.213 (BRASIL, 1991). A tese de que a aposentadoria valetudinária tem caráter assistencial é defendida a partir dos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana, que revelam que:

> a vontade do legislador constituinte em combater qualquer forma de discriminação ou ato que coloque o cidadão em situação de disparidade em relação aos demais, de forma que cada um veja atendidas suas necessidades básicas de forma igualitária e proporcional (RODRIGUES, 2007, p. 11)[3].

Uma das conclusões a que se pode chegar a partir da tese de que a aposentadoria valetudinária é um benefício assistencial é de que o instituto foi colocado erroneamente na Lei 8.213/91, bem como de que deve ser estendida a toda e qualquer pessoa que necessite do benefício, indiscriminadamente e sem a necessidade de contribuição prévia (RODRIGUES, 2007).

[3] Documento obtido após contato com o autor através do e-mail mauricio@pallottamartins.com.br.

Em que pese haver posicionamento a favor de a grande aposentadoria ser um benefício assistencial, é relevante analisar em que características o instituto se encaixa para que a natureza jurídica seja definida e consequentemente conferir tratamento adequado para fins de concessão. Além de considerar que alguns doutrinadores indicam ser a natureza jurídica do instituto uma mera compensação (MARTINS, 2014).

Com base nas particularidades dos benefícios assistenciais e previdenciários é possível afirmar que o acréscimo de 25% possui as seguintes características: caráter personalíssimo, a ausência de necessidade de prévio custeio, valor do benefício definido por base de cálculo, é cumulável com a aposentadoria por invalidez, serve para reparar um risco já ocorrido e, para fins de concessão, é necessário que o segurado seja filiado ao regime geral de Previdência Social.

De fato, a grande invalidez somente é concedida pelo INSS aos aposentados por invalidez, com fundamento no princípio da legalidade restrita, entretanto, há na doutrina quem defenda a extensão da aposentadoria valetudinária as demais modalidades de aposentadoria.

Savaris (2016, p. 735), ao analisar a possibilidade de extensão do adicional de 25%, trata como hipótese de "substituição de aposentadoria espontânea por aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25% em razão de superveniente alteração das condições de saúde do segurado titular da aposentadoria". O autor nos leva a imaginar a seguinte situação

> dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por

> invalidez e o segundo de uma aposentadoria por idade. Nessa situação, o segurado titular de aposentadoria por invalidez – benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana (SAVARIS, 2016, p. 739).

A situação hipotética posta por Savaris leva-o à seguinte conclusão

> Note-se que estaríamos diante de segurados que se encontram afetados por idêntica contingência social, incapacidade total e permanente e necessidade de assistência permanente de outra pessoa, mas discriminaríamos, com a não concessão do adicional, àquele aposentado por idade. Ocorre que o dado formal (a espécie do benefício de titularidade do segurado) não é a variável a ser considerada, mas o dado substancial, qual seja, a incapacidade severa que faz depender de outra pessoa e, por conseguinte, de ter recursos adicionais para fazer frente a este grave risco social (SAVARIS, 2016, p. 739).

A aposentadoria valetudinária não ganha grandes destaques na doutrina. Embora a doutrina trate sobre a temática da extensão da grande invalidez, foi no Judiciário que possibilidade de extensão do benefício se tornou mais concreta. A controvérsia encontra-se em debate no Poder Judiciário, e em trâmite de projetos de lei que visam alterar a redação do art. 45 da Lei nº 8.213/91 para assegurar tal direito a quem se enquadrar na situação de necessidade de ser assistido por terceiros.

3 POSICIONAMENTO DAS ESFERAS DE PODER SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% A OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

O art. 2º da Constituição federal estabelece que (BRASIL, 1998) "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o

Judiciário". Embora haja uma independência entre tais Poderes, é possível a interferência de um Poder nos demais. Dessa forma, trataremos a seguir dos posicionamentos das esferas de Poder no que se refere ao auxílio acompanhante.

3.1 Visão política e administrativa

O posicionamento do Legislativo em torno do adicional de 25% divide-se em dois momentos, o da tramitação do projeto de lei nº 825 de 1991, que deu origem a Lei 8.213/91, que convencionou que a aposentadoria valetudinária seria garantida somente aos aposentados por invalidez[4]. Diante dos projetos de lei pode haver alteração do art. 45 para ampliar o benefício aos demais segurados da Previdência Social.

Conforme se extrai do dossiê do projeto de lei 825/1991 a instituição da grande aposentadoria foi vista como uma inovação diante do fato, pois àquela época "a vantagem somente era concedida apenas no caso de invalidez decorrente de acidente de trabalho" (BRASIL, 1991, p. 53)[5].

Embora tramitem no Congresso Nacional alguns projetos que tratem do assunto, o PL 493/2011, iniciado no Senado Federal, merece destaque uma vez que foi o projeto que chegou mais longe, tramitando atualmente na Câmara dos Deputados, inscrito sob o número 4282/2012.

[4] Isso não implica dizer que a maioria do Congresso possui o mesmo posicionamento, muito menos que há uma garantia certa de alteração do art. 45 da Lei nº 8.213/91.

[5] O projeto de lei nº 825 foi obtido por meio do site https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183017, entretanto foi necessário solicitar o dossiê digitalizado por meio da opção Fale Conosco, no portal da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: http://www2.camara.leg.br/participe/fale-conosco.

A partir dos projetos de lei que visam alterar as regras para a concessão da aposentadoria valetudinária é possível afirmar que, no âmbito do Legislativo, o entendimento é de que o art. 45 da lei de benefícios previdenciários somente se aplica aos aposentados por invalidez, em contrapartida, a forma como a norma está posta se mostra injusta, pois os aposentados excluídos do alcance da norma contribuem ainda mais que o aposentado por invalidez, contradizendo um dos princípios da seguridade social que trata da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (Brasil, 2011a).

Embora seja um projeto de lei que visa corrigir a injustiça, o Senador Paulo Paim alega que, aos aposentados especiais (e nesse caso considera como aposentado especial o trabalhador rural que após comprovação do exercício de atividade rural por determinado tempo de serviço fará jus a aposentadoria por idade ou invalidez), não deve ser estendido a complementação de 25%, pois estes não contribuem para o custeio do sistema previdenciário (BRASIL, 2011a)[6].

Quem ousa discordar do Senador Paulo Paim, como por exemplo o Deputado Marcus Pestana, ao se posicionar diante do Projeto de Lei nº 2044/2011, alega que, para cada tipo de seguro há princípios e regras de exigibilidade diferenciadas, além do que a proposição não respeita o disposto no § 5º do art. 195 da Carta Maior, reforçando seu argumento com a questão do impacto financeiro no sistema previdenciários, bem como com o que segue:

> A Previdência Social, ainda que seja instrumento de distribuição de renda, não pode ser utilizada para fins de assistência social, pois constitui seguro social contributivo, a observar critérios atuariais que preservem seu equilíbrio

[6] A conclusão do Senador Paulo Paim foi retirada da justificação que acompanhou a propositura do Projeto de Lei nº 493, de 2011.

> financeiro, como determinado no art. 201 da Constituição Federal (BRASIL, 2011b).

Outro aspecto contrário à propositura da extensão reside na previsão atuarial, considerando que a aposentadoria constitui ato jurídico perfeito baseado nas condições do beneficiário existentes no momento do ato que concede os benefícios, não devendo ser modificado em função do que venha a ocorrer futuramente (BRASIL, 2012).

Na Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, além de aprovar o seguimento do processo Legislativo para alterar a lei de benefícios previdenciários no que tange ao artigo 45, criou-se ainda o §2º com a seguinte redação:

> Aplica-se o disposto neste artigo às aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e à aposentadoria especial, bem como à aposentadoria da pessoa com deficiência a que se refere a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, quando o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa por razões de doença ou deficiência (BRASIL, 2012)

O PL passou pelas comissões de seguridade social e família e na de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, entretanto, na Comissão de Finanças e Tributação, foi considerado incompatível e inadequado diante da ausência das "estimativas quanto ao impacto orçamentário e financeiro e respectiva compensação, exigidas pelos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais", utilizados para fundamentar o posicionamento daquela comissão, conforme termos dos seguintes artigos:

> Art. 1, §1º da Norma Interna da Comissão de Finanças e Tributação: a proposição que não conflite com as normas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, da lei orçamentária anual e das demais disposições legais em vigor" e

> como adequada "a proposição que se adapte, se ajuste ou esteja abrangida pelo plano plurianual, pela lei de diretrizes orçamentárias e pela lei orçamentária anual".
>
> Súmula nº 1/08-CFT: é incompatível e inadequada a proposição, inclusive em caráter autorizativo, que, conflitando com as normas da Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - deixe de apresentar a estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro bem como a respectiva compensação (BRASIL, 2008).

O posicionamento da Comissão de Finanças e Tributação é ainda reforçado diante da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que:

> conferiu status constitucional às disposições previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, as quais têm orientado o exame de adequação orçamentária por parte daquela comissão (BRASIL, 1998).

Embora exista a chance de que a visão legislativa sobre o tema seja alterada, no âmbito do Poder Executivo o que se aplica é o art. 45 da forma como está hoje posto, ou seja, no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS somente é deferida a aposentadoria valetudinária aos aposentados por invalidez que comprovem os demais requisitos.

O posicionamento daquele instituto está baseado no princípio da legalidade, e nesse sentido, Meirelles (2010, p. 89) nos ensina que:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

Conforme dito anteriormente é possível, por exemplo, que o Poder Executivo exerça a função legislativa, o que no presente caso ocorreria por meio da edição de

orientação normativa ou portaria, com a finalidade de interpretar o art. 45 da Lei nº 8.213/91 e permitir ou não a concessão da grande invalidez a quem dela necessitar.

Em que pese a possibilidade acima descrita, não há nenhum posicionamento do INSS nesse sentido, sendo assim, não resta outra opção aos servidores do INSS que negar a solicitação do adicional de 25% para quem não se enquadre nas hipóteses previstas em lei, "sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (MEIRELLES, 2010, p. 89).

3.2 Visão jurisprudencial

Considerando que o adicional da assistência permanente somente é concedido pelo INSS aos aposentados por invalidez que comprovem os demais requisitos, o tema chegou ao judiciário diante da irresignação de pessoas que se viram na mesma situação, mas não estão incluídas na proteção do art. 45 da lei de benefícios previdenciários.

Para fins de análise do posicionamento jurisprudencial, esta pesquisa se ateve ao posicionamento dos principais órgãos do Poder Judiciário que colocaria fim à controvérsia, embora se observe em alguns momentos que as decisões por eles proferidas não sanam o problema.

3.2.1 Tribunal Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

O Tribunal Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no que tange à discussão sobre a possibilidade de extensão da aposentadoria

valetudinária, se manifestou pela primeira vez nos autos do processo 0501066-93.2014.4.05.8502, diante da divergência de interpretação nos Tribunais Regionais Federais.

O relator, Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, reconhece que textualmente a legislação prevê a concessão do acréscimo de 25% do art. 45 da Lei nº 8.213/91 apenas para os aposentados por invalidez, entretanto, ao aplicar o princípio da isonomia e realizar uma análise sistêmica da norma, conclui que "o percentual [...] é um adicional previsto para assistir aqueles que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária" (BRASIL, 2015a, p. 03).

Além da literalidade do art. 45 da lei de benefícios previdenciários como fundamento para não conceder aos beneficiários que não se aposentaram na modalidade por invalidez, questiona-se o momento que a invalidez ocorreu, pois, em tese, aquele que se aposenta por idade, tempo de contribuição ou pela aposentadoria especial não era incapaz no momento da concessão da aposentadoria.

Sobre esse ponto, o relator considera que não importa se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria e realizar essa distinção afrontaria direito a proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas com deficiência (BRASIL, 2015a).

Como forma de argumentação sobre a equiparação entre os aposentados por invalidez e os demais, para fins de concessão da grande invalidez, evidencia-se a proteção trazida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na medida em que é "inadmissível que a legislação estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de

extremada sensibilidade social quanto o é o da Previdência Social" (BRASIL, 2015a, p. 03).

A natureza jurídica do auxílio acompanhante é tida pelo relator como assistencial, por não haver fonte de custeio especifico para o adicional de 25%. Que, ao reconhecer não existir ofensa ao art. 195, §5º da CF, propõe a tese de que

> é extensível à aposentadoria por idade, concedida sob o regime da Previdência Social, o adicional previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez, uma vez comprovados os requisitos ali previstos (BRASIL, 2015a, p. 04).

No voto divergente, a Juíza Federal Susana Sbrogio'Gália, não cogita estender o auxílio acompanhante, por entender que tal tentativa deixaria de ser uma mera interpretação e se tornaria uma redução parcial do respectivo texto com a exclusão da expressão "invalidez", o que, por fim, seria um reconhecimento parcial da inconstitucionalidade do art. 45 da lei de benefícios (BRASIL, 2015a, p. 07).

Para a juíza federal, trata-se de uma questão de igualdade material, pois a norma levou em conta a situação do beneficiário no momento da concessão da grande invalidez, entendendo então que "não se pode equiparar a situação daquele segurado que prematuramente se aposenta por incapacidade total e permanente àquele que teve sua jubilação [...] após completar a idade e/ou o tempo exigido" (BRASIL, 2015a, p. 07).

A discussão sobre a fonte de custeio e consequente afronta ao art. 195, § 5º da CF é retomada nos votos divergente e vista, entretanto, ao final, no voto de desempate, o voto do relator é acompanhado integralmente pelo Ministro Humberto Martins (BRASIL, 2015a) e, por fim, fixa-se a tese de que o art. 45 da Lei nº 8.213/91 é, sim, extensível a aposentadoria por idade.

Em que pese a fixação da tese no caso paradigma PEDILEF (pedido de uniformização de interpretação de lei federal) nº 0501066-93.2014-4.05.8502, a controvérsia sobre o tema permaneceu, como se pode observar no caso do Sr. Eugenio Heinen, que, diante do posicionamento da 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul em manter a decisão de primeiro grau (RIO GRANDE DO SUL, 2015), sustentou, perante a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, novo incidente de uniformização, sob o número 5000890-49.2014.4.04.7133 (BRASIL, 2016a).

O processo 5000890-49.2014.4.04.7133 teve como relator o Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, manteve seu posicionamento quanto à possibilidade de estender a grande invalidez e, em contraposição ao entendimento em 1ª instância de que o Judiciário estaria agindo como legislador positivo, o relator afirma não estar extrapolando os limites da competência e atribuição do Poder Judiciário, mas, tão somente, interpretando sistematicamente a legislação, inclusive à luz dos comandos normativos de proteção à pessoa portadora de deficiência.

Com fundamento na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF e por entender que a mesma essência foi aplicada pelo STF nos Recursos Extraordinários - RE 589.963-PR[7] e 778889[8], o relator afirma que

> segurados que se encontram na mesma situação de invalidez e necessidade não podem ser tratados de maneira distinta pelo legislador, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade

[7] No RE 589.963-PR foi declarada a inconstitucionalidade parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003, "ante a inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo" (citação)

[8] No RE 778889 foi fixada a tese que de "os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada".

> por omissão parcial, em sua feição horizontal (Sarlet Marinoni, Mitidiero, Curso de Direito Constitucional, RT, 1ª ed. P. 793), onde se tutela, por força de uma mesma condição de invalidez, apenas parcela dos segurados. [...] Aqui, além de superar a meta literalidade da lei, como no caso do julgamento proferido pelo STF, em que se buscou a sua exegese sob o prisma isonômico, trata-se de hipótese em que há a mesma situação fática: ambos (tanto originalmente aposentado por invalidez quanto o aposentado por idade ou tempo de contribuição) são segurados que estão inválidos e precisando da assistência permanente de terceiro. (BRASIL, 2016a, p. 05).

Diante da similitude fática entre o processo 5000890-49.2014.4.04.7133 e o paradigma, PEDILEF nº 0501066-93.2014-4.05.8502, o entendimento foi ratificado, por não caber a aplicação dos institutos da superação de entendimento ou *distinguishing*. Dessa forma, firma-se novamente a tese de que:

> é extensível às demais aposentadorias concedidas sob o regime geral da Previdência Social, que não só a invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, uma vez comprovada a incapacidade do aposentado e a necessidade de ser assistido por terceiro (BRASIL, 2016a, p. 08).

Com a fixação da tese pelo Tribunal de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – TNU, por ora seria possível afirmar que a controvérsia nos Tribunais Regionais Federais se encerraria, tendo em vista que restaria pacificada a interpretação a ser aplicada no julgamento de casos similares por aqueles tribunais. Entretanto, em 2014, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já havia se manifestado sobre a possibilidade de estender ou não a grande aposentadoria, o que permitiu decisões fundamentadas no posicionamento do TNU e do STJ.

3.2.2 Superior Tribunal de Justiça

O primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de extensão do adicional de 25% ocorreu no Recurso Especial - Resp nº 1.533.402 – SC (2015/0119757-5) interposto pelo INSS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi concedido a aposentadoria valetudinária à beneficiária de aposentadoria por tempo de contribuição (BRASIL, 2015a).

Naquele momento, a 1ª Turma do STJ reverteu à decisão do tribunal a quo com fundamento no princípio da legalidade restrita, conforme se pode extrair das palavras do relator, Ministro Sérgio Kukina (BRASIL, 2015a, p. 08)

> [...] sem embargos dos ponderáveis fundamentos do acórdão recorrido, o art. 45 da Lei n. 8.213/91, ao tratar do adicional em tela, restringiu a sua concessão ao benefício de aposentadoria por invalidez. Assim, não obstante o percentual de 25% se destinar ao segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, apenas terá lugar quando o beneficiário ostentar a qualidade de titular de aposentadoria por invalidez, o que não ocorreu no caso ora examinado.

A 5ª Turma do STJ, em respeito aos precedentes daquele tribunal, conheceu o REsp nº 1.243.183 – RS, mas negou-lhe provimento. No caso, pela 5ª Turma, o recorrente é titular da aposentadoria por tempo de serviço, e, assim como os demais casos, foi acometido de invalidez total e absoluta após a data em que se aposentou (BRASIL, 2016b).

O relator do REsp nº 1.243.183 (BRASIL, 2016b, p.04) entende que a extensão perseguida contraria os princípios de legalidade e da precedência da fonte de custeio (art. 195, §5, CF), pois

> a norma supracitada deixa clara a sua incidência às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição),

> sem qualquer previsão legal, sobretudo quando consideramos que o Legislador foi expresso ao determinar os destinatários da norma.

Houve também posicionamento da 2ª Turma do STJ, entretanto alerta-se que o caso analisado traz a peculiaridade de que o recorrido havia aposentado por tempo de serviço e retornado ao mercado de trabalho em 27 de outubro de 2004, quando sofreu acidente de trabalho e teve as duas pernas amputadas (BRASIL, 2015b).

Não obstante a especificidade do REsp nº 1.475.512 – MG é importante ~~aqui~~ destacar alguns apontamentos realizados no voto do relator, pois fica claro que o posicionamento do STJ é no sentido de não estender a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.213, ~~bem como~~ o argumento do INSS para recorrer reside na violação a este artigo, tendo em vista o recorrido ser aposentado por tempo de serviço (BRASIL, 2015b)

O Ministro Mauro Campbell Marques, relator do REsp nº 1.475.512 – MG, expõe que o seu posicionamento é de que a assistência permanente é exclusiva da aposentadoria por invalidez, destacando que:

> Se fosse da vontade o legislador acrescer 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido a segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia, incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez (BRASIL, 2015b, p. 08).

Sob a ótica do Ministro Mauro Campbell Marques, a construção da tese extensiva esbarra no princípio da contrapartida, previsto no art. 195, § 5º da CF. O ministro entende que, entre o princípio da isonomia e o princípio da contrapartida, deve prevalecer o último, na medida em que o equilíbrio financeiro e atuarial do regime pode ser comprometido, caso se estenda a aposentadoria valetudinária aos demais aposentados (BRASIL, 2015b).

Os argumentos jurídicos começam a ser preteridos em detrimento dos argumentos econômicos, pois alega-se que "a ausência de previsão legal compromete o orçamento, fragilizando a cobertura de benefícios já previstos e com contrapartida financeira" (BRASIL, 2015b, p. 10). O relator discorda do posicionamento quanto à natureza assistencial do adicional de 25%, por entender que não há previsão legal que inclua o referido adicional no orçamento da assistência social.

Sendo assim, o REsp nº 1.475.512 – MG trata-se de um caso de *distinguishing,* que, a princípio, não pode ser tratado como um precedente a ser aplicado aos casos de requerimento de extensão da grande invalidez, contudo o posicionamento do STJ, até aquele momento, é reforçado no julgamento do recurso em questão, daí a importância de citá-lo no decorrer deste trabalho.

Desde então, os Tribunais Regionais Federais das 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões vinham aplicando os mesmos entendimentos do STJ para negar a extensão da grande invalidez para casos além do previsto no art. 45 da lei de benefícios previdenciários, entretanto, recentemente, houve uma superação de entendimento no decurso do julgamento do Recurso Especial - REsp nº 1.720.805 – RJ (2018/0020632-2), que foi julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia.

Embora a situação fática seja semelhante, faz-se necessário explicar resumidamente o caminho percorrido pela Sra. Maria Luiza da Fonseca Jaegge para obter o adicional de 25%, bem como o que deu causa à propositura do recurso especial. A Sra. Maria ingressou com requerimento administrativo perante o INSS para incorporar à sua aposentadoria por idade o adicional de 25%, entretanto o pedido foi indeferido sob a justificativa de que aquela autarquia somente concede o

aludido adicional para aposentados por invalidez, na forma prevista no art. 45 da Lei 8.213/91.

No caso escolhido como representativo da controvérsia, diferentemente do caso do Sr. Eugenio, o adicional de 25% foi estendido tanto no Juízo de 1º Grau quanto no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento à remessa necessária, na forma do acórdão, assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PEDIDO DE PAGAMENTO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91 AO APOSENTADO POR INVALIDEZ QUE SE NECESSITA DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. EXTENSÃO DO DIREITO À OUTRA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA. 1. Remessa necessária referente à sentença pela qual o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial, em ação ajuizada em face do INSS, objetivando o acréscimo do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) ao se benefícios de aposentadoria por idade, em vista da previsão de pagamento de tal percentual ao detentor de aposentadoria por invalidez quando se fizer necessária a assistência permanente de outra pessoa ao segurado. 2. Na hipótese, a parte autora goza do benefício de aposentadoria por idade para o qual não há previsão específica acerca do acréscimo previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, nos casos em que o aposentado por invalidez apresenta necessidade de assistência permanente, de maneira que postula igual tratamento ao dispensado aos segurados que se encontram em gozo de aposentadoria por invalidez, vez que efetivamente precisa de assistência permanente de outra pessoa. 3. Dispõe ainda o artigo 45 do mesmo diploma legal que: "O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)". 4. A questão controversa diz respeito apenas à aplicação de tal dispositivo no caso de outras espécies de aposentadoria, como na hipótese em que a parte autora goza de aposentadoria por idade, uma vez que o próprio INSS admite que a autora, na realidade,

> precisa de tal assistência, embora não exista previsão legal de complementação para a espécie de benefício (aposentadoria por idade). Possibilidade reconhecida pela jurisprudência. Precedentes. 5. Destarte, afigura-se correta a sentença pela qual a MM. Juíza a quo julgou procedente o pedido, ao reconhecer o direito da parte autora ao acréscimo previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, uma vez que incontroversa a necessidade da mesma de ter assistência permanente de outra pessoa e porque o preceito em exame tem nítido caráter social e alimentar destinado a atender necessidades básicas do segurado que se encontra impossibilitado de realizar atos que asseguram a sua subsistência, não podendo tal direito ser negado aos que, estando em gozo de benefício de aposentadoria, comprovaram tal condição. 6. Remessa necessária conhecida, mas desprovida (BRASIL, 2018, p 09-10).

A relatora do REsp em comento manifestou-se no sentido de não estender o benefício aos demais aposentados, por considerar que não há previsão legal, sendo que, para tanto, vale-se do seguinte posicionamento doutrinário de Miranda em que se afirma:

> o acréscimo de 25% somente é aplicável no caso de aposentadoria por invalidez, não havendo permissivo legal ou interpretação admissível que permita estendê-lo a outras espécies de benefícios (BRASIL, 2018, p.13).
>
> Em relação ao entendimento doutrinário, a Ministra Assusete Magalhães afirma que o posicionamento de Miranda tem prevalecido, e descreve os apontamentos de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, a seguir expostos:
>
> Majoritariamente, a jurisprudência entende não ser possível a extensão do art. 45 para outras aposentadorias, ao argumento de que o acolhimento de tal pedido não dependeria apenas de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim decorreria de extensão do direito nela previsto a situações diversas. Assim, o reconhecimento do direito à vantagem para os casos de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, não adviria de mera interpretação extensiva, mas sim de processo de integração, mediante analogia. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no

> caso de situação que o legislador claramente não contemplou. Além disso, argumenta-se que há motivo fático que justifica a discriminação porque a aposentadoria por invalidez é algo não esperado, não se espera a incapacidade, não se pode prevê-la, ao contrário das outras aposentadorias que são relativamente previsíveis (a idade é certa; o tempo de contribuição também é certo). Assim, a lei poderia discriminar, tratando de forma privilegiada apenas quem tenha se aposentado por invalidez, e não todo e qualquer benefício previdenciário ou toda e qualquer aposentadoria (BRASIL, 2018, p. 14).

O posicionamento da magistrada é no sentido de que, estender o adicional a outras modalidades de aposentadoria, importaria em criar um benefício, sem a correspondente fonte de custeio e com a inobservância dos princípios da separação dos Poderes, reserva legal e seletividade na prestação de benefícios previdenciários.

Em maior ou menor grau, os argumentos apresentados nas diferentes instâncias do Poder Judiciário se mostram semelhantes, entretanto, a cada nova decisão judicial diferentes, precedentes, em sua grande maioria do STF, são utilizados para reforçar as teses contra e a favor.

O entendimento da Súmula Vinculante 37, que consiste em afirmar que "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia" (BRASIL, 2014), é utilizado por analogia,

> haja vista que o magistrado não está investido de função legislativa, para, com fundamento na isonomia, criar vantagem não prevista em lei, ou seja, no caso específico, conceder o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto apenas a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição) (BRASIL, 2018, p. 18-19).

O RE nº 661.256/SC é mencionado algumas vezes ao longo do voto da relatora do REsp em comento, por exemplo, quando esta indica a tese de repercussão

geral fixada, em que considerou-se que "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias" (BRASIL, 2018, p. 19).

O argumento em torno do princípio da reserva legal é reforçado a partir do entendimento do Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 567.360-ED, em que afirma-se "ao Poder Judiciário não é reconhecida a possibilidade de majoração de benefício previdenciário sem que se observe o princípio da reserva legal [...]" (BRASIL, 2018, p. 20).

No que tange aos princípios da reserva legal e da contrapartida por analogia o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no RE 597.389 QO-RG é aqui aplicado da mesma forma que o foi no RE 661.256/SC, com a defesa de que a majoração de benefícios previdenciários deve ser submetida ao postulado de contrapartida, disposto no art. 195, § 5º, CF, bem como deve ser observado o princípio da reserva legal (BRASIL, 2018).

O entendimento da relatora em torno dos princípios da reserva legal e da contrapartida somente é possível porque esta entende que se estaria criando um benefício, e por assim compreender o artigo 195, § 5º da CF não estaria sendo respeitado, além de que a decisão judicial estaria extrapolando os limites da jurisdição (BRASIL, 2018).

As particularidades da aposentadoria por invalidez, em especial a imprevisibilidade, são tidas como "razoável motivo justificador do tratamento diferenciado" (BRASIL, 2018, p. 24), diferenciação esta fundamentada no princípio da seletividade e na preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, conforme argumento a Ministra Assusete Magalhães.

Nesse sentido, o entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques no REsp 1.505.366/RS é citado para reforçar a ideia de que o art. 45 da Lei 8.213/91 somente conceder o acréscimo de 25% aos aposentados por invalidez foi uma opção do Legislativo, na medida que alega-se:

> Se fosse da vontade do Legislador acrescer 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido ao segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez (BRASIL, 2018, p. 24).

A relatora reafirma que a grande aposentadoria não tem natureza assistencial, pois o art. 45, que instituiu o acréscimo, está inserido na Lei de Benefícios da Previdência Social, não sendo possível ser beneficiado com uma das modalidades de aposentadoria e se enquadrar nas hipóteses de benefício assistencial da Lei 8.742/93 (BRASIL, 2018).

Em respeito a jurisprudência do STJ a Ministra Assusete propõe a seguinte tese:

> O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal (BRASIL, 2018, p. 34).

Em contrapartida, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, e na garantia dos direitos sociais, no voto vista, a Ministra Regina Helena Costa concluiu que:

> A melhor exegese do art. 45 da Lei 8.213/91 autoriza o alcance do "auxílio acompanhante" às demais modalidades de aposentadoria prevista no Regime Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda

> permanente de outra pessoa para as atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação. (BRASIL, 2018, p. 41)

Sob a ótica da Ministra Regina vislumbra-se a aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque[9], promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, para então aplicar as diretrizes ao caso concreto em questão (BRASIL, 2009).

Embora no voto vista não se tenha adentrado no conceito de pessoa com deficiência, no 1º artigo da referida convenção define-se que

> pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

O entendimento de que "o estado de invalidez, ocorrido após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência" (BRASIL, 2018, p. 44) indica que a aplicação do Decreto nº 6.949/2009 se mostra correta, ao mesmo tempo em que reforça a defesa da dignidade da pessoa humana e do tratamento isonômico, na medida em que os arts. 1º, 5º e 28, respectivamente, assim determinam:

> Artigo 1
>
> Propósito
>
> O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.
>
> Artigo 5
>
> Igualdade e não-discriminação

[9] Essa convenção possui status constitucional, pois foi aprovada conforme prevê e determina o art. 5º, § 3º da CF (BRASIL, 1998).

> Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
>
> Artigo 28
>
> Padrão de vida e proteção social adequados
>
> 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.
>
> 2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:
>
> e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria (BRASIL, 2018, p. 42)

Em contraposição ao posicionamento da necessidade de prévia fonte de custeio, a Ministra Regina Helena Costa indica que o adicional de 25% não consta do rol do art. 18 da Lei 8.213/91 e por isso não pode ser considerado benefício ou serviço propriamente dito (BRASIL, 2018).

O caráter personalíssimo do acréscimo de 25% é posto como um argumento para afirmar que o instituto tem natureza assistencial, o que implica em dizer que "não há previsão legal de fonte de custeio específica para o 'auxílio-acompanhante'" (BRASIL, 2018, p. 62). A Ministra Regina Helena Costa reforça ainda que o caráter assistencial é reforçado diante de que:

> O fato gerador do adicional em exame é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, a qual pode estar presente ou não no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez, bem como sua concessão pode

> ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário. (BRASIL, 2018, p. 62)

Diante dos fatos e argumentos apresentados e em divergência da relatora do REsp a Ministra Regina Helena propõe a seguinte tese, que foi acatada pela maioria dos Ministros daquele Colendo Tribunal

> Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria (BRASIL, 2018, p.64).

Com o posicionamento definido pelo STJ, a questão que antes era controversa restaria solucionada com segurança jurídica, tendo em vista que apenas um entendimento seria aplicado daqui em diante para todos os casos semelhantes, contudo, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que terá o dever de ditar a melhor interpretação para o art. 45 da Lei nº 8.213/91.

3.2.4 Supremo Tribunal Federal

Quando da interposição do REsp 1.720.805 – RJ perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4, foi também interposto um Recurso Extraordinário - RE, que ficaria obstado até o julgamento do recurso pelo STJ. Em dezembro de 2018, após o INSS ter protocolado no Supremo Tribunal Federal – STF a Petição 8.002/RS para requerer que o referido RE fosse dotado de efeito suspensivo, cuja relatoria coube ao Ministro Luiz Fux.

Sob o ponto de vista do INSS, há a necessidade de conceder o efeito suspensivo diante do risco de dano de difícil reparação, pois a manutenção da decisão acarretará "acréscimo bilionário do déficit público", "geração de tumulto no

INSS e no Poder Judiciário", diante do aumento de perícias a serem realizadas. Além disso, o INSS alega ainda ser incabível a extensão da aposentadoria valetudinária aos demais aposentados, por força do art. 195, § 5º da CF (BRASIL, 2019a).

Antes de decidir sobre o mérito do pedido, o Ministro Luiz Fux, ressalta que para suspender a eficácia da decisão é necessário que haja um risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, conforme estabelece o art. 995, parágrafo único do CPC/2015, e conforme entendimento do magistrado, no presente, caso não há probabilidade de provimento do recurso, pois:

> [...] verifico que a controvérsia posta nos autos, relativa à extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, quando sub judice a controvérsia, implica na análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que se revela inviável em sede de recurso extraordinário, por configurar ofensa indireta à Constituição Federal. (BRASIL, 2019a, p. 03).

O relator alega ainda que o REsp sequer foi apreciado pelo STJ, o que contraria o art. 1.031, § 1º do CPC/2015. Diante dos argumentos apresentados, a ação proposta para fins de suspender os efeitos da decisão proferida em sede do Recurso Especial nº 1.720.805 – RJ teve seu seguimento negado, nos termos da Decisão Monocrática, de 15/02/2019. Perante o posicionamento ora destacado o INSS foi interposto um Agravo Regimental para que o pedido fosse reanalisado pela Primeira Turma do STF, que assim decidiu:

> [...] suspender todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do auxílio acompanhante, previsto no art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social (BRASIL, 2019b, p. 01).

A ata de julgamento do recurso acima indicado foi publicada em 21/03/2019, entretanto não traz informações além do descrito acima[10], entretanto a partir da notícia publicada no site do STF[11] os argumentos do INSS ficam mais evidentes, na medida que alega-se que os acórdãos do TRF-4 e STJ se basearam na Lei nº 8.213/91 e em princípios constitucionais, bem como que a jurisdição do STJ foi esgotada pois já houve o julgamento dos embargos de declaração.

Com a discussão sendo levada ao STF, evidenciam-se as questões, econômica e administrativa como argumentos para conceder a medida liminar, pois ressalta-se que

> [...] segundo o Ministério da Fazenda, o pagamento dos benefícios previdenciários de 2018 foi, em média, de R$ 1.400,00 por mês. "Se nós multiplicarmos essa média pelo número de aposentadorias potencialmente atingidas pelo fundamento da isonomia, nós teríamos o impacto anual de R$ 7,5 bilhões", disse. Além disso, Vitor Córdula destacou que a extensão por isonomia faria com que o INSS realizasse exames periciais em benefícios que hoje não objeto de perícia médica [...] (1ª TURMA, 2019, p. 01).

A partir do trecho acima destacado, propõe-se deixar de aplicar o princípio constitucional da isonomia com o simples fundamento de que isso significaria em um impacto financeiro bilionário nos cofres do Tesouro Nacional, entretanto, o que inicialmente discutia-se nos processos era a necessidade das pessoas de receber a aposentadoria valetudinária a partir do sistema de proteção da Previdência Social.

O Ministro Luiz Fux, que antes tinha negado a aplicação do efeito suspensivo ao RE, votou pelo provimento do recurso, pois conforme consta da notícia considerou que "realmente essa benesse judicial me pareceu extremamente

[10] Até o presente momento não houve a divulgação do inteiro teor do julgamento do Agravo Regimental.
[11] Para saber mais acesse: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405560

exagerada, ressaltou, ao acrescentar o risco de grave lesão consistente no impacto bilionário aos cofres públicos" (1ª TURMA, 2019, p. 01).

A matéria publicada pelo STF encerra com a informação de que todos os ministros da 1ª Turma acompanharam o voto do relator, com o destaque para a "importância de se evitar soluções provisórias de determinados temas, a repercussão da matéria e a necessidade de programação orçamentária da Previdência Social". Sendo assim, por ora é preciso aguardar o posicionamento do STF sobre o tema, havendo indícios de que os aspectos econômicos e administrativos ganharão força sob os argumentos jurídicos, até então discutidos nas instâncias inferiores.

Pode-se dizer que a possibilidade de estender o adicional da grande invalidez somente passou a existir com a discussão do tema no Poder Judiciário, entretanto foi a partir daí que surgiu a controvérsia. Até a finalização desse trabalho não há um posicionamento definitivo sobre o futuro daqueles que necessitam da ajuda de terceiros para os atos da vida diária, embora reste claro que em vários casos de fato há uma incapacidade superveniente ao momento da aposentadoria.

Para aqueles que se enquadram nessa situação, será preciso esperar o fim da controvérsia, para que seja definitivamente concretizado ou não, o direito. Para todos os efeitos, enquanto isso não ocorre, o princípio da legalidade restrita será aplicado, com a consequente concessão da aposentadoria valetudinária somente aos aposentados por invalidez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do posicionamento das esferas de Poder em torno da extensão do adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, de modo que se verificou qual a posição que

tem prevalecido para fins de solucionar o problema daqueles que necessitam da aposentadoria valetudinária, mas não estão protegidos pelo ordenamento jurídico pela simples interpretação e aplicação do referido artigo da Lei de Benefícios Previdenciários.

De modo geral, a partir do posicionamento dos Poderes Legislativo e Executivo, foi possível verificar que há possibilidade mediata de estender a aposentadoria valetudinária a quem dela necessitar, entretanto foi a partir das decisões judiciais que se vislumbrou uma possibilidade mais concreta de extensão da grande aposentadoria. Nesse sentido, as decisões proferidas no TNU e no plenário do STJ foram fundamentais para aproximar os aposentados pelas demais aposentadorias do direito de receber o auxílio acompanhante.

Entretanto, diante da decisão do STF em suspender o que foi deliberado no STJ, o cenário favorável aos demais aposentados foi alterado, sendo necessário aguardar o posicionamento do pretório excelso para verificar se o direito será garantido. Em que pese continuar existindo a possibilidade de estender a grande invalidez, não há certeza, pois analisou-se que os fundamentos a serem adotados pelo STF podem voltar-se para questões econômicas e administrativas. De qualquer forma, há ainda a possibilidade de alteração da legislação.

Por ora, os argumentos utilizados para conceder o adicional de 25% se restringiram aos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, natureza assistencial da grande invalidez, aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em contrapartida, quem defende a tese de não caber a extensão, se apoiou em parte no princípio da legalidade, o que importaria em uma atuação do Poder Judiciário como legislador.

Posicionar-se contra ou a favor não é tarefa fácil, pois, com exceção do princípio da contrapartida, em maior ou menor grau as premissas utilizadas guardam coerência. Constata-se, entretanto, que o conjunto de argumentos a favor daqueles que pleiteiam a extensão é mais denso e forte, tendo em vista que se complementam. Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário, no sentindo de ampliar a aplicação da lei, além da literalidade do texto, por si só deve ser considerada, ainda mais em tempos de ativismo judicial.

Notou-se que há uma vinculação entre a posição desses Poderes, uma vez que aos órgãos administrativos somente é permitido agir conforme a lei. Embora esteja em trâmite no Congresso Nacional projeto de lei que visa alterar o art. 45 da Lei nº 8.213/91, observou-se que, para fins de solucionar e garantir o direito a aposentadoria valetudinária, o procedimento legislativo por ora, não é suficiente, e que, se não houvesse o Poder Judiciário não haveria a possibilidade de estender a grande aposentadoria de imediato, sendo necessário então, aguardar os trâmites legislativos.

No âmbito do Poder Judiciário, nota-se que foi preciso analisar os diferentes graus da jurisdição, pois, no primeiro e no segundo grau da justiça federal, não havia uma uniformidade nos entendimentos, sendo que a possibilidade de estender a grande aposentadoria existia em alguns casos e em outros casos não, embora a situação daqueles que pleiteavam guardasse semelhanças.

Diante da insegurança jurídica causada por decisões divergentes no primeiro e no segundo grau, foi necessário recorrer ao Tribunal Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, em que desde o primeiro posicionamento firmou-se

a tese de que o complemento acompanhante seria devido aos demais aposentados que comprovassem a incapacidade e assistência de um terceiro.

Analisou-se também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em que foi possível notar uma superação de entendimento, pois antes de 2018 o Tribunal, de forma geral, possuía o entendimento de ser incabível a extensão da grande aposentadoria, entretanto com a decisão do Plenário firmou-se a tese de que, comprovada a invalidez e a necessidade de assistência permanente, faria jus ao acréscimo de 25% todo e qualquer aposentado.

Por fim, a pesquisa foi realizada no contexto das decisões do Supremo Tribunal Federal, que, a princípio, em uma decisão monocrática, tinha decido manter a decisão do STJ, como também de não haver indícios de que o tema fosse analisado por aquela Corte. Entretanto, recentemente, a 1ª Turma, por unanimidade, suspendeu a tese do STJ e decidiu que irá analisar o assunto, com o indicativo de que os fundamentos jurídicos podem ser preteridos pelas questões econômicas e administrativas.

A depender do futuro posicionamento da STF, será de grande valia uma análise do discurso econômico em detrimento dos fundamentos jurídicos no que diz respeito à extensão da aposentadoria valetudinária, ou ainda um estudo para fins de verificar se as decisões do Judiciário foram ativistas ou se apenas foi interpretado conforme a Constituição Federal.

Da forma como o assunto foi decidido pelo Poder Judiciário, a possibilidade de extensão encontra-se suspensa, entretanto não há certezas a respeito de como o STF irá decidir sobre o tema, muito menos em que tempo. De qualquer forma, encontra-se em trâmite no Poder Legislativo projeto de lei que visa alterar o

posicionamento do Congresso Nacional, o que, de todo modo, é o lugar mais adequado para discussão que envolve a possibilidade de estender ou não a aposentadoria valetudinária aos demais aposentados, já que poria fim à controvérsia.

REFERÊNCIAS

1ª TURMA suspende trâmite de processos sobre extensão de adicional de 25% a aposentados. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405560. Acesso em 16 mar. 2019.

ABE, Maria Inês Miya. A seguridade social em função dos direitos humanos. Ribeirão Preto: IELD, 2013.

ALENCAR, Hermes Arrais. Benefícios previdenciários. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009.

AMADO, Frederico. Curso de direito e processo previdenciário. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. Manual de Direito Previdenciário. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 set. 2018

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais). Processo 0501066-93.2014.4.05.8502. Pedido de uniformização nacional interposto pela parte autora. Previdenciário. Adicional de 25% previsto no art. 45 da lei 8.213/91. Possibilidade de extensão à aposentadoria por idade. Cabimento. Questão de ordem 20. Provimento do incidente. Retorno à TR de origem. Exame das provas Requerente: Janice Oliveira Vieira. Requerido: INSS. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, 11 de março de 2015. Publicado no Diário Oficial da União em 20 mar. 2015, Seção 1, p. 106/170.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais). Processo 5000890-49.2014.4.04.7133. Pedido de uniformização nacional interposto pela parte autora. Tema afetado como representativo da controvérsia. Previdenciário. Adicional de 25% previsto no art. 45 da lei 8.213/91. Extensão à aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Cabimento. Aplicação ao caso concreto. Questão de ordem 20. Provimento parcial do incidente. Retorno à TR de origem para adoção da tese e consequente adequação. Requerente: Eugenio Heinen. Requerido: INSS. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, 12 de maio de 2016. Publicado no Diário Oficial da União em 20 maio 2016, Seção 1, p. 98/163.

BRASIL. Decreto lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 03.set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 03.set. 2018.

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

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 03 set. 2018

BRASIL. Projeto de Lei 2044/2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=515922. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 493/2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101663. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial nº 1.533.402 - SC (2015/0119757-5). Previdenciário e processual civil. Violação ao art. 535 do cpc. Não ocorrência. Adicional de 25% (vinte e cinco por cento) de que trata o art. 45 da lei 8.213/91. Incidência em benefício diverso da aposentadoria por invalidez.



Impossibilidade Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Jose Cardoso. Relator: Min. Sérgio Kukina, 01 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial nº 1.475.512 - MG (2014/015716-3). Previdenciário. Recurso especial. Adicional de grande invalidez. Artigo 45 da lei 8.213/1991. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Não cabimento. Caso concreto: situação fática diferenciada reconhecida pelo tribunal de origem. Transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez. Segurado que embora aposentado retornou ao mercado de trabalho e em acidente do trabalho se tornou incapaz. incidência do adicional. Cabimento. Recurso especial conhecido e não provido. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Geraldo Izidoro Bitencourt - espólio. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 15 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial nº 1.243.183 - RS (2011/0053937-1). Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por tempo de serviço. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Adicional de 25%. Art. 45 da lei n. 8.213/1991. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido Recorrente:Olmiro Vicente Guindani. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 15 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Plenário). Recurso Especial nº 1.720.805 -RJ (2018/0020632-2). Previdenciário e Processual Civil. Recurso Especial Repetitivo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Aposentadoria por invalidez. "Auxílio-acompanhante". Adicional de 25 (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91. Necessidade de assistência permanente de terceiro. Comprovação. Extensão a outras espécies de aposentadoria. Possibilidade. Princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Garantia dos direitos sociais. Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência (nova Iorque, 2007). Interpretação jurisprudencial de acordo com princípios constitucionais. Fato gerador. Benefício de caráter assistencial, personalíssimo e intransferível. Desnecessidade de prévia fonte de custeio. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Recurso especial do INSS improvido. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Maria Luiza da Fonseca Jaegge. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 22 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental. Petição 8.002 Rio Grande do Sul. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Irma Perine. Relator: Min. Luiz Fux, 12 mar. 2019. Ata de julgamento nº 01, de 12/03/2019 publicada no Diário de Justiça Eletrônico nº 55. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Petição 8.002 Rio Grande do Sul. Petição. Pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Ausência de probabilidade de provimento do recurso. art. 995, parágrafo único, do CPC/2015. Não caracterizados os requisitos necessários à procedência do pedido. Precedentes. Ação à qual se nega seguimento. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Irma Perine. Relator: Min. Luiz Fux, 15 fev. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 33. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 37. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1961. Acesso em: 16 abr. 2019. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 24 out. 2014, p. 2.

BRASIL. Projeto de Lei 10772/2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2183409. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 4282/2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552741&ord=1. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 825/1991. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=183017. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. SUM 1/2008 CFT. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398714. Acesso em: 16 abr. 2019.

CANELLA, B. Adicional de 25% na aposentadoria: garantia aos aposentados de todas as modalidades de aposentadoria que comprovem grande invalidez. *In:*

CANELLA, B.; CANELLA, S. E. Direito previdenciário: atualidades e tendências. Londrina/PR: Thoth, 2019. Cap. 8.

CARVALHO, M. C. D. A extensão da assistência permanente aos demais benefícios do regime geral de previdência social. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 154, n. 39, nov./dez. 2013.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *Ebook.*

ELLER, Léticia Palácio; PAES JÚNIOR, Denivaldo S. A negligência do artigo 45 da lei 8.213/91: diferenciação de aposentados na mesma condição? CONGRESSO ACADÊMICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA FCR, 1.,. Porto Velho/RO, Anais [...], Porto Velho. 2017 Disponível em: https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongdireitoconstitucional/article/view/156 Acesso em: 23 abr. 2019.

GONÇALVES, Daniel Diniz. Da judicialização ao ativismo judicial no direito previdenciário: uma abordagem hermenêutica do RE 631.240. Revista da Agu, Brasília/DF, v. 15, n. 01, p. 135-170, jan./mar. 2016. Disponível em: https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/622. Acesso em: 10 mar 2019.

GUINTEIRO, Solange C. Iório; GUINTEIRO, Roberta Iório. Dos benefícios de aposentadoria da previdência social sem o adicional de 25% e da possibilidade de outras espécies de aposentadoria receberem o referido acréscimo. Revista Destaque Jurídico, Gravataí/RS, v. 02, n. 01, 2013. Disponível em: https://gravatai.ulbra.tche.br/jornal/index.php/destaquejuridico/article/view/41. Acesso em: 06 set 2018.

HORVATH JÚNIOR, M. Direito previdenciário. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. 16 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. Aposentadoria por idade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário: noções de direito previdenciário. São Paulo: Ltr, 1997. T. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NEVES, Luis Gustavo Bregalda. Manual de direito previdenciário - direito da seguridade social. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Tonny ítalo Lima. Uma análise constitucional e principiológica acerca da ampliação dos institutos da grande invalidez a outros benefícios previdenciários. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38, p. 707-723, nov. 2010. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/43863. Acesso em: 11 set. 2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul). Recurso Cível nº 5000890-49.2014.404.7133/RS. Recorrente: Eugenio Heinen, Ministério Público Federal e Rosane Heinen. Recorrido Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS. Relator: Juiz Federal Caio Roberto Souto de Moura. 06 mai. 2015. Disponível em: http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador 12077201v3. Acesso em: 18 abr. 2019.

ROCHA, Daniel Machado da. O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

RODRIGUES, Mauricio Pallota. Da natureza assistencial do acréscimo de 25% previsto no artigo 45 da lei 8.213 de 24 de julho de 1991. São Paulo. 2007.

RUPRECHT, Alfredo J. Direito da seguridade social. São Paulo: Editora LTR, 1996.

SAVARIS, José Antonio. Direito processual previdenciário. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016.

SAVARIS, José Antonio; GONÇALVES, Mariana Amelia Flauzino. Compêndio de direito previdenciário. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade social. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPÊNDIO FAJS

Brasília 2019 - V.3



Outros Direitos



CEUB

COMPARTILHAMENTO ILÍCITO DE DADOS PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O DIREITO À PRIVACIDADE E O ABUSO DOS FORNECEDORES

Natasha Souza Leão

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a conduta abusiva e ilícita dos fornecedores de produtos e serviços que fomentam um mercado de dados pessoais de seus clientes, comercializando para terceiros informações com o objetivo de direcionar suas vendas e potencializar seu lucro. No tocante à coleta e comercialização de dados pessoais dos consumidores, foi abordado o conceito de "coisificação" dos consumidores, bem como outros conceitos relevantes. Foi discutida ainda a ponderação dos principais institutos violados, quais sejam: princípio da privacidade e o princípio à informação. Recentemente, no Brasil, o tema "proteção de dados pessoais" ganhou sustento na Lei nº 13.709/2018, que protege o titular dos dados compartilhados e que também é explorada no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Cadastro de consumidores. Direito à privacidade. Consumidor como mercadoria. Lei nº 13.709/2018.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a legislação consumerista tem como premissa a defesa do consumidor por considerá-lo a parte vulnerável dessas relações. Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor — CDC, muitas vezes, perde sua eficácia em detrimento da dinâmica do mercado econômico de consumo. Os fornecedores, na maioria das vezes, grandes empresários, responsáveis por conduzir a economia do

país, detêm o poder sobre o mercado e, assim, permanecem numa posição de superioridade em relação aos consumidores.

Dessa maneira, podem decidir utilizar dados e informações pessoais dos seus consumidores sem o consentimento deles, para a obtenção de lucro, apesar do descumprimento da lei e dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Há quem defenda que dessa prática construiu-se a ideia de "consumidor como mercadoria" vendável entre os empresários.

Daí surge a necessidade de discutir, na esfera jurídica, o tema "proteção de dados pessoais". Cada vez mais o consumidor é minimizado nas relações de consumo e o CDC não tem sido suficiente para coibir essa conduta abusiva dos empresários (fornecedores). Por outro lado, analisando o tema sob o viés dos direitos fundamentais, também não encontramos uma solução fácil e harmônica para a problemática.

Ao aplicar os princípios constitucionais em um caso concreto, nem sempre vislumbramos as possibilidades de conflitos entre eles. Partimos do pressuposto de que, na teoria, todos são complementares, então assim será na prática. Errado. Na situação em discussão, onde dados pessoais de consumidores estão sendo compartilhados indevidamente, há um conflito entre dois direitos constitucionais, no mínimo: o direito à privacidade e o direito à informação.

Percebe-se, então, que a situação não é fácil de ser mediada. Nesse sentido, é importante ressaltar que diversos países já exploram a proteção dos dados pessoais, e suas legislações influenciaram a criação de uma lei específica no Brasil. Dentre essas legislações, cita-se, em especial, o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu, também conhecido como *General Data Protection Regulation – GDPR*, que

foi um grande espelho para a criação da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

A nova lei brasileira foi publicada recentemente e ainda está em *vacatio legis*, mas carrega consigo a esperança de que a problemática seja solucionada. Traz a ideia de que os titulares dos dados — no caso, os consumidores — tenham autonomia e controle sobre seus dados pessoais, assim como que haja fiscalização da conduta dos empresários e, eventualmente, punição por uma autoridade nacional competente. Em suma, a lei regulamenta a proteção dos dados pessoais, cobrindo os espaços vagos que tínhamos no ordenamento jurídico brasileiro que dificultavam a solução do tema.

1 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

1.1 Proteção constitucional

Basta uma rápida observação da vida diária de um consumidor para perceber a quantidade de dados pessoais que ele é obrigado a fornecer, uma vez que eles são condição necessária à obtenção do produto ou serviço desejado. O consumidor é induzido a disponibilizar inúmeros dados pessoais que, como afirmam os próprios fornecedores, vão fazer parte de um cadastro que facilitará a comunicação entre eles em uma futura compra e/ou promoções.

A verdade é que o consumidor perde o controle sobre esses dados pessoais. Eles são armazenados, compartilhados e passam por um tratamento que formará "perfis de consumo" que, em grande parte, ferem seus interesses e geram riscos, colocando-o em situação de fragilidade, principalmente quando esses "cadastros" são alimentados sem a autorização e/ou vontade dos interessados. Por essas e outras

incontáveis situações de desigualdade de posição entre fornecedores e consumidores, no que diz respeito às informações sobre produtos ou serviços, é que o Direito do Consumidor surgiu (MENDES, 2014, p. 193).

Primeiramente, o legislador constituinte, ao tratar sobre o tema, trouxe a defesa do consumidor para o Título de Direitos e Garantias Fundamentais, designando ao Estado a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII). Logo em seguida, no tocante à ordem econômica, indicou a defesa do consumidor como princípio (artigo 170, inciso V) (MENDES, 2014, p. 196).

De acordo com Barroso (2015, p. 333-334), "a Constituição é dotada de força normativa e suas normas contêm [...] imperatividade." A razão para essa posição hierárquica do texto constituinte, superior às outras normas, é sua natureza popular. Ou seja, prevalece a vontade popular "sobre o poder constituído e sobre as leis em geral". (BARROSO, 2015, p. 334).

O Princípio da Supremacia da Constituição Federal deve ser levado em consideração em qualquer solução concreta. O ato normativo que perdurar, incompatível com a Constituição, é inválido. Desse modo, é evidente que descumprimento das normas constitucionais ocasiona sanções (BARROSO, 2015, p. 333-335).

Nesse sentido, diante da superioridade do texto constitucional, ao abarcar a defesa do consumidor como direito fundamental, o Poder Constituinte tinha a intenção de garantir sua eficácia e prevalência a qualquer tempo e modo, sobre qualquer outra norma que venha existir.

Na sequência, em consonância com a Constituição, com o intuito de equilibrar a relação entre fornecedores e consumidores, foi promulgado o Código de

Defesa do Consumidor – CDC, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, garantindo "uma proteção ao consumidor bastante forte e consistente, baseada em princípios e direitos básicos, que protegem, além da esfera econômica, a esfera da personalidade do consumidor". (MENDES, 2014, p. 197). É o que assegura seu artigo 4º, *caput*:

> Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. (BRASIL, 1990)

É com foco na segurança e na estabilidade de toda a sociedade que a primazia das normas constitucionais existe. Assim, é compreensível que o dever de proteger o consumidor, assim como sua personalidade, é prioridade, pois tem reduto constitucional e sua violação terá grande repercussão (MENDES, 2014, p. 201).

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, sua eficiência dá-se, principalmente, por ter nascido de dispositivos constitucionais. Assim, o CDC tem papel central na evolução do conceito de privacidade dentro da ótica da proteção integral aos bancos de dados pessoais.

Como um todo, os institutos de proteção ao consumidor têm papel crucial na proteção da sua vida privada e, no que se refere aos dados pessoais, atuam para que eles não sejam transformados em números em um banco de dados, comercializados no mercado mediante "perfis de consumo".

1.2 Vulnerabilidade

Para Bauman (2008, p. 37) ainda que o fenômeno do consumo seja considerado algo banal devido a sua recorrência, sua origem é antiga. Como bem lembrado pelo autor, em todas os períodos históricos há relatos de relações de

consumo, e isso estabelece a regra da continuidade. Essa característica possibilita que o consumismo impacte diretamente a dinâmica do modo humano de ser e estar no mundo, fixando padrões. (BAUMAN, 2008, p. 38).

Assim, historicamente, na medida em que as novas estruturas de mercado desenvolvem-se, elas criam ameaças, e a economia massificada potencializa os riscos à saúde e à segurança do consumidor. Ele se "enfraquece" cada vez mais dentro desse consumismo desenfreado e o direito à sua defesa faz-se mais necessário (MENDES, 2014, p. 193-194).

Vale o registro: ideia de consumidor como "rei do mercado", citada por Benjamin (2013, p. 45), é ilusória. A figura imponente dos fornecedores enfraquece os consumidores, uma vez que a vontade e a liberdade de consumo são maculadas e manipuladas dentro da economia moderna.

É incontestável a importância das relações de consumo para a circulação de riqueza e o sujeito indispensável nessa relação, o consumidor, movimenta o mercado mediante o exercício da "sua vontade" de consumir. Entretanto, Benjamin (2013, p. 47) nos alerta sobre a verdadeira função social dessa relação:

> Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação de riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou status, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual.

O autor enxerga o consumidor como "agente econômico ativo no mercado e na sociedade de consumo (de crédito e endividamento) e, ao mesmo tempo, *persona* com identidade cultural específica e diferenciada." (BENJAMIN, 2013, p. 46).

Nesse sentido, o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor organiza princípios fundamentais indispensáveis para as relações de consumo, dentre eles, o mais relevante, constante em seu inciso I: a vulnerabilidade do consumidor. Apoiado nesse princípio, a legislação de defesa do consumidor busca reequilibrar às relações no mercado de consumo e limitar condutas abusivas dos fornecedores.

Para Mendes (2014, p. 195) "a vulnerabilidade do consumidor no mercado é uma característica patente, que se consubstancia na diferença de poder entre consumidor e produtores".

Em complemento, para Bessa (2003, p. 173):

> É certo que a vulnerabilidade da pessoa física é maior. As pessoas jurídicas, em geral, possuem conhecimentos técnicos capazes de minorar os efeitos negativos decorrentes de registro irregular em entidade de proteção ao crédito. Acrescente-se que o grau de necessidade de proteção dos direitos da personalidade da pessoa física é mais patente.

Devido sua maior capacidade de desenvolvimento, seu controle sobre os produtos e os serviços comercializados e seu poder de armazenar informações, o fornecedor detém o domínio do mercado de consumo. Assim, a discrepância entre as partes é observada na insuficiência de informações, por parte do consumidor, sobre o fluxo de seus dados (vulnerabilidade técnica) e nos recursos finitos para reparar prejuízos advindos do tratamento de seus dados (vulnerabilidade fática) (MENDES, 2014, p. 199).

A partir dessa ideia de detenção de poder dos fornecedores, há quem interprete a vulnerabilidade do consumidor como uma "constante vigilância", que decorre exatamente do fato do indivíduo desconhecer esse mercado de informações. Ele, como parte vulnerável dessa relação, não tem noção de como, quando e quais

dados estão sendo compartilhados. Então, partindo do pressuposto de que esses olhares direcionados aos consumidores são ininterruptos, nasce a ideia de constante vigilância. Todos os olhos voltados aos indivíduos, nada passa despercebido pelos detentores do poder de mercado (fornecedores).

Em síntese, é descarada a exposição (não autorizada) das informações dos consumidores, seus gostos e preferências comerciais e isso impacta diretamente no resguardo do direito à privacidade. Daí surge a ideia de constante vigilância. O consumidor tem seus dados retidos, ainda que sem seu conhecimento, e por isso merece ser tutelado.

Corroborando o assunto, Benjamin (2013, p. 48):

> [...] com a globalização [...] é que podemos entender como estas mudanças da economia e da sociedade aumentaram exponencialmente a vulnerabilidade dos consumidores e levaram o direito a preocupar-se de forma tão profunda com sua tutela especial [...].

1.3 Consumidor como “mercadoria”

Outra situação que corriqueiramente acontece são as publicidades de produtos ou serviços compatíveis (ou não) com nossas preferências, que recebemos independentemente de concordarmos, pedirmos ou aceitarmos. Certamente, esse marketing é fruto de alguma informação pessoal compartilhada entre as empresas, que gerou um “perfil de consumidor”. Resultado disso é a vida do consumidor orientada, sem sua percepção, pelos detentores da informação (poder).

Diante da importância daquilo que os dados pessoais representam, dos benefícios em comercializá-los e do seu valor para os fornecedores que pretendem

potencializar seus resultados, é comum a comercialização de preferências, hábitos e comportamentos dos consumidores de grande relevância.

O consumidor vulnerável, muitas vezes, não tem noção desse "mercado de dados" entre as empresas, eles de fato acreditam, inocentemente, que a disponibilização de dados não terá grandes impactos. Por isso, é importante observar essas condutas, principalmente quando a reprodução, a compra, a venda e a transferência desses dados pessoais entre as empresas não são autorizadas pelo consumidor.

Podemos dizer então que essa conduta de comercialização dos dados pessoais dos consumidores menospreza esses indivíduos. A ideia é simples: quando as empresas vendem e compram as informações em potencial dos consumidores, em última análise, elas estão transformando-nos em mercadorias e desprezando sua natureza humana.

É de se observar que a compra e venda está ligada a objetos móveis e imóveis, então, quando informações de pessoas humanas, que dizem respeito à sua intimidade, são facilmente comercializadas sem o seu consentimento, estamos transformando esses consumidores em coisas. A doutrina chama esse processo de "coisificação" do consumidor.

Analisando o fato por outro viés, há também a necessidade do consumidor em se enquadrar aos padrões de consumo, ao perfil desejável criado pelas mídias, uma vez que busca expandir suas alternativas de consumo e destacar-se. Para Leonardo Bessa (2003, p. 87), a inclusão/exclusão do indivíduo depende dele, o consumidor se mascara para atender às exigências do mercado:

> As pessoas, em função das exigências da sociedade, são como atores no palco, cumprindo, de cena em cena, diversos papeis. Entretanto, há momentos em que precisam afastar-se do palco, tirar a máscara e ser elas mesmas, amáveis, irritadas, luxuriosas ou sonhadoras. Uma constante encenação destruiria o organismo humano.

Bauman (2008, p. 20) entende que para ser sujeito desta sociedade de consumidores todos devem primeiro virar a mercadoria para depois serem notados. Assim, o esforço para se "tornar, e permanecer uma mercadoria vendável" é um comportamento imposto a todos (BAUMAN, 2008, p. 73):

> Numa sociedade de consumidores, todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação. Nessa sociedade, o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção.

À vista disso, a necessidade da adequação do consumidor ao mercado é um assunto indiscutível. A atividade de consumo constante está enraizada na sociedade e, como dito, o modo de vida que todos almejam é o consumo de bens de maior valor (confortáveis, luxuosos). A acumulação de bens desse tipo concede uma superioridade e exige maior respeito a seus donos, além de dar maior visibilidade a esse mercado.

A felicidade está associada ao volume e à "intensidade de desejos sempre crescente, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos". (BAUMAN, 2008, p. 44). Assim, a busca pelo consumismo e a acumulação de riquezas (bens luxuosos) são incessantes. O indivíduo nunca se sente satisfeito com o que consumiu porque o mercado de consumo impõe a necessidade do consumismo crescente.

Por fim, Bauman (2008, p. 71) ressalta que essa imposição do mercado de consumo é uma estratégia consumista dos detentores de poder (fornecedores). "Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional".

2 INFORMAÇÃO X PRIVACIDADE

2.1 Direitos fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre vários outros direitos, preocupou-se também em afirmar os Direitos e Garantias Fundamentais em seu Título II. Não é à toa que ela é popularmente conhecida como "Constituição Cidadã". O rol de direitos e deveres individuais e coletivos do seu consagrado art. 5º não é taxativo, podendo surgir novos direitos fundamentais derivados de princípios constitucionais e, para não persistir dúvidas sobre sua aplicabilidade, o § 1º deu a essas normas aplicação imediata.

Considerando o momento histórico e político do país, de complexidade e pluralismo de ideais, durante a elaboração da atual Constituição seria inevitável que essa proteção aos direitos humanos fundamentais fosse conteúdo vasto do texto constitucional. Era um momento de redemocratização do país, pós-ditadura; quando a sociedade passava por transformações, sensibilizava-se com a dignidade da pessoa humana e necessitava de garantias.

Barroso (2015, p. 107) é categórico ao dizer que uma das essências do constitucionalismo é a garantia de direitos. Nesse sentido, o crescimento dos direitos

fundamentais foi tão notório que, além dos direitos políticos e individuais, a Constituição incluiu os direitos sociais e coletivos, onde enquadra-se a "defesa ao consumidor".

A ideia é de que os direitos fundamentais, consagrados no art. 5º da Constituição Federal, devido sua natureza social, têm eficácia além da positivação no texto constitucional, ou seja, sua aplicabilidade independe da Constituição, pois retratam uma necessidade social.

Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 181) interpreta os direitos fundamentais como "normas que configuram princípios" e ainda complementa que os princípios auxiliam na proteção um bem jurídico da melhor maneira possível diante das circunstâncias fáticas. Ou seja, a aplicação de um princípio (direito fundamental) em sua máxima extensão varia caso a caso.

No tocante ao tema do presente trabalho, o livre acesso à informação, a intimidade, a privacidade, a defesa do consumidor e a personalidade são todos direitos fundamentais consagrados pela Constituição vigente, com características de princípios que constantemente entram em atrito.

2.2 Direito à informação

As novas tecnologias da informação se transformaram em uma grande força matriz que fortaleceu o poder dos seus detentores. Não só no mercado de consumo, mas em todos os cenários mundiais, as informações, principalmente as pessoais, são exploradas e há quem extraia delas o máximo de proveito, buscando sempre um destaque. A informação tornou-se sinônimo de poder.

Garfinkel (apud DONEDA, 2006, p. 176) defende que a informação, devido seu impacto, tem vida própria (autonomia):

> Uma vez que os eventos do nosso cotidiano são sistematicamente armazenados em um formato legível por uma máquina, esta informação ganha uma vida toda própria. Ela ganha novas utilidades. Ela se torna indispensável em operações comerciais. E ela usualmente é transmitida de um computador a outro, de um negócio a outro, entre os setores público e o governo.

Essa "vida própria" da informação fez surgir um novo mercado, onde o principal objeto comercializado é a própria informação. Martins (2017, p. 86), diante do amplo acesso à internet, visualiza o crescimento desse mercado de informação, onde cada clique é uma mercadoria para empresas de dados, que estão se tornando cada vez mais lucrativas.

A informação tornou-se útil e, devido à informática, onipresente (DONEDA, 2006, p. 175). É incontestável a importância e o poder que a informação carrega hoje em dia, ela tornou-se essencial para o sucesso de inúmeros negócios (MENDES, 2014, p. 117).

O número de informações que circulam hoje, principalmente nos meios digitais, cresceu e com isso nasceu também a necessidade de filtrar o que realmente é verdadeiro e útil. Notícias falsas são espalhadas na mesma proporção e rapidez que conhecimentos úteis ao desenvolvimento da humanidade, cabe a cada indivíduo filtrar qual notícia lhe beneficia.

Ainda assim, o conhecimento amplo continua sendo ferramenta de poder, e a facilidade de acesso a esse conhecimento deu-se pela expansão do "mercado de informação". No mercado de consumo, por exemplo, conhecer seus produtos, seus concorrentes, dominar a dinâmica de empreendedorismo e, acima de tudo,

compreender seus clientes e suas preferências são vantagens que o empresário pode ter e só obterá quando tiver acesso a informações específicas.

Logo, participar deste mercado de informações, seja como vendedor ou comprador, garante um grande desenvolvimento ao mercado econômico e é uma prática comum entre empresários (fornecedores) que almejam o amplo conhecimento e o poder sobre os demais.

No cenário mundial, o direito à informação ganhou espaço tendo em vista seu amplo alcance e seu vínculo, direto ou não, com outros tantos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 19, ilustra bem o referido direito e seu domínio:

> Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (FRANÇA, 1948).

Desse modo, é certo que o direito à informação, com o objetivo principal de derrubar censuras e levar conhecimento a todos, vem crescendo, criando força e destacando-se entre as diversas sociedades como uma garantia indispensável ao indivíduo.

Assim, conceituar "informação" torna-se indispensável, uma vez que o termo passa a ser um elemento central na sociedade e, consequentemente, do ordenamento jurídico. Pierre Catala (1983, apud DONEDA 2006, p. 155) diz que "toda mensagem comunicável a alguém por um meio qualquer constitui uma informação".

Para Bessa (2003, p. 55-56), o direito fundamental à informação, exposto no art. 5ª, XII da Constituição Federal, é "o direito a estar informado, seja recebendo ou buscando informações". Para acrescentar, o autor, ao citar Aluízio Ferreira, define o

objeto do direito à informação como "todo conhecimento que possa interessar a uma coletividade [...]".

Ficou claro, então, que todos são livres para buscar informações do seu interesse. Entretanto, quais informações podem ser compartilhadas? Esse é o principal ponto de divergência entre o direito à informação e o direito à privacidade. Nesse sentido, a classificação simples da informação divide-se em duas: pessoais e não pessoais.

Ambas são facilmente acessíveis devido à quantidade e qualidade de armazenamento de dados e informações nos meios digitais hoje em dia. A Diretiva Europeia 95/46/CE define a informação pessoal como "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável" (LUXEMBURGO, 1995) que tem como objeto a própria pessoa, indica algo concreto, revela algum aspecto objetivo sobre a pessoa, é um vínculo direto e objetivo com o indivíduo, diferente da informação não pessoal.

Doneda (2006, p. 157), ao falar das informações pessoais, defende que quando o objeto da informação é um sujeito individualizado, a informação é um atributo da personalidade. Quando pessoais, as informações são manifestações da personalidade do indivíduo, revelam sua intimidade e, por isso, chamam mais atenção, são mais valorizadas e necessitam de maior proteção.

Para Doneda (2006, p. 13) o interesse e a importância de obter e utilizar as informações pessoais de terceiros dá-se, principalmente, por dois fatores: controle e eficiência.

Como dito, as informações pessoais fazem referência à intimidade do indivíduo, e por mais sutil que seja, a exposição dessas informações acarreta danos,

muitas vezes, irreparáveis à imagem do indivíduo. Nesse sentido argumenta Schreiber (2014, p. 138):

> Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet.

2.3 Direito à personalidade, à privacidade e à intimidade

Podemos dizer que o pós Segunda Guerra Mundial foi o marco inicial para que os direitos à personalidade, à privacidade e à intimidade tomassem forma e fossem consagrados como fundamentais. Antes, a proteção a esses direitos era menosprezada e insuficiente. O liame entre os três direitos é grande, ambos têm o potencial de ressaltar as individualidades do indivíduo e, por isso, seus conceitos se confundem.

O direito à personalidade é gênero que abarca inúmeras outras espécies. Bessa (2003, p. 73), ao citar Gomes Canotilho, elucida que os direitos fundamentais, em sua maioria, são direitos da personalidade e ambos tendem a se igualar. Compreendem-se, então, como aqueles direitos essenciais à pessoa humana e à sua dignidade, sem os quais ela não existiria como tal, daí a necessidade de protegê-los, ou seja, o direito à personalidade é o "direito à pessoa ser e à pessoa devir" (BESSA, 2003, p. 58-59, 70-73).

Nessa perspectiva, Doneda (2006, p. 81), citando Santos Cifuentes, define os direitos à personalidade como "direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, que têm por objeto manifestações interiores da pessoa, e que, [...] não podem ser transmitidos nem disponibilizados de forma absoluta e radical".

Sobre a amplitude dos direitos da personalidade, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 115) afirmam:

> Não há dúvidas quanto à impossibilidade de previsão taxativa (*numerus clausus*) dos direitos da personalidade. Muito pelo contrário. Constituem uma categoria elástica, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais (...)

O fato de os direitos da personalidade serem indissociáveis dos seus titulares faz o elo com a tutela da pessoa humana. A abrangência e a generalidade dos direitos à personalidade resultaram na "vinculação de todo o ordenamento jurídico ao valor máximo da pessoa humana" (DONEDA, 2006, p. 95).

Prosseguindo, entre os doutrinadores, podemos perceber que os direitos à privacidade e à intimidade se confundem. O fato é que a questão não é pacífica, e por se tratar de um direito mais restrito, a intimidade é espécie da privacidade; é uma extensão desta.

Doneda (2006, p. 109) é categórico ao se referir à intimidade como "eventos mais particulares e pessoais, uma atmosfera de confiança. [...] Direito à tranquilidade".

Schreiber (2014, p. 137) relaciona intimidade e privacidade num contexto histórico. Para o autor, o direito à vida íntima significava "não se entra na propriedade, não se entra na vida privada". Assim, inicialmente a ideia de intimidade tinha forte influência do modelo proprietário.

Entendendo que a privacidade surgiu historicamente como a evolução da vida íntima, Albert Bendich (1966, apud SCHREIBER, 2014, p. 137) acrescenta que o direito à intimidade era restrito às classes burguesas, "preocupadas em manter sua

vida íntima a salvo da bisbilhotice alheia". A "pobreza e privacidade são simplesmente contraditórias".

Quando esse cenário começou a mudar, o direito à privacidade tornou-se mais do que apenas o direito de ser "deixado só", passou a abranger também, por exemplo, o "direito da pessoa de manter o controle sobre os seus dados pessoais." (Schreiber, 2014, p. 138). Em síntese, entende-se que o conceito atual de privacidade adveio de um processo histórico, o qual tinha como concepção inicial apenas a intimidade ligada à propriedade.

Consequentemente, o termo "privacidade" é mais utilizado porque a palavra, em seu significado amplo, engloba todos os valores incorporados à intimidade.

É de se destacar, então, que a ideia de privacidade evoluiu e "abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais" (SCHREIBER, 2014, p. 136).

Conceituar privacidade é uma atividade difícil tendo em vista sua inexatidão e abrangência. Para Bessa (2003, p. 79), o direito à privacidade é espécie do direito à personalidade que, em última análise, engloba também a proteção à intimidade do sujeito. A "razoável exclusão do conhecimento público de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares" é, ao mesmo tempo, a proteção à privacidade e à intimidade. (SANTA MARIA, 1987, apud BESSA 2003, p. 90-91).

Nesse sentido, Milton Fernandes (1977, apud BESSA 2003, p. 90), sobre o conceito de privacidade, entende:

> [...] os conceitos [...] fazem consistir a vida privada na exclusão do conhecimento alheio de ideias e fatos respeitantes à própria pessoa. É essa a essência da intimidade. Através de sua tutela

> pretende-se limitar a penetração externa no âmbito que cada um quer manter exclusivamente para si.

Dentre as características do direito à privacidade que também podem ser aplicadas ao direito à intimidade e à personalidade, estão: a extrapatrimonialidade, o absolutismo, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade. O direito à privacidade é absoluto por ser oponível contra todos (todos devem obedecer). Também é indispensável ao desenvolvimento do sujeito, por isso, inalienável e intransmissível. Aqui, destaca-se que o indivíduo, titular do direito, tem a faculdade de divulgar (ou não) ideias e fatos privados (FERNANDES, 1977, apud BESSA, 2003, p. 95-97).

Além disso, o direito à privacidade é extrapatrimonial, pois é impossível mensurá-lo monetariamente, o que não afasta o dever de indenizar caso haja violação. É imprescritível, uma vez que, independentemente do tempo, o direito de gozar dos benefícios da personalidade, da intimidade e da privacidade não se perde. (BESSA, 2003, p. 65-70).

Nessa linha de raciocínio, as informações pessoais devem ser protegidas no nosso ordenamento jurídico, como um desdobramento da tutela ao direito à personalidade, à privacidade e à intimidade. Por outro lado, o direito à informação carrega a mesma importância no desenvolvimento da pessoa e também deve ser observado.

2.4 Ponderação de princípios

A variedade de direitos fundamentais consagrados pela Constituição permite, com frequência, a colisão entre princípios constitucionais. A solução não é simples,

deve ser sempre analisada à luz do caso concreto, uma vez que não existe graus de importância entre tais direitos.

A verdade é que os direitos fundamentais não são absolutos, então, sua aplicação está sujeita a limites. Segundo Barroso (2015, p. 371), por serem considerados princípios, esses direitos devem obedecer à regra da ponderação. Para o autor, o princípio da proporcionalidade de normas constitucionais é "mais fácil de ser sentido que conceituado", ou seja, depende de uma análise subjetiva. (BARROSO, 2015, p. 293).

Diante de tudo já dito, a discussão sobre a proteção aos cadastros de consumidores que contenham informações pessoais deles traz um conflito entre direitos fundamentais. É exatamente por haver esse conflito de valores (informação *versus* privacidade) que a ponderação é necessária, essa análise decorre sempre do caso concreto e deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

O instituto da proporcionalidade ou razoabilidade, para Barroso (2015, p. 292-293), justifica-se na ideia do devido processo legal e no senso de justiça. Aproxima-se dos valores: "racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos". No caso, é um "instrumento valioso de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público" (BARROSO, 2015, p. 340).

No tocante à ponderação, Mendes (2017, p. 239), diante da ideia de que há direitos suscetíveis e não suscetíveis à restrições, afirma que "[...] a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade."

A regra é que os direitos coexistam harmoniosamente, entretanto, aplica-se a proporcionalidade nos casos em há confronto entre direitos fundamentais, para que resulte na melhor solução de acordo com a finalidade de cada direito e os valores, de senso comum, vigentes no momento e no lugar do caso (BARROSO, 2015, p. 293, 340). Ou seja, "proporcionalidade consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido" (BARROSO, 2015, p. 294).

Barroso (2015, p. 340), no tocante ao princípio da proporcionalidade, encerra o assunto: "O princípio pode operar também no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pela sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto".

Então, na ponderação, como técnica de decisão jurídica, preliminarmente tem que ser definida a intensidade da intervenção e a importância dos fundamentos justificadores da intervenção, para daí se realizar a ponderação em si (ALEXY, 1998, apud MENDES, 2017, p. 239).

A ponderação, em sentido estrito, dá-se em três etapas: (i) a identificação dos princípios em conflito; (ii) o exame dos fatos no caso concreto e a influência de cada princípio; e por último, (iii) a conclusão, de acordo com o peso de cada princípio. Qual deve preponderar e qual a sua intensidade são decisões baseadas no princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2015, p. 374).

Nesse sentido, Bessa (2003, p. 88), ao citar Gilberto Haddad Jabur, defende que o bem-estar psíquico do indivíduo e o desenvolvimento de sua personalidade estão vinculados à proteção de sua privacidade, sendo então uma necessidade

humana. Por essa razão, a proteção à privacidade deve aplicada com maior intensidade, diferente do direito à informação, que pode ser relativizado.

A questão principal é a perda do controle sobre as informações pessoais. O direito à informação, como já dito, é essencial, entretanto, a invasão dos dados restritos à intimidade do sujeito fere a dignidade humana, e mais precisamente, o direito à privacidade, inato à pessoa (BESSA, 2003, p. 99).

Em busca da proteção à identidade da pessoa, Bessa (2003, p. 86-87), citando Alan Westin (1967) pontua quatro benefícios da tutela à privacidade: *personal autonomy, emotional release, self-evaluation* e *limited and protected communication.*

O primeiro diz respeito à autonomia pessoal que a privacidade protege. Um indivíduo, para evitar que seja manipulado por outros, precisa de uma autonomia que lhe trará sua individualidade. A tutela à privacidade possibilita e assegura essa autonomia.

O segundo benefício é a liberdade emocional que a privacidade possibilita. Expressar sentimentos e emoções sem receio dos julgamentos da sociedade, é o "ser você mesmo" sem máscaras, sem constrangimentos pela presença de terceiros (BESSA, 2003, p. 87).

O terceiro benefício, o *self-evaluation*, corresponde à autoavaliação das informações que recebemos e fornecemos. Devido a rapidez e ao grande número de informações que circulam na internet hoje em dia, perdemos a liberdade de avaliá-las antes de tê-las como verdade. A privacidade, por sua vez, dá-nos esse espaço de autoavaliação de todas as informações que passam por nós (BESSA, 2003, p. 87).

E, por último, temos o benefício da proteção e limitação da comunicação. É evidente que qualquer informação, principalmente, as pessoais, quando

compartilhadas com um público indeterminado, ou até mesmo com quem não faz parte do nosso ciclo social, não gera uma segurança para o seu titular. Então, o último benefício da tutela à privacidade, pontuado por Alan Westin (1967, apud BESSA, 2003, p. 87), é a oportunidade de dividir as informações com quem o interessado se sentir à vontade.

Assim, a tutela da privacidade faz-se necessária devido ao seu grande alcance. Como dito, o direito à privacidade abrange inúmeros outros valores da pessoa humana e, por isso, merece atenção especial.

3 PRIVACIDADE

3.1 Proteção à privacidade

No tocante às técnicas de informática, Doneda (2006, p. 15) entende que a relação de informações pessoais com a privacidade é definida no contexto da tecnologia:

> [...] a tecnologia, em conjunto com algumas mudanças no tecido social, vai definir diretamente o atual contexto no qual a informação pessoal e a privacidade relacionam-se; portanto, qualquer análise sobre a informação deve levar em consideração o vetor da técnica como um dos seus elementos determinantes. Sem perder de vista que o controle sobre a informação foi sempre um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade, a tecnologia proporcionou a intensificação dos fluxos de informação e, consequentemente, a multiplicação de suas fontes e de seus destinatários.

Para o Promotor de Justiça Guilherme Magalhães Martins (2017, p. 64), a sociedade de informação colabora com a ascensão da integração global. A partir da centralização das novas tecnologias da informação, sua flexibilidade e a lógica usadas

nas redes online, essa nova sociedade muda e dita comportamentos, desenvolvendo a comunicação telemática e o compartilhamento de informações em tempo real.

Natural da Europa, a expressão “sociedade da informação” tem como suporte a digitalização, que permite a união de elementos relativos a bases de dados eletrônicas, programas de computador, circuitos integrados e utilização de obras por tela. Em suma, a internet torna toda mensagem em informação, formando a base de dados dessa coletividade (ASCENSÃO 2001, apud MARTINS 2017, p. 63).

O ser humano vem se tornando um grande processador de informações. Ao receber uma informação avulsa, ele a conecta a outras, forma suas próprias convicções e determina suas ações a partir daí. Armazena, compartilha e produz, assim, mais informação, influenciando e moldando outros indivíduos e suas próprias concepções de uma simples informação.

No tocante aos dados pessoais dos consumidores, o cenário é o mesmo. A expansão da informática facilitou o armazenamento, o processamento, o compartilhamento e a organização de informações pessoais inofensivas que, em conjunto com outras informações, tornam-se qualitativamente melhores para os fornecedores, acelerando a obtenção de resultados positivos para o mercado que, em contrapartida, lesionam a privacidade dos consumidores.

Sobre o assunto, Eduardo Bittar (1999, p. 65) afirma:

> O caráter invasivo das técnicas de comunicação, informação, produção e circulação de bens, publicidade... é que tem motivado com maior intensidade lesões à direitos da personalidade, sobretudo no âmbito das relações de consumo. Em face da multiplicidade de formas de contato consumerista, entre consumidor e fornecedor/prestador, uma série de lesões podem dar ensejo à invasão do terreno dos direitos personalíssimos [...]

A organização de informações em cadastros de consumidores sempre existiu, entretanto, a problemática desenvolveu-se e veio à tona quando houve a informatização e sofisticação desses bancos. Isso fomentou quantitativamente esses dados, tornando o armazenamento ilimitado, o que afetou diretamente o direito à privacidade (MENDES, 2014, p. 60).

Por óbvio, o tratamento e conservação desses bancos de dados também tornaram-se mais econômicos e acessíveis, o que dificultou (e encareceu) ainda mais o sigilo de informações pessoais e a tutela da privacidade. A equação é simples, quanto maior e melhor o grau de compartilhamento de informações pessoais, menor o grau de privacidade da pessoa.

Então, o avanço tecnológico contribui para uma maior coleta de dados e isso atinge diretamente a preservação da privacidade dos consumidores em geral. Bessa (2003, p. 98-99) confirma isso, ao afirmar que o impacto tecnológico está tornando a sociedade cada dia mais informatizada, tendo os aparelhos eletrônicos aumentado a capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais.

José Afonso da Silva (1998, apud BESSA 2003, p. 106) diz a respeito:

> O intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Dada a qualidade e modernidade dos meios de comunicação, os consumidores são marcados de formas mais eficientes (BESSA, 2003, p. 43). Sem

dúvidas, "a privacidade — no âmbito dos dados pessoais — é, provavelmente, a parte mais exposta e vulnerável aos efeitos negativos decorrentes dessa evolução científica" (BESSA, 2003, p. 106).

Em resposta a essa exposição invasiva de dados pessoais dos consumidores, Antônio Herman V. Benjamim (2001, apud BESSA, 2003, p. 44) pontua a necessidade de controle:

> Os organismos, privados ou públicos, que armazenam informações sobre consumidores clamam, pois, por controle rígido, seja administrativo, sejam judiciais, este ora penal, ora civil. A acumulação de dados sobre o consumidor, por mais singela e sutil que seja, não deixa de ser uma invasão de sua privacidade, como já fizemos referência. O perigo aumenta quando se sabe que, com frequência, o anotado são é acurado, não está atualizado ou é, pura e simplesmente, falso.

Nesse sentido, proporcionar a tutela de suas próprias informações faz-se ainda mais necessário quando percebe-se que, além de não ter o controle sobre o fluxo de seus dados pessoais, há a incerteza quanto à veracidade dessas informações que estão sendo compartilhadas. E mais, devem se preocupar também com as informações pessoais que estão recebendo sobre outros indivíduos, uma vez que essas também podem ser falsas.

A rede online é cada vez mais acessada e vigiada por grandes empresas, e o armazenamento de fatos, falsos ou não, podem prejudicar a vida presente e futura do sujeito. O constante compartilhamento de informações acarreta a perda de controle sobre a própria identidade, que torna-se opaca no mundo virtual.

Sobre o impacto que o compartilhamento de informações pode causar na vida de um indivíduo, Mendes (2014, p. 198) diz:

> [...] os dados pessoais, assim como as demais informações extraídas a partir deles, constituem-se em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, ampliando ou reduzindo as suas oportunidades no mercado, conforme sua utilização.

Vale destacar a ideia do Stefano Rodotá (1995, apud DONEDA, 2006, p. 23), de que a privacidade, em seu processo histórico, não se rompeu, mas seu centro de gravidade reposicionou-se para o eixo "pessoa-informação-circulação-controle".

Desse modo, Messinetti (1983, apud DONEDA, 2006, p. 146) aponta a privacidade como vantajosa porque possibilita a tutela da informação recebida e fornecida através do controle do seu titular, além de que, devido a sua amplitude, a privacidade estaria presente em situações patrimoniais e não-patrimoniais. Assim, sua tutela seria mais efetiva.

3.2 Proteção aos cadastros de consumidores e a nova lei

Aqui, é importante ressaltar que, apesar do Código de Defesa do Consumidor ter uma seção que cuida exclusivamente do assunto (Seção VI do Capítulo V), ele não acentua diferenças entre Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores, apesar de existir entre a doutrina.

Ambos são espécies do gênero "arquivos de consumo", entretanto, o primeiro diz respeito às informações, que geralmente estão sob o cuidado de entidades, coletadas no mercado, principalmente com o objetivo de proteção ao crédito (interesse público). Já os Cadastros de Consumidores são dados fornecidos pelo próprio consumidor titular para uso dos fornecedores, sem que sejam repassados à terceiros (BESSA, 2003, p. 179).

Comumente, os bancos de dados, por estarem sob a tutela de entidades públicas, geram uma segurança à maioria dos consumidores. Não é certo dizer que

os titulares têm controle sobre as informações que compõem os bancos de dados, mas o "interesse público" que os cercam tem maior peso. Focamos nossa preocupação, então, nos Cadastros de Consumidores, que são o principal ponto abordado no presente trabalho, uma vez que não são de conhecimento amplo, não têm fiscalização e afetam diretamente às relações privadas de consumo.

No tocante à tutela normativa, é importante definir o conceito de "dado" e "informação", pois são diferentes. O dado "pode ser compreendido como a informação em potencial, isto é, ele pode se transformar em informação se for comunicado, recebido e compreendido" (WACKS, 1989, apud MENDES, 2014, p. 55). O dado é, então, a informação dispersa, antes de ser refinada, interpretada. A informação, por sua vez, está além do dado, pressupõe uma fase de organização, de interpretação e elaboração de seu conteúdo (DONEDA, 2006, p. 152).

A informação ganhou destaque devido ao desenvolvimento tecnológico do seu processo de coleta, tratamento e manipulação, mencionado no capítulo anterior. Consequência disso, o direito à informação proporcionou a criação de categorias de dados, e no tocante às informações pessoais (aquelas que possuem um vínculo objetivo com a pessoa), uma categoria merece destaque: os dados sensíveis.

Apesar de não ser adotada por todos, há na doutrina uma classificação dos dados em: (i) públicos, aqueles de relevante interesse social; (ii) os pessoais de interesse público, por exemplo, nome e estado civil; e por último os (iii) dados sensíveis.

Voltando a atenção aos "dados sensíveis", Doneda (2006, p. 160) conceitua-os como as informações que ao serem conhecidas, processadas e compartilhadas gerariam uma discriminação em potencial (maior risco para a pessoa).

Nesse sentido, Bessa (2003, p. 91) esclarece que "[...] existem dados, *a priori,* irrelevantes sob o prisma de proteção da privacidade, mas que em conexão com outras informações, também irrelevantes, podem servir para tornar completamente transparente a personalidade de um cidadão".

Há quem entenda que não seria possível determinar qual dado é ou não sensível, uma vez que é impossível prever os efeitos que o tratamento desses dados causaria. O argumento é que mesmo um dado que não seja qualificado como sensível, quando passar por algum tratamento, pode ocasionar práticas discriminatórias.

Dentro da discussão de quais dados seriam, de fato, sensíveis, Doneda (2006, p. 161-162) entende que a seleção "provém da valoração de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentaria um elevado potencial lesivo ao seus titulares, em uma determinada configuração social". O autor argumenta que o dado em si não é perigoso, mas o uso que dele se faz pode ser.

Efing (2002, p. 59) tem uma abordagem interessante sobre o tema:

> A sociedade de consumo se curva diante do poder extraordinário alcançado pelos arquivos de dados pessoais, notadamente transformados de auxiliares do comércio a instrumentos indispensáveis à análise da possibilidade de concessão do crédito pretendido, sustentando a última palavra a ser seguida pelos fornecedores para tanto, não importando a veracidade e a abrangência do dado acusado. Além disso, invadem a privacidade do cidadão ao dispor indiscriminadamente de informações que dizem respeito somente a ele, podendo prejudicá-lo sobremaneira a divulgação destes dados sem o seu consentimento.

O fato é que o tratamento de dados sensíveis existe, principalmente em casos específicos em que sua proibição é inviável, é o exemplo de entidades de caráter

político. Ou seja, a utilização dessa categoria de dados faz-se necessária em alguns casos específicos e é viável desde que não estejam voltados à utilização discriminatória.

Apesar de serem diferentes, com os dados acontece o mesmo que com as informações. O dado, quando tratar de aspectos de um indivíduo identificado ou identificável, sejam acontecimentos, comunicações ou ações que tenham um vínculo objetivo com a pessoa, ganha característica de pessoal e, por constituírem uma projeção da personalidade do indivíduo, merecem uma tutela jurídica. (MENDES, 2014, p. 29, 56).

Nesse sentido, há quem defenda a anonimização dos dados, o que inviabilizaria a identificação pessoal, afastando a disciplina de proteção de dados pessoais. Entretanto, se ainda persistir, mesmo que ínfima, a possibilidade de reidentificação do indivíduo, permanece a regra de proteção de dados pessoais (MENDES, 2014, p. 57-58).

O processo de tratamento de dados pessoais, sensíveis ou não, passa por inúmeras fases. É importante, então, compreender como e quais dados devem ser coletados, distinguir em quais momentos a privacidade do consumidor é violada, identificando, assim, quais práticas são legítimas e quais são abusivas, além de conhecer a finalidade do tratamento, que é tornar a informação mais valiosa e útil (MENDES, 2014, p. 94).

Mendes (2014, p. 58) descreve o tratamento de dados como a "ação de manejar a informação, relacionando e reelaborando dados, com intuito de se obter conclusões a partir da aplicação de critérios". Assim, os dados geralmente são

organizados em conjuntos lógicos e de fácil acesso, conhecidos também como bancos de dados.

Esses bancos de dados são um conjunto de informações estruturadas de acordo com uma determinada lógica. Eles expandem as formas de apropriar, manipular e utilizar a informação, além de extraírem dela o máximo de proveito, seja a informação pessoal ou não pessoal.

Segundo Mendes (2014, p. 95), a coleta de informações realizada pelo próprio mercado é a primeira fase do tratamento de dados. Nela, a empresa obtém informações pessoais dos consumidores de diversas fontes, a coleta, em regra, é feita de modo aleatório e permanente dentro do próprio mercado de consumo.

Transações comerciais, censos e registros públicos, pesquisas de mercado e de estilo de vida, sorteios e concursos, comercialização e cessão de dados e tecnologias de controle na internet são exemplos de fontes de coleta de dados pessoais dos consumidores (MENDES, 2014, p. 96). Na maioria das vezes, o próprio consumidor concede suas informações à empresa, mesmo sem consciência das consequências disso.

Aquele famoso cadastro que realizamos, geralmente na primeira compra em determinada empresa (transações comerciais), entrevistas de mercado pessoais e questionários de estilo de vida possibilitam que as empresas ofereçam produtos específicos, segmentando a oferta de acordo com o interesse do consumidor. Dados do censo, por exemplo, quando transferidos para o setor privado, viabilizam o mapeamento demográfico de cada tipo de consumidor.

A coleta de dados, por meio de sorteios e concursos, passa despercebida. A inscrição voluntária no concurso de prêmios ou sorteio de produtos nada mais é que

a obtenção de dados pessoais de potenciais clientes. Por fim, a coleta de dados por tecnologias de controle na internet é a forma mais imperceptível e silenciosa, conforme entendimento de Priscila M. Regan (2002, apud MENDES, 2014, p. 102):

> No cyberespaço, não há claramente indícios visuais sobre o nível de privacidade disponível. De fato, os novos usuários da internet pensam inicialmente que todas as atividades no cyberespaço são privadas se ninguém no espaço físico os estiver observando ao usar o computador.

O tratamento continua na fase de processamento de dados, na qual os dados de difícil compreensão são lapidados e transformados em informações úteis e valiosas para a empresa, resultando em vantagens competitivas e na manutenção dos níveis de lucratividade (MENDES, 2014, p. 107, 112). A organização estratégica dos dados de inúmeros sistemas, de acordo com sua relevância, faz-se por meio de várias técnicas de informática e estatística (MENDES, 2014, p. 109).

As técnicas, quais sejam: *Data Warehousing, Data Mining, Oline Analytical Processing, Profiling* (Construção de Perfil) e *Scoring* (Sistema de Avaliação), em suma, possibilitam refinar esses dados minimizando os riscos dos negócios, prevendo as variações do mercado, formando novos elementos informativos, direcionando a publicidade da empresa e identificando consumidores de maior valor e menor risco de inadimplência (alvos de promoções e estratégias de fidelização) (MENDES, 2014, p. 112).

Por outro lado, surgem os "riscos à privacidade, à discriminação do consumidor e à sua exclusão do mercado de consumo". (MENDES, 2014, p. 108). As técnicas, eventualmente, transformam dados inofensivos em informações sensíveis, propiciam a classificação de consumidores, manipulam a vontade deles, além de

influenciarem no acesso a oportunidades sociais, uma vez que são discriminatórias (MENDES, 2014. p. 112).

Por fim, a difusão dos dados nada mais é do que a circulação desses dados pessoais na sociedade. O repasse desses dados, já tratados, em regra é consentido pelo consumidor. Entre as empresas, o compartilhamento desses dados facilita a formação do perfil do seu possível consumidor, auxiliando o direcionamento das vendas e a potencialização dos lucros.

Segundo Mendes (2014, p. 119), a transferência desses dados se choca com a proteção adequada à privacidade. Nesse sentido, o art. 11 da Lei de Proteção de Dados da Espanha – LOPD tornou-se parâmetro para averiguar se tal transferência é legítima. Em regra, a operação deve ser transparente, com o prévio consentimento do titular e o respeito ao princípio da finalidade (MENDES, 2014, p. 120).

Mendes (2014, p. 96) explica:

> [...] a legitimidade da coleta de dados pessoais está condicionada ao consentimento do consumidor ou à previsão legal que permita a coleta, hipótese em que ela deve ser comunicada ao consumidor. Além disso, a finalidade pela qual os dados pessoais foram coletados deve sempre ser respeitada, não podendo os dados ser utilizados para finalidade diversa sem o expresso consentimento do consumidor.

Portanto, a linha da legitimidade dá-se:

> [...] desde que se apresente ao consumidor claramente a finalidade da coleta e como esses dados serão processados. Ademais, é necessário que a empresa obtenha o consentimento expresso do consumidor, caso tenha interesse em compartilhar ou ceder tais dados a terceiros ou de utilizá-los com a finalidade de *marketing* direto. (MENDES, 2014, p. 100)

Entretanto, o maior risco surge quando não há esse "consentimento" e/ou há falta clareza na utilização e transmissão desses dados, e é nessa ocasião que ocorre o choque com o direito à privacidade do cidadão. Philip Agre (apud MENDES, 2014, p. 119) prevê:

> [...] a extrema falta de transparência da transferência de dados pessoais na sociedade enseja um caráter nebuloso. Os cidadãos sabem que há circulação de informações computadorizadas sobre eles, mas geralmente não conseguem reconstruir as conexões de causa e efeito.

No tocante aos perfis pessoais, o risco é mais evidente porque as redes sociais hoje fazem parte da rotina da grande maioria da população. Neles, o controle dá-se por meio da correção e atualização constante de informações (MENDES, 2014, p 112). A inadequação desses sistemas pode causar graves dados aos consumidores, especialmente à sua dignidade e personalidade.

Em síntese, o dado, depois de devidamente tratado, transforma-se em uma informação mais atrativa para todos os integrantes do mercado de consumo. Quando tratamos de dados sensíveis, o que o torna ofensivo é o contexto em que ele foi armazenado e transferido, ou seja, o que as pessoas que os receberam vão fazer com eles.

Reanalisando o tema, podemos observar que não é da tutela dos dados pessoais que estamos nos referindo, mas, sim, das pessoas às quais esses dados se referem. Não restam dúvidas que o instituto da proteção aos dados pessoais caminha conjuntamente com direitos essenciais (direito à privacidade), de modo que as informações são "entendidas como uma extensão da sua personalidade". (MENDES, 2014, p. 56).

Contraposto ao incentivo à transmissão de informações pela internet, está o direito à proteção dos bancos de dados com informações pessoais de consumidores, que está conexo com o direito à intimidade e à personalidade, devidamente tutelados pelo texto constitucional. Devido sua extensão e impacto na sociedade, a positivação da proteção dos dados pessoais fez-se necessária.

Mendes (2014, p. 202) diz que:

> [...] o reconhecimento de um direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais nada mais é que o reflexo, no âmbito infraconstitucional, do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada na sua dimensão da proteção de dados pessoais.

Até então, no Brasil, a tutela do tratamento de dados pessoais dos consumidores ficava a cargo da doutrina que fazia uma releitura das normas dispersas e das decisões judiciais sobre o tema, equilibrando a proteção dos dados pessoais e dos cadastros de consumidores.

A incerteza que um consumidor tem sobre o caminho percorrido e o futuro de seus dados pessoais após serem disponibilizados a terceiros gera, depois de tudo já dito, indiscutivelmente, uma insegurança jurídica, principalmente diante da ausência de norma especifica sobre o tema. Até então as soluções dos conflitos ficavam a cargo da doutrina, da jurisprudência e da interpretação extensiva de normas que, forçadamente, poderiam ser aplicadas à tutela de dados pessoais.

Assim, diante da necessidade de positivação do tema, em 14 de agosto de 2018, foi aprovada a Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais, nº 13.709. Seu principal objetivo, descrito em seu artigo 1º, é a proteção aos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no contexto de tratamento de dados pessoais.

Sobre a normatização da proteção de dados pessoais, Doneda (2006, p. 197) já previa: "[...] a proteção de dados pessoais requer um embasamento constitucional direto – assim, respaldada como direito fundamental, é possível a tutela da personalidade, mesmo numa área específica como a proteção de dados".

Por ser recente, e ainda estar em período de *vacatio legis,* pouco se disciplinou sobre a referida lei entre os doutrinadores, entretanto, ela trouxe como fundamento, em seu artigo 2º, todos os direitos fundamentais mencionados ao longo deste trabalho e já abraçados pela doutrina, quais sejam: a privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de informação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

No artigo 6º da lei, o legislador destaca a boa-fé como requisito para as atividades de tratamento de dados pessoais, além da importância de se observar: (i) a finalidade do tratamento dos dados; (ii) a adequação do tratamento; (iii) a necessidade; (iv) o livro acesso aos titulares dos dados; (v) a qualidade dos dados; (vi) a transparência sobre o tratamento; (vii) a segurança dos dados, limitando os acessos ilícitos; (viii) a prevenção de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; (ix) a não discriminação e, por fim; (x) a responsabilização e prestação de contas e o cumprimento das normas de proteção de dados pelo agente.

Podemos perceber que o legislador viu a necessidade de normatizar todos os conceitos que garantem a tutela do indivíduo, sua personalidade e seus dados pessoais, sempre nos limites da livre informação. Nesse sentido, o artigo 7º trouxe as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais será possível, e dentre essas, vale ressaltar: (i) mediante o consentimento expresso do titular; (ii) pela administração

pública quando necessários à execução de políticas públicas e (iii) por órgão de pesquisa, garantindo sempre a anonimização.

Em suma, a nova Lei de Proteção de Dados Pessoais aborda o assunto em detalhes, permitindo uma melhor análise sobre os casos concretos e, assim, uma solução mais eficaz, além de trazer medidas protetivas que evitam o tratamento discriminatório. É evidente também que a lei trouxe segurança jurídica ao garantir aos indivíduos a proteção legal dos seus dados pessoais, além de trazer punições para os controladores dos dados como forma de coibir essa prática ilegal.

3.3 O abuso dos fornecedores e o direito à privacidade

No tocante ao abuso dos fornecedores no compartilhamento de dados entre si, Mendes (2014, p. 97) afirma que a empresa, a partir dos dados comportamentais obtidos:

> [...] pode avaliar e classificar o consumidor em relação à sua frequência, à última vez que esteve na loja e ao seu valor monetário. [...] As consequências dessa classificação podem ser indesejáveis, tais como a possibilidade de exclusão do consumidor de menos capacidade financeira.

Para Mendes (2014, p. 114):

> Ademais, é fundamental que o titular tenha acesso a não apenas ao próprio "valor" ou "nota" que lhe foi atribuído, como também possa conhecer a lógica do *scoring* (Sistema de Avaliação), quais os dados envolvidos e quais os fatores que interferem de forma negativa ou positiva nesse valor.

Nesse sentido, diante de tudo já visto sobre o direito do consumidor e o abuso dos fornecedores, Mendes (2014, p. 203) visualiza duas dimensões do direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais: a primeira envolve a tutela do consumidor e dos seus dados pessoais contra os riscos que ameaçam sua

personalidade, e a segunda seria a garantia do consumidor de controlar o fluxo de seus dados.

As duas dimensões devem ser analisadas conjuntamente, uma vez que de nada adiantaria a legitimação de um direito à proteção dos dados pessoais se o ordenamento jurídico desconsiderasse a ideia do consumidor como próprio controlador de seus dados.

Faz-se necessária a tutela da personalidade para evitar danos decorrentes do tratamento de dados pessoais e, principalmente, da desigualdade de poderes e informações entre as partes (consumidor e fornecedor). Aqui, considera-se a vulnerabilidade do consumidor como obstáculo para que ele decida livremente sobre o curso de seus dados.

É o que vem abarcado pela nova Lei de Proteção de Dados Pessoais quando ela dispõe, em seu artigo 55-A, sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República que terá autonomia técnica e será responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da nova lei.

Entre as funções e competências da ANPD estabelecidas no decorrer da lei, estão: zelar pela proteção dos dados pessoais; estabelecer normas complementares e procedimentos para corroborar a proteção aos dados pessoais; deliberar sobre a interpretação da lei; solicitar relatórios de impacto à proteção de dados referentes a operações dos controlador; implementar mecanismos simplificados para o registro de reclamações; difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais; exigir boas práticas para os tratamentos de dados, inclusive do Poder Público; vedar o compartilhamento de dados pessoais

sensíveis em determinadas situações; estimular adoção de padrões técnicos que facilitem o controle dos dados por seus titulares; aplicar sanções administrativamente quem descumprir à legislação; elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade; dispor sobre padrões e técnicas de anonimização e verificar sua segurança; dispor sobre técnicas de publicidade das operações de tratamento; elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades, entre outras funções.

A criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) não isenta o indivíduo da necessidade de autocontrole sobre seus dados pessoais. Com o presente trabalho, é fácil observar a complexidade do tema, logo, a tutela de dados pessoais deve ser feita pela Autoridade Pública (ANPD) e pelo próprio indivíduo que terá seus dados compartilhados e tratados por terceiros.

A possibilidade de controle da divulgação dos próprios dados nada mais é do que "autodeterminação informativa". Engloba também o direito de se informar e ser informado sobre todas as informações armazenadas a seu respeito. Danilo Cesar Maganhoto Doneda (2001, apud BESSA, 2003, p. 98) defende que o direito à privacidade se tornou o "direito a controlar o uso que os outros fazem das informações que me digam respeito".

René Ariel Dotti (1980, apud BESSA, 2003, p. 98) entende que o respeito à privacidade vai além do não registro de dados íntimos e do controle desses dados, é também a possibilidade de corrigir informações confusas, inconvenientes ou até desatualizadas, visando sempre o bem-estar do indivíduo.

Mesmo que não expressa, a ideia de "autodeterminação informativa", existe no Brasil e ajuda na proteção, principalmente dos dados sensíveis, que são os que

merecem maior atenção, devido seu potencial discriminatório. O tratamento, a obtenção, a titularidade e, principalmente, a transmissão dos dados pessoais sensíveis precisam ser controlados (DONEDA, 2006. p. 162).

Ainda sobre a autodeterminação, só o indivíduo pode controlar "em que medidas as suas informações pessoais podem ou não ser coletadas, processadas e transferidas". Nesse sentido, seu consentimento deve ser requisito indispensável para o tratamento de seus dados, uma vez que devemos preservar sua privacidade e o desenvolvimento da sua personalidade (MENDES, 2014, p. 60).

Sobre esse "consentimento", a Diretiva Europeia 95/46/CE trouxe a definição do termo: "qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento". (LUXEMBURGO, 1995).

Não obstante, pensado como controle preventivo e posterior, esse "consentimento" precisa ser esclarecido, é o que faz Mendes (2014, p. 62) ao expor que "o consentimento não representa a ausência de interesse do indivíduo na tutela dos dados pessoais".

O consentimento pode, então, ser revogado, uma vez que a proteção de dados pessoais tem natureza de direito à personalidade. O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu, também conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation*- GDPR) expõe que para que o consentimento seja válido devem ser observados alguns requisitos:

> O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração

> escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. (BÉLGICA, 2016).

Importante ressaltar que o consentimento, ao atender a livre vontade do indivíduo, a finalidade específica e a devida informação ao titular dos dados, apenas autoriza o tratamento e/ou a circulação de dados pessoais. A doutrina é pacífica no sentido de que "quem consente não exprime propriamente a ausência de interesse na proteção (de seus dados pessoais), nem a ela renúncia [...]". (DONEDA, 2006, p. 378).

Para Mendes (2014, p. 119):

> A complexidade da questão reside também na necessidade de se equilibrar tanto a proteção adequada à privacidade, liberdade e igualdade do consumidor como também a livre-iniciativa das empresas e o desenvolvimento dos setores empresariais, que dependem, em uma sociedade com economia flexível, da informação como um dos principais insumos da produção.

Visando a proteção do consumidor, de sua privacidade, da sua personalidade e dos seus dados sensíveis, como já dito, outra maneira possível de desviar do instituto de proteção de dados pessoais seria desvincular a pessoa da informação. Lembrando que essa desvinculação só será eficaz quando afastar todas as características sensíveis desses dados e, para isso, seria preciso uma tutela mais dinâmica, na qual o foco são os dados em circulação e não o indivíduo.

Essa conduta é conhecida como anonimização dos dados pessoais, que seria a desvinculação das pessoas com aqueles dados. Mendes (2014, p. 57) entende que ao "adquirirem a característica de anônimos, os dados não estão mais sujeitos à disciplina de proteção de dados pessoais, se tiverem sido tratados de modo a impossibilitar toda e qualquer identificação pessoal".

Assim, quando devidamente anonimizados, não há mais que se falar de ligação com o indivíduo. Um exemplo comum dessa anonimização é a coleta de dados realizada pelo Estado, através do IBGE. Nos censos, são coletados dados pessoais, porém, são devidamente tratados para que não seja mais possível associá-los às pessoas individualmente.

A anonimização é um recurso eficaz em diversos momentos. Doneda (2006, p. 157) cita como exemplo a utilização do dado anônimo em informações sobre uma coletividade ou um grupo específico, em que a identificação pessoal não se faz necessária e nem relevante. O método é utilizado por algumas leis de proteção aos dados pessoais e considerando bastante eficiente.

Entretanto, em certas ocasiões, é impossível a desvinculação da pessoa com o dado. Aqui, faz-se necessária a consideração do instituto da autodeterminação informativa, onde o indivíduo titular do dado e/ou informação pessoal delimita o tratamento e a circulação destes.

Digitalmente é muito mais fácil copiar e colar dados, compartilhando-os entre pessoas, companhias, empresas e países independentemente de autorização do interessado. O desenvolvimento tecnológico desgovernado enfraqueceu o direito à privacidade e afastou a proteção de dados pessoais, nesse sentido, a autodeterminação informativa trouxe o direito do próprio interessado de controlar seus dados (DONEDA, 2000 apud MARTINS, 2017).

A ideia de autodeterminação surgiu na Alemanha, após um emblemático caso em que o censo foi considerado inconstitucional e suspenso pela Corte Constitucional por atacar o direito geral da personalidade. Doneda (2006, p. 195) cita trecho da sentença:

> [...] não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado "sem importância".

Um ponto curioso que a Corte Constitucional Alemã levanta é o impacto que a tecnologia avançada, utilizada pelo censo, causa à personalidade. Sem a informática essa discussão não seria necessária. Porém, a tecnológica possibilita uma memorização de informações pessoais ilimitada, que jamais será possível conhecer a fundo, e os titulares não têm controle sobre esse processo.

A sentença então traz o instituto da autodeterminação informativa como desfecho à essa situação. Hoje, o "direito dos indivíduos decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados" é aplicado na Alemanha e os novos censos vetam a transferência de dados pessoais entre autoridades; separam a coleta de dados para fins estatísticos das informações pessoais e garantem de forma clara aos cidadãos a finalidade da coleta e informam a obrigação de fornecê-las (DONEDA, 2006, p. 196).

Analisando o tema, o consentimento pode ser considerado instrumento da autodeterminação, e como já dito, a possibilidade de revogação desse consentimento só reafirma o poder da pessoa sobre seus dados pessoais, que é o próprio sentido da autodeterminação. Ou seja, o consentimento, ou não, é medida protetiva e a possibilidade de revogação seria o meio pelo qual o indivíduo exerce o controle posterior, caso entenda que o tratamento ou compartilhamento de seus dados não é benéfico.

Há quem entenda que a autodeterminação é fundamental e, consequentemente, subespécie dos direitos à personalidade. Por todo exposto, a ligação entre o instituto da autodeterminação informativa e os direitos à personalidade, principalmente à privacidade, não permite negar a necessidade de tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Imaginar uma situação em que fornecemos dados pessoais em razão de uma relação de consumo não é difícil. A prática do consumismo faz parte da vida de todos indivíduos e para efetivar suas compras os consumidores preenchem cadastros com suas informações pessoais. Exatamente por ser uma situação corriqueira no mercado de consumo, o consumidor não se opõe a fornecer estes dados e nem se questiona sobre a licitude deste ato dos lojistas.

A coleta de dados pessoais dos consumidores sempre existiu entre os empresários, mas eram em proporções ínfimas e o impacto, muitas vezes, não era sentido pelo titular dos dados. Hoje, em razão da informática, essa sensação de vigilância amedronta os mais vulneráveis.

O advento da informática e de todas as tecnologias que facilitaram a propagação de informações no mundo digital foram fatores determinantes para a expansão do compartilhamento e tratamento de dados pessoais dos consumidores.

A informação tornou-se uma ferramenta essencial para alcançar o topo do mercado de consumo. Ela tornou-se sinônimo de poder para os empresários, e obter dados pessoais de seus potenciais consumidores ajuda a controlar a relação consumerista e direcionar suas vendas, induzindo consumidores e potencializando seu lucro.

Assim, a ideia de "coisificação" do consumidor não é nova mas se intensificou nesse cenário de desenvolvimento tecnológico. A informática facilita e acelera o compartilhamento e o tratamento de informações pessoais dos consumidores, de modo que estes são reduzidos a coisas e seus dados são distribuídos, entre empresários, em mercados de dados, como se fossem objetos.

A problemática cresce quando percebemos que este mercado paralelo dados pessoais acontece sem o conhecimento e a permissão dos titulares destes, no caso, os consumidores. Por esse motivo entende-se que os fornecedores utilizam-se da vulnerabilidade dos consumidores para praticar condutas abusivas como esta.

Por tudo dito, tornou-se mais fácil exercer este poder abusivo sobre os consumidores e viu-se a necessidade de normas que amparassem os consumidores, seus dados e informações pessoais. No caso, os direitos fundamentais da personalidade, quais sejam, a privacidade e a intimidade, são preponderantes por fazerem parte, em última análise, do direito à dignidade da pessoa humana.

Mas a tutela constitucional não foi suficiente, a criação de uma lei específica sobre a proteção de dados pessoais se fez necessária. Países da Europa são exemplos, ao regulamentarem o tema a insegurança que se tinha sobre a proteção de dados pessoais diminuiu.

As ideias de autocontrole sobre os dados e anonimização de informações estão amparadas na Lei Brasileira nº 13.709/2008 de Proteção de Dados Pessoais, somada à atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que terá competência para fiscalizar e controlar a circulação de dados sensíveis (que causam constrangimento), formará um sistema eficaz para coibir práticas abusivas que constrangem àqueles que têm seus dados expostos.

O advento da nova lei não é de conhecimento amplo. Nesse sentido, vale ressaltar que também é competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), descrita no artigo 55-J, inciso IX, da Lei 13.709/2018, "difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança".

Por fim, apesar de ilícito, o compartilhamento de dados pessoais existe, é realizado e pouco se conhece sobre seus métodos. Diante do abuso dos fornecedores, os consumidores tem sua privacidade invadida e raramente são alertados dos riscos que correm ao disponibilizar dados dessa natureza. Assim, acredita-se que a nova lei abrirá espaço para que o assunto seja amplamente discutido e assim, que a proteção dos dados pessoais seja efetiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo; A transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Eduardo C. Direitos do Consumidor e Direitos da Personalidade: limites, intersecções, relações. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, nº 143, p. 63-70, jul/set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/504/r143-07.PDF> Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de* 1988. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.* Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas, ONU. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> Acesso em: 30 mar. 2019.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade a proteção de dados pessoais.* São Paulo: Renovar, 2006.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O Direito ao Esquecimento na internet e a Proteção dos Consumidores. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.* Curitiba, v. 7, n. 25, p. 61-99, mar. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. Livro Eletrônico. São Paulo, Saraiva, 2017.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor; Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995*, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Luxemburgo, 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> Acesso em: 30 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> Acesso em 30 mar. 2019.

.

COMPARTILHAMENTO ILÍCITO DE DADOS PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O DIREITO À PRIVACIDADE E O ABUSO DOS FORNECEDORES

Natasha Souza Leão

INTRODUÇÃO

Este trabalho oferece a proposta de alinhar o texto de convenções em uma única base com a finalidade de servir de parâmetro às discussões - no que concerne à aplicação dos montantes considerados e conferidos às indenizações atribuídas às vítimas de eventos danosos por parte dos transportadores - haja vista que a legislação interna os tem como prestadores de serviço, portanto, conferindo-lhes responsabilidade objetiva pelos possíveis prejuízos que vierem a causar.

Para tal, em virtude do desejo de encontro de satisfação por parte de quem vem a ser satisfeito, pretende-se a avaliação e a verificação de correções aos limites dos montantes indenizatórios determinados pela Convenção de Montreal de 1999 - por meio do decreto de número 5.910, de 27 setembro de 2006[1] - promulgada com a previsão de revisão de valores, para que se tornem mais atrativos, com a finalidade de ressarcimento ou reparação da parte atingida pelo evento danoso, condizentes com os que deveriam ser praticados na atualidade.

[1] BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

Inicialmente, a presente monografia parte da avaliação de que se deva levar em consideração elementos de responsabilidade civil, seja ela enquadrada como objetiva ou subjetiva. Dentro da responsabilidade objetiva, a atenção para a análise da teoria de risco - ou do chamado risco de voar - própria daquele que a assume como tarefa, fazendo do voo também sua respectiva atividade profissional e, dessa forma, respondendo pela causa e, consequentemente, pelos efeitos que sua realização possa produzir.

Diante do exposto, o que se pretende é o enfrentamento de que, há décadas, os instrumentos de conferência de direitos - no tocante às convenções de Direito Aeronáutico - necessitam de serem revistos e atualizados, para que venham ao encontro dos anseios de todos os envolvidos, de forma a permitir que não venham a ser reapreciados somente dentro do contexto de uma fatalidade. A proposta de revisão, consoante ao artigo 24 do referido decreto, necessita atender a sua proposta original, de maneira a corresponder positivamente às satisfações, o que não coaduna com constrangimentos.

1 QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO PARTE DAS CONVENÇÕES QUE VERSAM A RESPEITO DO TRANSPORTE DE PESSOAS E BAGAGENS

Não dá para abordar a questão de quantias a serem oferecidas a título de indenização sem estabelecer um elo entre elas e a obrigação que cabe ao transgressor quanto ao o dever de conferi-las a quem de direito.

A responsabilidade é a definição para quem tem a obrigação de assumir para si os atos que praticou de modo a responder pelas próprias consequências, por aquilo

que veio a atrair a partir de uma conduta, que pode ser danosa ou não, perante outrem.

Quando avaliada, a responsabilidade civil tem como foco o dever de indenizar e, de acordo com que pontua Pereira[2], a noção de reparação tem muito mais amplitude que a contida no conceito de ilicitude, o que deve ser compreendido por atos ilícitos: se a noção abrangida em indenizar cria a obrigação do ressarcimento há, entretanto, casos de reparação em que não se considera a ilicitude da conduta de quem a pratica.

A responsabilidade civil, portanto, carrega elo com uma contraprestação: tem vínculo com direito de obrigação. Segundo Souza, há o dever de indenizar caso haja a quebra de algo que não deve - ou não deveria - ser violado[3]. Mediante a ofensa a um direito há a imposição do dever de oferecer a devida reparação.

Dessa maneira, com a prova da culpa por parte do agente, eis a afirmativa de quem passa a ter o dever de reparar e é basicamente nisso que se funda a teoria da responsabilidade objetiva.

Uma corrente, tida como "objetivista", teve o propósito de descaracterizar o elo entre a obrigação de ressarcir e todo significado de transgressão. Foi na França que a responsabilidade objetiva fundada na doutrina de risco encontrou campo para

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. São Paulo: Forense, 2015. v. 3. 517 p.

[3] SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Teoria geral das obrigações e dos contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

desenvolvimento de sua doutrina pelo trabalho de Raymond Salleiles e Étienne Louis Josserand entre o final do século XIX e início do século XX[4].

De acordo com as observações de Wilson Mello da Silva, o trabalho de Seleilles[5], no tocante ao que tange às teses subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, pode ser verificado não por uma linha verticalizada, mas por uma curvatura, levando - se em conta que o referido estudioso francês teria dado início à construção de doutrina própria e de maneira tímida.

Seleilles[6], consagrou-se quando se insurgiu contra a culpa, ao firmar a reparação no conceito material daquilo que seria um evento danoso. Ele admitia que ambas as teses conviviam em harmonia para, em seguida, balizar a valorização em sua totalidade na responsabilidade subjetiva pela objetiva e, depois, finalmente, afirmar que ambas tinham seu devido lugar dentro da ordem jurídica.

Por fim, a questão foi resolvida por Étienne Louis Josserand, por meio de aresto, no dia 13 de fevereiro de 1930, que lançou – de maneira fervorosa – argumentos em prol da teoria do risco, consagrando tese no que dispunha o § 1° do artigo 1384, do Código Civil francês, o qual abordava a hipótese de responsabilidade com regência pela teoria do risco.

Quanto à teoria de risco – ou o chamado risco de voar – não carece de muita compreensão de que tem natureza tomada por objetiva, uma vez que o agente

[4] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição Comemorativa - 25 anos. Brasília, abril de 2014. p. 25.

[5] SELEILLES, Raymond. Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile. Paris: A. Rousseau, 1897. p. 21 - 22 *apud*. SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. São Paulo, Saraiva, 1974. p. 49 – 52.

[6] *Ibidem*, p. 50.

assume os riscos que empreende da atividade praticada, seja por profissionalismo ou não, ao criar chances de perigo para si e para terceiros.

De acordo com essa teoria, o agente que por meio de sua atividade produz riscos de danos a terceiros tem o dever de repará-los mesmo que tal prática seja isenta quanto a culpa: diante da situação avaliada - proporcionada à vítima - se a relação de causa e efeito for diretamente ofensiva, aquele que a produziu tem o dever de indenizar.

1.1 A Convenção de Varsóvia de 1929

A Conversão de Varsóvia foi promulgada pelo governo brasileiro por meio do decreto de número 20.704, de 24 novembro de 1931[7], - dentro de um regime tido como Estado Novo - convenção que foi ratificada, naquela época, por 13 Nações e aderida por outras 61, surgindo dos trabalhos concluídos da Primeira Conferência Internacional de Direito Aéreo Privado, ocorrida em Paris, em 1925.

Após três anos, em 1933, a Convenção de Roma, atualizada em 1952,[8] veio determinar o regramento para o sequestro preventivo de aeronaves - contendo apenas 15 artigos - convenção que também foi promulgada pela República Federativa do Brasil - por haver, naquela ocasião, problemas de ordem generalizada dentro dos direitos tidos como comerciais, o que implicava na necessidade de

[7] BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

[8] BRASIL. Decreto n. 52.019, de 20 de maio de 1963. Promulga a Convenção sobre os danos causados a terceiros, na superfície, por aeronaves estrangeiras, firmada em Roma, a 7 de outubro de 1952. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52019-20-maio-1963-391861-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 22 jan. 2019.

celebração de acordos para poder chegar ao território de outro Estado ou até mesmo para poder sobrevoá-lo.

A Convenção de Varsóvia, de 1929, que estabeleceu a origem de toda a regulação de responsabilidade em relação ao transporte de pessoas e bagagens - por determinar a normatização unificada ao fixar cada valor indenizatório para cada tipo de evento danoso - tendo reconhecimento por parte de outros Estados - recebeu a chancela de 32 países – encontrou – se fragmentada quando da denúncia apresentada pelos Estados Unidos da América, em 15 de dezembro de 1965, também por apresentar montantes – para a restituição e reparação – que não satisfaziam mais a transportadores e transportados[9].

1.2 A Convenção de Varsóvia e os valores dispostos para aplicação às reparações

O problema da Convenção de Varsóvia de 1929 era que, além de ter valor global no tocante às reparações estimado baixo – ainda confere – se a quantia de 125.000 francos franceses[10] em caso de falecimento do transportado -, as companhias aéreas, por "absoluta e espontânea pressão", não gostaram de ficar com a conta daquilo que tinham como prejuízo, ao levarem em consideração que a referida tem como base a responsabilidade civil subjetiva, o que significa que a culpa de quem assume o ônus por transportar tem de ser provada.

De acordo com a teoria subjetiva pela transgressão é necessária a realização de prova dentro do evento culposo - contra o agente - que venha ocasionar dano a si ou para um terceiro envolvido para, então, pensar – se em responsabilizar aquele que

[9] BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. *Op.cit.*
[10] Ibidem.

causou o prejuízo quanto ao dever de reparar. Esse tipo de responsabilidade depende da conduta de quem contratou a prestação de serviço.

Apesar dos limites monetários fixados dentro das disposições do chamado sistema da Convenção de Varsóvia terem de ser respeitados por todos os Estados signatários, a própria convenção não limita ao que reserva em si: ela carrega previsão de excedente de valores, conforme pode ser verificado na redação do artigo 22, inciso I, do Decreto de nº. 20.704 de 1931[11], quando também observa a realização de acordo especial entre os contratantes, neste caso, o transportador e o passageiro.

Outro problema surgido pela aplicação da Convenção de Varsóvia, de 1929, é que apesar de dispor, de alguma maneira, de elementos de segurança para o passageiro contratante do serviço - que poderia conferir os valores de reparação para cada evento tido como danoso no próprio dispositivo de lei – é que a referida dedicava principal atenção à defesa de quem tinha o tíquete para dar, neste caso, as empresas transportadoras.

Em contrapartida, a identificação do que poderia ser um evento danoso e quanto a empresa de transporte aéreo deveria conferir - a título indenizatório - ao transportado trouxe celeridade quanto à realização de pagamentos, de modo a evitar ações judiciais no sentido de conferência de direitos, pois ficaram descritos, como também questionamento em relação a valores, pois também encontravam – se explícitos, garantindo, assim, a aplicabilidade do sistema convencionado.

O chamado sistema da Convenção de Varsóvia trouxe, como fundamento, a uniformidade quanto às regras a serem conhecidas pelos prestadores do serviço

[11] BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 19 fev. 2019, Art. 22.

contratado e impôs limites aos montantes de indenização. Porém, até o presente momento, este trabalho apresenta redação com verbos no pretérito, pois o contexto para a aplicação das disposições contidas, pelo convencionado na Polônia, em 1929, está distante do conferido à atualidade.

Por outro lado, o acordado em 1929 tem sua devida importância: em um mesmo artigo, ele aponta o que pode ser descrito como dano e acaba por definir quem ou o que o causou. A conferência de elementos ensejadores de reparação, logicamente, carece de mais explicações, porém, para um texto escrito em 1929, em muito acrescenta saber que o transportador - como agente - responde pelo dano ocasionado pela morte, ferimento ou qualquer outra lesão corpórea causada ao passageiro.[12]

É claro que para ser passageira a pessoa necessita estar em um meio de transporte, neste caso o avião, ela tem que estar a bordo de uma aeronave ou no curso de quaisquer operações de embarque ou desembarque. É evidente diferenciar o incidente do acidente aéreo, e, para isso, primeiramente, a Convenção de Varsóvia de 1929 teria de trazer a definição daquilo que seria – ou seja – o avião.

O incidente aéreo ocorre quando a pessoa sofre por algum tipo de fato, que pode ser lesivo ou não, em decorrência da atividade que ela desempenha. Neste caso, o incidente aéreo pode ser exemplificado por uma pessoa que vá prestar serviços de limpeza em uma aeronave e dela caia. A aeronave tem de estar parada, com motores desligados, estacionada e o ocorrido não pode ter relação com a atividade de transportar: acontece pelo meio e não tem relação direta com a finalidade.

[12] BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 19 fev. 2019. Art. 17.

O acidente aéreo, ao contrário, só ocorre em decorrência da atividade. Ele só teve esse fim, essa característica, porque decorreu de algum evento relacionado à realidade de transportar: do fato de o aparelho estar em movimento e estar sendo utilizado para esse fim.

Neste caso, talvez, poderia ser exigir muito, haja vista que tal explicação - daquilo que define – se como uma aeronave - somente se fez presente após a publicação do anexo sétimo[13] da Convenção de Chicago, de 1944, - também promulgada pela República Federativa do Brasil - que versa a respeito da segurança de voo[14]. Em outros casos, como no da Convenção de Roma, de 1952[15], a definição do que seria uma aeronave tem - ou teria - de ser deixada ao poder discricionário do magistrado.

Quanto aos valores praticados dentro da Convenção de Varsóvia também cabem os destaques trazidos pelos artigos, além do 22 - citado anteriormente -, o 22, número 2, com a limitação de 250 francos franceses por quilograma de mercadoria ou bagagem despachada, o artigo 22, número 3, quando o transportado tenha a guarda dos objetos também transportados, fato que contém a limitação em até 5 mil francos franceses, não dispondo a presente a respeito de eventual dano moral que qualquer uma das eventualidades configuradoras de dano material vierem a acarretar.

[13] B.O.M. 1ª série, número 52, 6º suplemento. 4587 p.

[14] BRASIL. Decreto n. 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm. Acesso em: 22 fev. 2019.

[15] BAGANHA, José Tomás. Responsabilidade civil perante terceiros à superfície no transporte aéreo internacional. Administração de Macau, China, v. 10, n. 36, jul. 1997. 429 p.

A Convenção de Varsóvia também aborda outro problema que não entra dentro do rol do chamado "mero dissabor cotidiano": o transportador também fica responsável por arcar com o dano proveniente do atraso da realização do transporte aéreo de pessoas e de seus referidos conhecimentos[16]. Porém, não há a conferência – dentro do texto de norma recepcionada – de valor limite destinado para o tipo de transtorno. O dano moral - em decorrência do evento danoso - pode ser considerado em forma implícita.

2 LEGISLAÇÃO INTERNA

Quanto à aplicação da legislação interna ainda valem as disposições do que reza o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer)[17], que contém "pitadas" das redações presentes nas Convenções de Varsóvia, Chicago, Haia, Roma, uma parte do que confere a Convenção de Montreal, de 1971, e outra "pitada" brasileira quanto à disposição de valores para cada modalidade de evento danoso, no capítulo destinado às responsabilidades pelo ônus de transportar.

O texto do CBAer de 1986 veio para preencher certas lacunas deixadas pelos decretos anteriores, alguns apresentados dentro de um regime autoritário - a exemplo do decreto – lei de número 32, de 18 de novembro de 1966[18], que estabeleceu o Código Brasileiro do Ar (CBA), o de 1967 - e veio atualizar o valor

[16] BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Artigo 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

[17] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[18] BRASIL. Decreto n. 32, de 18 de novembro de 1966. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0032.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

global dentro do que dispunha o decreto – lei de número 483, de 6 de junho de 1938[19], de modo a corrigir e atualizar os montantes devidos a título indenizatório.

Porém, a missão de corrigir e conferir montantes satisfatórios para quem tivesse de ser devidamente indenizado - de maneira eficiente - durou pouco: até o último ano da década de 1980. Apesar de pontos positivos - o CBAer de 1986, em seu artigo 106, traz a definição do que seria um avião, no artigo 107, a classificação dos tipos de aeronaves -, a redação apresenta, também, contradição quanto à questão de responsabilidade do transportador e a relação de seguro.

Além da redação do CBAer de 1986[20] prever a conferência de montantes a quem de direito em índice extinto, assim como dispõe a Convenção de Varsóvia de 1929, há a previsão de nulidade para a cláusula que contiver a exoneração de responsabilidade do transportador ou estabelecer redução aos limites impostos dentro do capítulo destinado à matéria[21] para, em seguida, na parte das garantias, trazer a informação de que "o recebimento do seguro exime o transportador da responsabilidade".[22]

A Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) é um título da dívida pública que foi emitido no Brasil entre 1986 e 1989. Substituiu a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN). A OTN foi instituída durante a vigência do Plano Cruzado e teve o seu valor congelado durante 12 meses. A previsão de extinção da

[19] BRASIL. Decreto n. 483, de 6 de junho de 1938. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-483-8-junho-1938-350803-publicacaooriginal-1-pe.html. Art. 91. Acesso em: 26 jan. 2019.

[20] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Op.cit*.

[21] *Ibidem*, Art. 257.

[22] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Art. 281. Acesso em: 15 jan. 2019.

Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) está contida dentro do texto da lei de número 7.730, de 31 de janeiro de 1989, no artigo 15, II.[23]

Os artigos que tratam a respeito dos valores destinados à reparação em Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs), dentro do CBAer, são o 257; 260; 262; 269; 269, I e 269, II. O artigo 257[24] versa a respeito do valor global, em relação a cada passageiro e tripulante, limitando a responsabilidade por morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) e dispõe a respeito do atraso do transporte aéreo prevendo a restituição de 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) na data da ocorrência do fato.

Dentro da responsabilidade por danos à bagagem, no artigo 260 do CBAer[25], há a limitação de responsabilidade do transportador por dano, consequente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada e – ou - também conservada em mãos de passageiro - por óbvio - ocorrida durante os atos de prestação de serviços dentro do contrato de transporte aéreo, limitando a ocorrência ao valor de 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) - na data do pagamento - em relação a cada um dos transportados.

Novamente, encontrando previsão na Seção V, em relação à responsabilidade por danos à carga dentro do que reza o artigo 262[26], também do CBAer, no caso de atraso, perda, destruição ou avaria à carga ocorrida durante os atos de prestação de

[23] BRASIL. Decreto n. 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7730.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[24] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Op.cit*. Art. 257.

[25] *Ibidem*, Art. 260.

[26] *Ibidem*, Art. 262.

serviços dentro do contrato de transporte aéreo, de maneira a limitar o valor correspondente à responsabilidade do transportador em 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs), por quilo, salvo se o (a) passageiro (a) apresentar declaração especial de valor feita pelo expedidor.

E por último, dentro do Capítulo III – como destaque da responsabilidade para com terceiros na superfície, fazendo as limitações – observa - se uma "pitada" da Convenção de Roma, de 1952, – diante da variação dos valores por Peso Máximo Autorizado à Decolagem (PMAD) em 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs) e de acordo com o artigo 269, I,[27] para aeronaves com o peso máximo de 1000kg (mil quilogramas) e, em conformidade com o artigo 269, II, do CBAer [28], com a disposição de acréscimo de um décimo do valor de cada Obrigação do Tesouro Nacional (OTN) por quilograma que exceder a 1000 (mil).

Diante das observações feitas, dois parlamentares, um no início da década de 1990 e outro - em meados da referida - tiveram iniciativa com a finalidade de correção das disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica, de 1986, para que o texto viesse a contemplar - de modo a atender as necessidades internas - a devida correção para os montantes descritos, dentro do CBAer, pondo também em questionamento a unidade monetária contida dentro da Convenção de Roma de 1952.

Nos primeiros anos da década de 1990 - durante o governo Itamar Franco - o senhor deputado Fabio Feldmann (PSDB – SP) atento ao que dispunha a conversão,

[27] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Art. 269, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[28] *Ibidem*, Art. 269, II.

em território nacional, dos valores descritos na Convenção de Roma - atribuídos às vítimas de acidente aeronáutico e por danos causados a terceiros na superfície - apresentou o Projeto de Lei 4.093, de 10 de agosto de 1993[29], colocando em xeque a utilização do franco - ouro Poincaré "pela utilização de outra lógica que pudesse descrever os cálculos de acordo com a compreensão da matéria em território nacional."

O deputado também considerou que, de alguma maneira, a "troca" do franco francês, descrito na Convenção de Varsóvia, de 1929, pelo franco - ouro Poincaré, consistia em "deturpação" ao Sistema de Varsóvia, quando tentou fixar bases para a conversão em moeda nacional dos valores estipulados para limite de responsabilidade do transportador, o que pode ser compreendido também pela análise do decreto de número 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, que trouxe a previsão de que 15 francos – ouro Poincaré equivalem a 1 Direito Especial de Saque (DES) para as convenções que o adotam dentro do território brasileiro.

De acordo com o decreto de número 97.505, de 13 de fevereiro de 1989[30], o franco francês utilizado pela Convenção de Varsóvia, de 1929, e pelo Protocolo de Haia, de 1955, passaria a ser conferido, assim como na Convenção de Roma, de 1933 e de 1952, em ouro – franco Poincaré, onde caberia também a leitura de cada 15 francos para o valor correspondente a uma (1) unidade monetária encontrada dentro da Convenção de Montreal de 1999: o Direito Especial de Saque (DES).

[29] BRASIL. Projeto de Lei n. 4.093, de 10 de agosto de 1993. Dispõe sobre a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros, urbanos e suburbano, da União para os Estados e Municípios, e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8693-3-agosto-1993-376934-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 13 fev. 2019.

[30] BRASIL. Decreto n. 97.505, de 13 de fevereiro de 1989. Estabelece normas e critérios para a conversão do franco-ouro Poincaré. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1989/decreto-97505-13-fevereiro-1989-448248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jan. 2019.

2.1 Legislação interna: iniciativas

Em razão do PL do deputado federal Fábio Feldmann (PSDB – SP), de maneira a descomplicar a vida de vulneráveis e atento as questões práticas dentro das relações de consumo, o também deputado, senhor Celso Russomanno, à época filiado ao PSDB de São Paulo, decidiu por tomar outra iniciativa tendo a primeira como base: o Projeto de Lei 1.349, de 7 de dezembro de 1995.[31]

Essa iniciativa tinha por finalidade alterar os valores correspondentes, dentro dos artigos que dispunham a respeito de valores praticados quanto a responsabilidade civil, integrantes do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) de 1986, fazendo importantes considerações.

O parlamentar paulistano propôs a alteração de alguns artigos da lei de número 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para que, com a sanção, o CBAer contasse com nova redação, de modo que os valores dentro do capítulo destinado à responsabilidade civil e atribuído à responsabilidade para com terceiros na superfície, além do destinado às garantias, fossem convertidos em salários mínimos em vigência na data de pagamento de indenização por conta de eventos danosos.

O argumento utilizado pelo deputado, em 7 de dezembro de 1995, era de que, além de outros aspectos elencados dentro do CBAer, ainda em consonância com o que versa o artigo 281 do referido – tendo a indispensabilidade da obrigação de contratação de seguro para fazer frente ao pagamento de indenizações – havia

[31] BRASIL. Projeto de Lei n. 1.349, de 7 de dezembro de 1995. Altera dispositivos da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=652A0AC8D9305B96E7AF E2313E5318D9.node2?codteor=1137772&filename=Avulso+-PL+1349/1995. Acesso em: 14 fev. 2019.

também a necessidade de alteração do instrumento de conversão que, no código em vigor, não encontrava mais vigência, índice - em dezembro de 1995 - ultrapassado há mais de meia década.

Há 32 anos, o CBAer, de 1986, ainda mantem a incorreção do índice de conversão, descrito em Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), e Russomanno reforçou que o instrumento - há algum em desuso - dificultaria o processo de pagamento – das possíveis indenizações a quem de direito – em vista da necessidade de atualização de valores tendo por intento findar as polêmicas levantadas em torno das unidades utilizadas para a conferência em moeda nacional para a correção - na época - avaliadas.

Da análise da iniciativa não restam dúvidas de que Celso Russomanno (PRB – SP), há 23 anos, também fazia alusão ao índice de correção monetária adotado pela Convenção de Roma, de 1952. O parlamentar, diante do exposto na Convenção de Varsóvia, de 1929, tendo a análise da restituição feita em razão da Convenção de Roma, de 1952, em franco – ouro Poincaré, e tendo conhecimento do que versa o decreto de número 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, preferiu servir – se de "atalho" de maneira inteligente.

O único problema é que a forma adotada não constitui fundamento em unidade monetária que tenha a mesma base contida na Convenção de Varsóvia, de 1929, no Protocolo de Haia, de 1955, na Convenção de Roma, de 1952, e muito menos dentro do acordado em Montreal: em todas elas, e no protocolo, o franco utilizado tem como referência uma unidade monetária constituída por 65 miligramas e meio de ouro de lei, com pureza de 900 miligramas de metal fino,

expressos em Direitos Especiais de Saque (DES) ou *Special Drawing Rights (SDR)*, como preferir.

Pela análise do referido Projeto de Lei também conclui – se que não foi observado que a conversão em salários mínimos - apesar do §2º, do artigo 257, do CBAer fazer referência à possibilidade de que a indenização possa ser fixada em instrumento apartado - torna – se impraticável, pois a conversão dos montantes indenizatórios em moedas nacionais é representada pelo valor do ouro na respectiva data de julgamento ou, a depender, na data em que forem rateadas as devidas reparações ou restituições.

3 A CONVENÇÃO DE MONTREAL

A Convenção de Varsóvia, por ter sido fragmentada pela denúncia dos Estados Unidos da América (EUA), em 15 de dezembro de 1965, diante de apelo público - haja vista o baixo valor atribuído à conferência das devidas reparações e questionamentos quanto ao regime de responsabilidade por ela utilizado – precisou de forma para encontrar complemento, o que está além da limitação de 125.000 francos franceses e de o teto ter sido considerado também pelo previsto dentro do Protocolo de Haia, de 1955.

Em 1929, o montante máximo conferido a quem de direito dentro da Convenção de Varsóvia era de 125.000 francos franceses, valor global considerado pelo previsto dentro do Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955, que passou a contar com o teto máximo destinado às indenizações expressos em francos – ouro Poincaré.

As empresas transportadoras necessitavam, além de segurança jurídica para desempenharem suas atividades em território norte – americano, de algo que

preenchesse a lacuna deixada pela "falta de inclusão", de forma a garantir, novamente, a proteção quanto ao valor máximo praticado à responsabilidade dentro dos EUA. Para tal, transportadoras e o governo estadunidense consideraram uma exceção dentro do valor global praticado, com a adesão ao Acordo de Montreal, em 4 de maio de 1966.

Por esse pacto, o Estado norte-americano e as companhias aéreas operantes no País acordaram o montante máximo para as indenizações a quem de direito em US$ 75.000,00 - setenta e cinco mil dólares - além de tornar objetiva a responsabilidade do transportador aéreo internacional por danos à integridade física de cada um dos passageiros. Neste caso, também de acordo com o determinado, o acordo teria somente aplicação quando as decolagens, escalas e aterrisagens tivessem os Estados Unidos da América (EUA) como destino.

Um pouco mais de um mês antes da iniciativa do senhor deputado Celso Russomanno (PRB – SP), em 31 de outubro de 1995, foi celebrado *o IIA Iata Intercarrier*[32] *Agreement*, que consistiu em outro acordo entre companhias aéreas com a finalidade de acertarem a limitação de responsabilidade por morte e, ou, lesão a passageiro, de acordo com o que determina o artigo 17 da Convenção de Varsóvia. Durante o encontro, sediado na capital da Malásia, convencionou – se que o teto, o valor global destinado às indenizações, seria o de 100.000 Direitos Especiais de Saque (DES).

[32] IATA. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=4m_paNfwjA0C&pg=PA22&lpg=PA22&dq=IIA+Iata+Intercarrier+Agreement,&source=bl&ots=TGUwdQIxId&sig=ACfU3U0k09ZjbWH29Qm4RrOD25GYwGzzZw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjOnfLY8Y7hAhUAIrkGHeqpAb8Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=IIA%20Iata%20Intercarrier%20Agreement%2C&f=false. Acesso em: 01 mar. 2019.

Diante do acordo realizado em 1966 e do *IIA - IATA Intercarrier Agreement on Passanger Liability*, de 1995[33], para cessar novamente a fragmentação do convencionado no Estado canadense - evitando a adesão a mais um protocolo de Montreal - assim como ocorreu ao chamado Sistema de Varsóvia, decidiu - se por inovar trazendo à realidade do transporte aéreo internacional um novo regime que não estivesse "preso" ao convencionado na Polônia no final da década de 1920.

O primeiro passo para reavaliar os valores praticados quanto ao regime de responsabilidade por danos à integridade física de passageiros foi dado durante a Conferência Internacional de Direito Aeronáutico, em 28 de maio de 1999, com a supervisão de trabalhos e com custos apurados pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI).[34] O resultado da conferência, também chamada de Convenção de Montreal, de 1999, em síntese, também surgiu da necessidade de acerto diante das inovações dentro do transporte aéreo mundial.

Além da determinação diante a limitação de valor global, para fazer frente às possíveis reparações, também ficou acordado que a responsabilidade do transportador é objetiva, de modo a afastar a culpa presumida, onde cabia ao referido a prova de que não contribuiu para o dano, em razão do artigo 20, ponto 1, da Convenção de Varsóvia, de 1929. Em sequência houve o debate a respeito da atribuição para julgamento das ações e a decisão tomada foi pelo acolhimento do domicílio do réu para a escolha de juízo competente.

---

[33] IATA. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=4m_paNfwjA0C&pg=PA22&lpg=PA22&dq=IIA+Iata+Intercarrier+Agreement,&source=bl&ots=TGUwdQIxId&sig=ACfU3U0k09ZjbWH29Qm4RrOD25GYwGzzZw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjOnfLY8Y7hAhUAIrkGHeqpAb8Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=IIA%20Iata%20Intercarrier%20Agreement%2C&f=false. Acesso em: 01 mar. 2019.

[34] ICAO. Disponível em: https://www.icao.int/pages/default.aspx. Acesso em: 26 fev. 2019.

Desse modo, a *International Air Transport Association* (IATA) e demais acertaram por não escolherem local onde o julgamento pudesse vir a ser mais adequado às expectativas do réu em uma possível ação.

3.1 A Convenção de Montreal de 1999 e os valores dispostos para aplicação às reparações

A Convenção de Montreal, de 1999, contém ação pontual no tocante à uniformização dos sistemas de responsabilidades em relação ao transportador aéreo considerando que, por ela, há a observação de encontro de equilíbrio entre as relações envolvendo empresas, passageiros e Países pactuantes. A constatação - neste sentido - provém da forma contida em sua apresentação, em que há a previsão de atualização das disposições contidas dentro do pactuado na Polônia, em 1929, como, também, fazendo parte do texto da referida.

O texto - acordado no Estado canadense - também inova quando diz que tem efetividade em Estados que forem partes, ou seja, que aderirem a convenção, de somente um Estado que seja e outro não, prevendo a possibilidade de escala em outro que também não venha a ser signatário dela, o que é um grande passo - e um convite – à sua adesão. A Convenção de Montreal surgiu de ações concentradas visando consenso entre compreensões dentro de uma variedade de sistemas jurisdicionais: diversas propostas foram apresentadas tendo em vista seu aperfeiçoamento.

A Convenção de Montreal, de 1999, trouxe em seu texto a manutenção de 100.000 Direitos Especiais de Saque (DES), como valor global, para o caso de morte ou lesão corporal de passageiros e, ou, tripulantes passando também a contar com a responsabilidade objetiva, de forma agravada, para aquele que assumiu o ônus da

atividade de transportar. É por conta da Convenção de Montreal que a alteração do regime de responsabilidade do transportador em tudo encontra similitude com as disposições do *IIA IATA Intercarrier Agreement, de 1995.*[35]

A responsabilidade objetiva é classificada como agravada quando revestida de elemento diferenciado. Em síntese é possível afastá-la, de forma ordinária, com a prova de ocorrência de evento alheio - de força maior -, evento de natureza fortuita e, ou, em decorrência de culpa de terceiro, não ocorrendo, para o caso, onde o agente só deixa de cumprir a prestação se houver culpa exclusiva da vítima.[36]

Uma das propostas que merece o devido destaque contém a "nota de fundo" da Convenção de Roma, de 1952, e foi oferecida por Países africanos, que reforçava entendimento de que a limitação do valor global deveria ser a de 500.000 Direitos Especiais de Saque (DES) para que o valor constasse diretamente - sem conversões paralelas - tendo conhecimento de que as moedas que compõem o DES - ou SDR - são o dólar americano, em 44%, o euro, com 34%, o iene, com cerca de 11% e a libra esterlina, também com aproximadamente 11%.

Os Estados africanos pretendiam, com a proposta, abraçar aqueles que sofrem por danos ao maior bem que possam ter, ou seja, pela lesão e perda das próprias vidas, diante de acertos ao texto e de forma viável, pois o fato de escolherem um valor adequado que encontrasse acento em duas convenções alcançaria as possíveis

[35] IATA. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=4m_paNfwjA0C&pg=PA22&lpg=PA22&dq=IIA+Iata+Intercarrier+Agreement,&source=bl&ots=TGUwdQIxId&sig=ACfU3U0k09ZjbWH29Qm4RrOD25GYwGzzZw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjOnfLY8Y7hAhUAIrkGHeqpAb8Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=IIA%20Iata%20Intercarrier%20Agreement%2C&f=false. Acesso em: 01 mar. 2019.

[36] SOUZA, Andrea Mazzaro de; MATALON, Paula Mazzaro de Souza. Responsabilidade civil objetiva: das excludentes de nexo de causalidade e a teoria do risco integral. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3264, 8 jun. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21951. Acesso em: 01 mar. 2019.

vítimas em quaisquer situações - temas encontradas nelas: sendo passageiro ou não, os representantes africanos tiveram a preocupação de valorar a vida de todos os seres humanos que pudessem estar envolvidos em um possível evento danoso.

A proposta, formulada de forma inteligente, garantiria a conferência dos valores de forma justa e igualitária, seja pelo passageiro ainda estar a bordo de uma aeronave ou pelo acidente ter ocorrido em decorrência da atividade do transporte aéreo de pessoas e de suas bagagens: uma aeronave estrangeira pode atingir a qualquer um do povo em outro Estado - que esteja na superfície - pode atingir a propriedade deste cidadão o afetando, uma coisa ou pessoa pode vir a cair dela durante sua evolução e o atingido também pode nunca ter entrado em um avião.

O oferecido pelos Países do continente africano - dentro da Convenção para Unificação de Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional - seria um presente em essência para verificação e conferência de novos valores para o mesmo capítulo destinado - dentro do CBAer - considerando a reformulação da redação do texto de 1986, de forma a substituir o antigo índice utilizado, índice de conversão descrito em Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), por outro correspondente – atualizado - expresso em Direitos Especiais de Saque (DES), a ser convertido em moeda nacional.

A sabedoria do texto apresentado não traria somente complemento, dentro do acordado pela República Federativa do Brasil, ao que versa o CBAer e a própria Convenção de Montreal, como seria uma oferta de acerto indo de encontro com o que foi promulgado no último ano da década de 1980, dentro do governo de José Sarney (MDB - AP), por meio do decreto 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, para o qual não há revogação expressa, como espécie de "atalho" para que certos valores

não viessem a sofrer por reduções presentes no anexo do referido, evitando, assim, discriminações e, consequentemente, nulidades.

Na redação do decreto consta que os valores em franco francês e em franco - ouro Poincaré estabelecidos na Convenção de Varsóvia, de 1929, e no Protocolo de Haia, de 1955, respectivamente, ficariam convertidos em Direitos Especiais de Saque (DES), do Fundo Monetário Internacional (FMI), de acordo com uma tabela, nela, apresentada. Ela ainda reforça que critério idêntico seria conferido às convenções de Direito Aeronáutico que adotassem o franco - ouro como unidade monetária e reserva para si uma contradição que aparece no quarto ponto do anexo ao disposto.[37]

O problema é que no inciso de número quatro, destacado pelo anexo do decreto de número 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, há claramente a descrição de que, com efeito, nas demais convenções de Direito Aeronáutico adotantes do franco - ouro como unidade monetária - que não sejam a Convenção de Varsóvia e o Protocolo de Haia - terão a conversão realizada na base de 15 (quinze) francos para um (1) Direito Especial de Saque (DES). A conversão de valores proposta quer dizer que os francos descritos, por exemplo, na Convenção de Roma, de 1952, teriam de ter valores expressos reduzidos.[38]

Um (1) franco na Convenção de Varsóvia equivale a uma (1) unidade de Direito Especial de Saque (DES). 500.000 francos - ouro Poincaré, valor global da Convenção de Roma, de 1933 e 1952, - tendo a aplicação do que prevê o referido decreto - equivaleriam 33.333 Direitos Especiais de Saque (DES), ou seja, ⅓ do valor

[37] BRASIL. Decreto n. 97.505, de 13 de fevereiro de 1989. Estabelece normas e critérios para a conversão do franco-ouro Poincaré. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1989/decreto-97505-13-fevereiro-1989-448248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jan. 2019.

[38] BAGANHA, José Tomás. Responsabilidade civil perante terceiros à superfície no transporte aéreo internacional. Administração, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 427-445, jul. 1997.

pago para as vítimas que estão protegidas pelo convencionado por Montreal. O decreto apresenta a distorção da distorção, pois, entre outros motivos, as moedas que compõem o Direito Especial de Saque (DES) têm cotações que variam no valor de ⅓ a 1/5 entre elas.

Ao deixar implícito que há a distinção entre a vítima descrita no artigo 17, da Convenção de Montreal, de 1999[39], e a vítima descrita no artigo 11, número 2, da Convenção de Roma, de 1952[40], - pela aplicação do que dispõe o decreto - seria o mesmo que considerar que a lesão, ou pior, que a vida de quem sofreu a ofensa à integridade física em superfície custa menos, vale menos que a outra, simplesmente por a vítima não ter adquirido um bilhete de passagem e não ter embarcado para ter a conferência em igualdade de direito.

O valor global conferido na Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999, descrito no artigo 17, número 1, refere – se ao devido para indenizar as possíveis vítimas de lesão corporal e nos casos em que há a ocorrência de morte, o que contém previsão no artigo 21, número 1, de reparação aos possíveis vitimados e, ou, seus representantes no valor de 100.000 Direitos Especiais de Saque (DES).

Para o mesmo motivo, pelo caso de que alguém venha a falecer ou ter o comprometimento de sua integridade física, a Convenção de Roma, de 8 de outubro de 1952, determina, em seu artigo 11, número 2, a reparação à vítima ou a possível representante em 500.000 francos: esses 500.000 francos são francos – ouro Poincaré.

[39] BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[40] BRASIL. Decreto n. 52.019, de 20 de maio de 1963. Promulga a Convenção sobre os danos causados a terceiros, na superfície, por aeronaves estrangeiras, firmada em Roma, a 7 de outubro de 1952. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52019-20-maio-1963-391861-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 22 jan. 2019.

Logo, a Convenção de Roma de 1952 pode ser percebida como uma convenção sem previsão nas disposições "igualitárias" do decreto 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, o que quer dizer que a vida de quem não embarcou na "grande sacada" do então presidente José Sarney (MDB – AP) pode chegar a valer 1/3 do que determina a Convenção de Montreal, ou seja, 33.333 Direitos Especiais de Saque (DES).

Feitas todas as observações pertinentes, a proposta das Nações africanas serviria - de alguma maneira - para dizer que quem "valeria" 500.000 francos - ouro Poincaré no céu também "valeria" 500.000 Direitos Especiais de Saque (DES) na superfície. Um (1) DES valeria exatamente um (1) DES. 500.000 DES equivaleria ao mesmo montante: 500.000 DES. Esse valor era o que, integralmente, deveria ser conferido em moeda nacional por conversão: sem redução, sem nulidade, sem contradição e sem decreto presidencial. "Valeria": é uma infelicidade colocar abaixo daquilo que se prevê a maior porque uma vida não tem preço.

A sugestão dos Países africanos seria uma solução para uma parte dos problemas porque a distinção não deixaria de existir. Aliás, nunca deixou de consistir em diferenciação, na medida em que a redução - que representa ⅓ - fica evidente, também, dentro da própria Convenção de Montreal, de 1999, o que pode ser constatado pela simples análise de seus artigos no tocante às conversões das unidades monetárias.

Se por um lado não atribuíram à Convenção de Montreal, de 1999, o valor máximo – o montante global da Convenção de Roma, de 1952, - como limite, com a análise poderá ser verificado que o valor foi triplicado, de acordo com o que pode ser constatado da leitura do artigo 23, número 2, do convencionado por Montreal, para

aqueles que "não são amigos" do Fundo Monetário Internacional (FMI). A medida é necessária, pois a conferência não poderia ser apresentada da mesma forma para aqueles que não a acordaram.

Por outro lado, a vida de uma vítima é uma vida. A intenção não é explorar o que Imannuel Kant[41] diria a respeito: da mesma forma que não se pode sair perguntando se uma vida tem um preço a certa altura, em queda contra a gravidade ou em superfície, também não seria correto aplicar uma determinação que diga que o ser humano não pode ter a mesma satisfação que outro pelo mesmo motivo porque o que importa, na verdade, para quem vai acordar em uma convenção de Direito Aeronáutico é se o Estado em questão é ou não membro do Fundo Monetário Internacional (FMI). Transforme negociantes em vítimas e perceberá novos valores.

Se o Estado pactuante for membro do FMI, o limite global para a conferência de direito à reparação, por morte ou lesão corporal, de acordo com o número 1, do artigo 17, da Convenção de Montreal é de 100.000 Direitos Especiais de Saque (DES). Se for levado em conta o maior dos limites propostos - o da Convenção de Roma, de 1952, que é de 500.000 francos - ouro Poincaré - e dividir o valor global para quem "não é amigo" do FMI, de acordo com o artigo 23, número 2, - que é de 1.500.000 "unidades monetárias" -, o resultado será a evidência de ⅓.

Com a redução encontrada dentro do decreto de número 97.505, de 13 de fevereiro de 1989, torna-se evidente que as consequentes distorções apresentadas - dentro dos capítulos referentes às responsabilidades, garantias e seguros - sequer foram consideradas. Não é difícil constatar: a República Federativa do Brasil - por

[41] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Com tradução de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964, p.90 e ss, diria que: "O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talante".

meio de lei - acabou aplicando a norma Poincaré dentro do que já era protegido pela mesma norma sem levar em conta que Lei Germinal foi revogada pela Lei Poincaré em 25 de junho de 1928.

Para ter uma noção histórica da chamada distorção da distorção contida no decreto de 1989, em junho de 1928, o ministro da Fazenda francês já havia realizado a redução da correspondência do franco - ouro Poincaré para, aproximadamente, 1/5 - um quinto - do montante referente ao valor do franco germinal. Com isso, o franco francês, tendo como correspondência um vigésimo de peça de ouro de 6 gramas - o que equivaleria a 45.161 miligramas de ouro de Lei ao título de novecentos miligramas de metal fino - após 1928 até 1931 - passou a ser lido e pago na correspondência encontrada dentro da Convenção de Varsóvia, de 1929.

Desde o feito do senhor ministro francês Raymond Poincaré, o franco francês passou a ser lido como franco - ouro Poincaré e, com a redução da correlação com franco - ouro, ele passou a corresponder ao mesmo que o franco francês em todas as convenções que passaram a trazer em seu texto, implicitamente, a redução de 1/5 – um quinto - proposta quando deixaram explícitas a equivalência atual: em todas as convenções de Direito Aeronáutico vigentes aparecem a redução correspondendo a 65 miligramas e meio de ouro a título de 900/1000 (novecentos milésimos) de metal fino.

Além disso, a orientação de sentença de número 15, de 1929, da Corte Interamericana da Justiça de Haia estabeleceu que, a respeito do pagamento do franco francês, a República Federativa do Brasil tinha a obrigação de dar quitação na correspondência do franco - ouro da Lei Germinal para todos os títulos emitidos durante a sua vigência, de 27 de março de 1803 a 25 de junho de 1928, o que quer

dizer que a adoção de redução dos valores dentro de um decreto de 1989 viria a diminuir uma correspondência que havia sido corrigida há 61 anos.[42]

Por isso, além de carecer de sentido, o decreto promulgado pelo senhor presidente José Sarney (MDB AP), há quase 30 anos, também pode acarretar em nulidade pelo cumprimento: se algum "filho de Deus" perceber que a vida não tem preço e que não poderá reduzir o valor de 500.000 francos - ouro Poincaré - porque tem a mesma base de um Direito Especial de Saque (DES) - terá de levar a questão aos Tribunais Superiores considerando que a vida de quem está em uma aeronave não pode valer mais que a vida de outro que esteja na superfície e vice-versa.

Caso quem avalie os dispositivos de lei compreenda que certo é o presidente Sarney e concorde que a conversão realizada na base de 15 (quinze) francos para um (1) Direito Especial de Saque (DES) deve ser realizada, caso os danos a terceiros na superfície forem considerados, terá de contentar - se com o valor máximo conferido pelo disposto em Montreal, mas só se essa for a vontade da maioria ou de algum relator em segunda instância, também em razão de conflito entre as disposições da Convenção de Roma - por conta da aplicação do que versa o anexo do decreto brasileiro - contra o que diz o artigo 26 da Convenção de Montreal.

Pelo anexo do decreto de número 97.505, a correspondência devida aos 500.000 francos - ouro Poincaré da Convenção de Roma, de 1952, é de que o valor máximo, em seu cumprimento, a ser convertido terá por referência 33.333 Direitos

[42] FERREIRA, Uarian. Metodologia de cálculo e atualização do crédito dos títulos franco-ouro. Amarbrasil, Goiânia, jun. 2011. Disponível em: http://www.amarbrasil.org.br/2011/06/16/metodologia-de-calculo-e-atualizacao-do-credito-dos-titulos-franco-ouro/. Acesso em: 27 jan. 2019.

Especiais de Saque (DES)[43], razão para que o artigo 26, da Convenção de Montreal, expresse ser "nula e de nenhum efeito" as disposições que tendam a afastar o transportador de sua responsabilidade ou que estabeleça limite inferior ao definido pelo texto de 1999.[44]

No que diz respeito ao artigo 24, da Convenção de Montreal, de 1999, quando a República Federativa do Brasil decidiu por ser signatária - por meio de seus representantes - da referida havia a disposição de que em relação aos valores definidos - pelo texto acordado em 28 de maio de 1999 – havia a existência da devida correção, a cada cinco anos, dos valores propostos às reparações, – e havia passado sete anos, o que quer dizer que o Brasil recepcionou um texto sem anexo com as correções dos montantes referentes - assim como feito no decreto de 1989 – também acordando com a falta de sua atualização e deixando um "vazio" para quem tivesse de utilizá-la desde o ano de 2004.

Não é justo que a Convenção de Montreal de 1999 conte com as mesmas apresentações de valores, sem anexo com as devidas correções dos montantes, há quase 20 anos e que, desde a recepção em seu ordenamento jurídico, a República Federativa do Brasil, por meio de seu Poder Legislativo, não a tenha proposto naquele período – setembro de 2006 – e durante os seguintes: são quase quatro reajustes tendo como base a média das taxas, no intervalo anual de inflação, com 19 períodos desconsiderados.

[43] BRASIL. Decreto n. 97.505, de 13 de fevereiro de 1989. Estabelece normas e critérios para a conversão do franco-ouro Poincaré. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1989/decreto-97505-13-fevereiro-1989-448248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jan. 2019.

[44] BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

A previsão de inflação é o que mede a interferência entre a baixa e a alta de preços e isso tem impacto significativo, internamente e externamente, em relação às defasagens de cálculos existentes, também, dentro das moedas que compõem o Direito Especial de Saque (DES), dados que não foram atualizados durante quase duas décadas. A ironia nesse fato é de que a previsão de correção, sem que fosse acordado novo protocolo, foi justamente pensada para que a Convenção de Montreal não viesse a repetir um dos motivos da fragmentação do Sistema de Varsóvia.

A possibilidade, dentro do previsto no artigo 24, da Convenção de Montreal, de 1999, de uma atualização de valores a cada período quinquenal foi uma das respostas afirmativas ao Acordo Inter – Transportadores, acertado na Assembleia Geral da *International Air Transport Association* (IATA), em 31 de outubro de 1995 que, apesar de não ter a característica de convenção, deu direção aos trabalhos de Montreal no sentido de colocar fim ao mecanismo presente dentro das limitações do citado Sistema de Varsóvia, de forma a evitar que a Convenção de Montreal, de 1999, não encontrasse a necessidade de ter outros protocolos e estar fadada a um novo esfacelamento.

Dentro do disposto no artigo 25, da Convenção de Montreal, há o endosso da possibilidade de aumento do limite global descrito no artigo 21, número 1, onde não há limites de reserva quanto ao valor. Porém, caso haja a exclusão, que todo o regime de responsabilidade fique centralizado dentro do que se preserva como de entendimento de responsabilidade objetiva e de forma agravada. Neste caso vale a lembrança de que a Convenção de Montreal reconhece - para todos - a importância de satisfação dentro daquilo que prevê como restituição.

3.2 A previsão de iniciativa por parte dos Estados pactuantes:

Outro destaque trazido pelo disposto no texto da Convenção de Montreal, de 1999, diz respeito ao que o artigo 28 da referida aponta como a possibilidade de que a República Federativa do Brasil e demais Estados pactuantes possam, por meio de seus respectivos Poderes Legislativos - diante de iniciativas de legisladores - exigirem que as empresas de transporte aéreo promovam o adiantamento de valores referentes às indenizações, no sentido de conferir a parte incontroversa, no caso de falecimento ou de lesão corporal.

A redação do artigo 28 vem ao encontro das necessidades urgentes, diante das implicações causadas pelo evento danoso, em favor do atingido por ele - ou de seu sucessor - com a devida conferência de valores que sofrerão as respectivas deduções do restante a que tiver direito o referido - ou seu representante - com o cumprimento de sentença das ações sem que haja a necessidade de medidas tutelares neste sentido. A iniciativa tem importância, pois ações de reparação por danos morais, danos materiais - ou cumuladas - podem durar anos para transitarem em julgado.

3.3 Responsabilidade civil: quanto a natureza das indenizações:

A Convenção de Montreal, de 1999, também, em seu artigo seguinte, o de número 29, reforça que o caráter das indenizações nela prevista são de natureza exclusivamente compensatória, pois da forma em que se encontram, há quase 20 anos, os montantes destinados para tal podem ir de encontro aos anseios de quem necessita de ser indenizado e não constrangido, diante de sentença que não atenda a intenção de reparar ou restituir, por ter prevista condenação em quantia abaixo da devida pela falta das correções que deixaram, obviamente, de serem aplicadas.

Quanto a previsão de prazo para ajuizamento da ação, em destaque no artigo 35, número 1, há a determinação de extinção se ela não tiver início em dois anos a partir da data de desembarque no local de destino, de sua previsão de chegada ou da interrupção do transporte. Cada País acordante tem a liberdade para determinar o início e término de prazo, por meio de decisão de Tribunal competente, ao qual couber o referido juízo. É importante destacar que, dependendo do Estado, em caso de dano, o prazo pode ser estendido se utilizada - como critério - a natureza de prestação de serviço.

E ainda, finalizando a questão dentro de valores conferidos às vítimas a título indenizatório, há a previsão apontada no artigo 50, assim como no artigo 281, do CBAer, de 1986, da necessidade de que os Estados pactuantes exijam das empresas de transporte aéreo a apresentação de seguro como critério para a expedição de certificado de aeronavegabilidade - condição de caráter obrigatório - que, no caso da República Federativa do Brasil, fica averbada nos documentos de matrícula da aeronave servindo como requisito tanto para obtê-lo quanto para renová-lo.[45]

A redação do artigo 50, da Convenção de Montreal, também tem o caráter de exigência de valor adequado garantido à proteção - para a cobertura dos sinistros por ela previstos - e trata de que os Estados podem, quando forem os de destino, exigirem a apresentação de certificados como requisito para que possam ter a certeza de que os prejudicados - dentro de um evento danoso - possam ser devidamente reparados[46]. As informações a esse respeito - relacionadas a aeronaves de pavilhão

[45] BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Art. 281. Acesso em: 15 jan. 2019.

[46] BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de

brasileiro - podem ser conferidas por meio do Registro Aeronáutico Brasileiro (RAB).[47]

Por fim, vale a lembrança de que a Convenção de Montreal, de 1999, não prevê a conferência de indenização por dano moral de maneira explícita. O pedido de reparação, nesse sentido, depreende da análise de seus referidos artigos e cabe a cada Estado pactuante o próprio critério para a conferência do respectivo direito. No caso da República Federativa do Brasil, as disposições do Código Civil poderiam ser utilizadas conjuntamente com as do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas há quem pregue que não: essa é uma questão que será observada logo mais.

4 QUANTO AO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Um dos problemas das convenções de Direito Aeronáutico é que elas dispõem a respeito de um valor dito global e limitações que, vez ou outra, vão "bater as portas" do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, pelo incrível que pareça, não pelo baixo valor a ser conferido a quem tenha direito à reparação ou ao ressarcimento. O conflito que leva a temática ao Tribunal era – e continua a ser - o de sempre: as disposições presentes nas convenções - prevendo rateamento às indenizações - de encontro ao que versa o artigo 6°, inciso VI, da lei de número 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC).[48]

1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[47] AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Registro aeronáutico brasileiro. Disponível em: https://sistemas.anac.gov.br/aeronaves/cons_rab.asp. Acesso em: 06 fev. 2019.

[48] BRASIL. Decreto n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

A "visita" ficou frequente, motivo pelo qual os respeitáveis senhores Ministros decidiram pela aplicação do CDC em questões envolvendo a temática do transporte aéreo internacional quando fosse possível. O entendimento é razoável haja vista que é certo que o CDC, por ser um microssistema que venha "pôr ordem na casa" necessita de alguma base e essa estrutura não está assegurada dentro das convenções de Direito Aeronáutico. Quando ocorre alguma análise, ela é realizada no sentido de se fazer o possível diante do caso concreto em apreciação.

No caso específico da Convenção de Montreal, de 1999, diante do exame dos artigos 21, número 1, e 23, números 1 e 2, a primeira das certezas é a de que não é nada vantajoso ser - ou vir a ser - um membro do Fundo Monetário Internacional (FMI). Em todas as convenções há uma disposição a respeito de uma única base observando que as quantias indicadas referem – se a um tipo de moeda tendo o mesmo fundamento: constituída em 65 miligramas e ½ de ouro de lei, ao título de 900 milésimos de metal fino. Esse é o todo: o "ponto de equilíbrio" da "balança".

As partes que vão sofrendo fracionamento não poderiam ser fracionadas porque se um (1) Direito Especial de Saque (DES) equivale ao mesmo que uma (1) unidade monetária - primeiro, que a vítima nem vai receber o valor descrito em sua totalidade e, segundo, estão dizendo que uma parte dos que realmente necessitam "não valem nada" porque há uma diferença em pertencer ao grupo dos que vão conferir, cabendo o atrevimento, R$ 513.270,00 – quinhentos e treze mil, duzentos e setenta reais – diante do segundo, que poderá perceber pelo mesmo evento danoso 15 vezes mais.

Os montantes, sem a devida correção e sem um protocolo ou convenção que os unifique, só servirão para expor as fragilidades de que certos Estados tiveram

quando se propuseram a acordar e que o critério adotado não visou respeito a valores humanos e sim valores exclusivamente monetários. O artigo 6°, inciso IV, do CDC, não é utilizado em muitos desses casos porque foi escrito para deixar claro que não existe "meio grávida", "meio doente" ou "meio lesado": tudo bem que "meio lesado" é um termo conhecido, mas por ser fruto de força de expressão.[49]

A compreensão, dentro dos recursos levados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), é de que não dá, justamente, para considerar o "meio falecido" - pela indenização ser tarifada - e que há para esse tipo de caso de ser aferida quantia necessária também à reparação por dano moral, valor que será desconsiderado, somente, em razão de excesso ou quando for insignificante, logicamente, quando a aplicação de montantes abaixo ou muito acima do previsto a título indenizatório - e com sua devida correção - fuja ao que seja considerado razoável.

De acordo com a compreensão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deixada clara por decisão do Relator de sua Terceira Turma, o valor fixado a título de indenização por danos morais baseia – se nas peculiaridades da causa, ou seja, é calculado também - tendo como parâmetro - o valor da reparação por ordem material sofrida e somente podendo comportar revisão pelo Egrégio Tribunal quando o montante oferecido à causa for irrisório ou exorbitante, assim como definido pelo Agravo em Recurso Especial (AREsp) de número 1.152.417, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul (RS), julgado em 18 de setembro de 2018.[50]

[49] PIZZARO, Daniel. Daños, apud. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1997, 236 – 237 p.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Cadastro de inadimplentes. Inscrição indevida. Dano moral. Indenização. Valor irrisório. Não caracterização. Revisão. Súmula nº 7/STJ. Agravo em recurso especial nº 1.152.417. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em:

4.1 Quanto a previsão de reparação por danos dentro do ordenamento jurídico brasileiro

Em razão do avaliado, dentro da doutrina e na jurisprudência brasileiras, tem-se buscado - de maneira incessante - a consolidação de entendimento de que a lesão seja atribuída aos sentimentos dos envolvidos em eventos danosos e não que o dano emocional esteja diretamente correlacionado com o prejuízo de ordem patrimonial. Em artigo dirigido ao assunto, Marina Celina Bodin de Moraes, em Conceito, função e qualificação do dano moral, aponta a existência e resistência de três correntes[51].

Na explanação de Pontes de Miranda, conjuntamente com Silva, há a afirmativa de que o lógico era o lógico: O dano moral era o dano que não era patrimonial[52]. Diante da lógica chegou-se a insatisfação onde a doutrina, novamente, preferiu a reflexão - em consonância com o jurista René Savatier - de que o dano moral seria correlacionado a "qualquer sofrimento humano que não fosse causado por perda pecuniária", o que vem a ser o conceito do chamado dano moral subjetivo.

Há pouco, de acordo com Paulo Luiz Neto Lôbo, em Danos morais e direitos da personalidade, com a procura de complexidade e de reforço de conceito jurídico, passou-se a concordar com o denominado dano moral de maneira objetiva quando afetada quaisquer prerrogativas atinentes à personalidade ou, subjetivamente, o

https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=87813463&registro_numero=201702025905&publicacao_data=20180921&formato=PDF. Acesso em: 15 jan. 2019.

[51] MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e qualificação do dano moral. Revista IBERC. v. 1, n. 1, nov. / fev., 2019. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_3547c0be6c524b258d559793d56ff427.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

[52] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Bosói, 1958. v. 26. 30 p.

direito à dignidade[53]. Avalia-se que o dano moral implica em sofrimento de mesma natureza por meio direto ou não: ele provém de sentimentos ruins causados por um agente a outro.

O dano moral tem efeito de ofensa ao psicológico do indivíduo atingido. Dessa maneira, conforme pontua José de Aguiar Dias, há a possibilidade de ocorrência de dano ao patrimônio em consequência de dano ao bem de ordem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a outro de ordem material[54]. A espécie de dano é tratada pela extensão do prejuízo material e a reparação - em consequência dela - é avaliada pelo poder discricionário de um juiz, que o releva e o pondera para confirmá-lo e diferenciá-lo do denominado "mero dissabor cotidiano".

Há falta de argumento técnico para configurar o que venha a ser dano moral e é por isso que seu conceito não estará claro dentro de textos de convenções. Pela dificuldade encontrada para a elaboração de uma definição enquadrada em hipótese perfeita de dano moral - a contrário senso - tem de se observar a oferecida por Miranda, ao avaliar que "o dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. "[55]

De acordo com Wilson Mello da Silva[56], no ordenamento jurídico brasileiro há uma classificação dentro do que pode ser definido como responsabilidade civil objetiva: a classificação pode ser de ordem tipificada, fechada, genérica e aberta. Na

[53] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7843-7842-1-PB.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

[54] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. II, p. 729 e ss *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. Revista IBERC, Minas Gerais, v.1.n.1, nov. fev. 2019. p. 4.

[55] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Bosói, 1958. v. 25.

[56] SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 41.

responsabilidade civil objetiva tipificada - ou fechada - há o enquadramento perfeito da situação em que levou a vítima em busca de reparação. Tal disposição encontra - se presente na redação da primeira parte do parágrafo único do artigo 927 da lei de número 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Como exemplo dentro da classificação presente - contida na responsabilidade civil objetiva, de forma tipificada ou fechada - para essa, há uma infinidade de casos previstos dentro dos códigos jurídicos, como a questão dos transportes ferroviários e aéreos - o último disposto dentro do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) - dentro da lei de acidentes laborais e na responsabilização objetiva do Estado, com previsão dentro da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Neste tipo de previsão, tida como objetiva - tipificada ou fechada - o agente tem a obrigação, o que vai independer se existe culpa ou não, de prestar a devida indenização ou reparação por danos causados ao outro e a uma terceira pessoa que seja afetada pela atividade dele: há uma situação fática com previsão e condição de imputação de responsabilidade. A responsabilidade civil objetiva de denominação genérica e - ou - aberta está implícita na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, onde não comporta indenizar ou reparar tendo a culpa do agente como circunstância.[57]

Ainda de acordo com Wilson Mello da Silva, a responsabilidade civil objetiva de denominação genérica, ou aberta, não leva em conta o motivo do dano e sim a própria atividade de risco desempenhada pelo gerador desse tipo de evento. Neste caso vale a referência ao binômio necessidade - suficiência para que exista a

[57] BRASIL. Decreto n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Art. 927. Acesso em: 15 jan. 2019.

imputação da obrigação de vir a indenizar ou reparar - proveniente do causador do dano quando tenha empreendido atividade tida como de risco e de encontro com direitos de outros, e sua possibilidade, o que também encontra consonância com a segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, de 2002.[58]

5 QUANTO AO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

No tocante a pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) há dois acórdãos em referência à questão do franco - ouro Poincaré: o primeiro deles, em razão de uma reclamação (Rcl) 308[59], proveniente do estado do Rio de Janeiro (RJ), de relatoria do senhor Ministro Célio Borja - julgado pelo Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 1989 - tendo como partes a senhora Francisca Arlita Barbosa Quinderé, em causa própria e, também, como representante pelo espólio do senhor Clayton Luiz Garcia Quinderé e outros e a Viação Aérea Rio-Grandense – Sociedade Anônima – Varig S/A.

A ementa do referido acórdão contém reclamação a respeito, dentro do transporte aéreo internacional, em franco - ouro Poincaré, do valor do ouro nele contido para ser apurado de acordo com a cotação internacional desse metal. A reclamação foi julgada, conhecida, e provida em parte.

[58] BRASIL. Decreto n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

[59] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 308, Rio de Janeiro. Relator: Min. Célio Borja. 1989.

O segundo acórdão é oriundo do Recurso Extraordinário (RE) de número 99.164[60] - proveniente do estado de São Paulo (SP) - de relatoria do senhor Ministro Moreira Alves, julgado pela Segunda Turma, em 15 de abril de 1983, tendo como partes Itaú Seguradora Sociedade Anônima – Itaú Seguros S/A - e *"The Home Insurance Company"*, outra companhia de seguros.

A ementa trazia, na avaliação de responsabilidade civil, o questionamento do valor intrínseco do franco - ouro Poincaré, a que alude ao número 4, do artigo 22, da Convenção de Varsóvia. O intento era reconhecer a aplicação do dispositivo para convertê-lo - à época - em cruzeiros tomando por conta um valor fixo – sinceramente, quem pediu isso fazia pouco da parte e da inflação galopante - levando – se, também, em consideração o valor do ouro nele contido e não seguindo o preço oficial da *onça troy – (Ozt).*

Onça troy é uma medida imperial usada para medir o quanto há de ouro na massa do ouro. Tipo isso. Essa massa equivale a 31,1034768 gramas. Uma *onça troy* de ouro é cerca de 10% mais pesada que uma *onça ovoirdupois*, que é usada nos Estados Unidos da América e a questão levada ao Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) era basicamente discutir a não fixação da *onça troy,* em dólares, pelo governo estadunidense.

Obviamente, não é necessário dizer que, por unanimidade, sem questão a ser comprovada, pairando entre o limbo e o voo de cruzeiro, o recurso nem chegou a ser conhecido: as Excelências, os senhores Ministros da Segunda Turma, responderam

[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil. Critério para a aferição do valor intrínseco do franco Poincaré, a que alude o item 4 do artigo 22 da Convenção de Varsóvia. Relator: Ministro Moreira Alves. Recurso Extraordinário – RE 99.164, São Paulo. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1983-04-15;99164-. Acesso em: 15 jan. 2019.

de uma maneira que pode ser traduzida como: "E nós: o que temos a ver com isso? " Não seria mesmo da competência do STF discutir preferências por unidades monetárias, dentro de acordo realizado por particulares, que não versasse sobre objeto de lei que entrasse em conflito com a Carta Magna nacional.

No tocante aos danos morais e materiais, em recente decisão tomada pelo senhor Ministro Luís Roberto Barroso - da Primeira Turma do Egrégio Pretório Supremo (STF) - no julgamento dos embargos de divergência no Recurso Extraordinário (RE) de número 351.750, de 13 de abril de 2018[61], tendo como partes a Viação Aérea Rio-Grandense Sociedade Anônima - Varig - S/A - e Ana Maria da Costa Jardim, preferiu - se dar provimento aos embargos de divergência apresentados observando como parâmetro que as convenções de Direito Aeronáutico - em especial a Convenção de Montreal - prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O senhor Ministro Barroso decidiu - com o provimento dos embargos de divergência - por deixar que a expressão do acolhido estivesse em consonância com mérito do Recurso Extraordinário (RE) de número 636.331[62], de relatoria do senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes e com Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) de número 766.618[63], de sua relatoria, em razão de repercussão geral.

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 351.750, Rio de Janeiro. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do código de defesa do consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-barroso-dano-voo-internacional.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 636.331, Rio de Janeiro. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210. Acesso em: 15 jan. 2019.

[63] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo n. 766.618, São Paulo. Atraso de voo internacional – aplicação ao caso do CDC, sendo objetiva a responsabilidade do transportador –

A forma adotada pelo Ministro contém inteligência. O problema foi a maneira com a qual interpretou: Luís Roberto Barroso preferiu consagrar festejo à redução do valor de danos morais aos patamares estabelecidos na Convenção de Varsóvia e - ou - Pacto de Montreal, o que vem de encontro com o próprio texto do convencionado em Estado canadense, que determina correções em período quinquenal – em consonância com o artigo 24 - e não carrega, consigo, reservas.

A determinação do senhor Ministro deveria levar em conta que o dano moral viria a ser calculado a partir de um prejuízo material - com correspondência em uma das duas convenções de Direito Aeronáutico - e deveria contar com ordem imperativa de aumento - e não de redução – com os devidos reajustes não realizados há quase 20 anos, de acordo com o disposto - novamente - pelo artigo 24, da Convenção de Montreal, de 1999.

A observância de que os valores conferidos às reparações - ou restituições - constam, há muito, no texto dos pactos e que na Convenção de Montreal, de 1999, há a previsão de atualização de cálculos - sem que seja necessária a iniciativa por parte do Estado brasileiro a determinando - parece ter sido deixada para trás, de modo que a questão poderá voltar a ser apreciada, em outro recurso, pelas Excelências do Tribunal.

Caso a decisão não seja reavaliada, mais cedo ou mais tarde entrará em conflito com jurisprudência, atualmente empregada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que determinou - assim como dito anteriormente - que a apreciação de valores a título indenizatórios por aquele Egrégio Tribunal somente seria realizada se

risco da atividade – fortuito interno – danos morais arbitrados em quantia consentânea com o caso concreto – sentença mantida na íntegra por seus próprios fundamentos. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=185131157&ext=.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

os montantes fossem irrisórios ou exorbitantes, de acordo com o Agravo em Recurso Especial (AREsp) de número 1.152.417[64], oriundo do Estado do Rio Grande do Sul (RS), julgado em 18 de setembro de 2018.

Com relação ao que o senhor Ministro determinou, em sequência, há um encontro de pensamentos e de valoração das leis quando diz que: "Nos termos do artigo 178, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988[65], as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

A decisão vem ao encontro do que se espera - quanto à separação das disposições internas e externas - porque enquanto as Convenções de Varsóvia e de Montreal não tiverem como determinação a previsão de restituição de forma integral realmente não poderão encontrar justo acento com o que versa o microssistema de defesa daqueles que fazem uso de produtos e de prestação de serviços como destinatários finais.

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil, que é signatária da Convenção de Montreal, de 1999, desde 27 de setembro de 2006, deveria ter tido a preocupação - por meio de

[64] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial de n. 1.152.417, Rio Grande do Sul. Responsabilidade Civil. Ação de cancelamento de inscrição em cadastro de inadimplentes c/c indenização por danos morais. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505398471/agravo-em-recurso-especial-aresp-1152417-rs-2017-0202590-5/decisao-monocratica-505398504?ref=juris-tabs. Acesso em: 15 jan. 2019.

[65] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 178.

seu Poder Legislativo - de ter acordado um anexo para ela - em 2009 - com dois períodos de reajustes, assim como dispõe o artigo 24: um com referência de 1999 até 2004 e outro, em referência de 2004 a 2009. O terceiro viria em 2014 - compreendendo o período de 2009 a 2014 - e o quarto, de 2014 a 2019.

O problema da aparente inércia tem de ser encarado, pois previsão legal e possibilidade para a correção existe - há quase duas décadas - como forma de tornar a vida de cidadãos brasileiros e estrangeiros devidamente amparados por uma convenção tida como moderna e com dispositivos tidos como eficientes. Uma medida coerente deveria consistir em equiparar seu valor global com o disposto na Convenção de Roma, de 1952. Se dá para fazer tal alteração? O Estado japonês, em 1992, voluntariamente, provou que sim.

Como explicado no decorrer desta monografia, apesar da temática da Convenção de Roma, de 1952, ter como referência a responsabilidade perante terceiros à superfície no transporte aéreo internacional, a referida carrega a previsão de que em caso de morte ou lesão corporal, o valor global a ser conferido às vítimas de eventos danosos - ou aos seus respectivos representantes - é de 500.000 francos - ouro Poincaré. Esse valor é cinco vezes maior que o previsto por Montreal.

Se considerada a interferência de decreto interno, o de número 97.505[66], de 13 de fevereiro de 1989, o valor global da Convenção de Roma, de 1933 e 1952, poderá a constituir ⅓ do valor máximo conferido pela Convenção de Montreal, de 1999, - para a mesma causa – o que não é nada razoável para Estado algum que seja

[66] BRASIL. **Decreto n. 97.505, de 13 de fevereiro de 1989.** Estabelece normas e critérios para a conversão do franco-ouro Poincaré. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1989/decreto-97505-13-fevereiro-1989-448248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jan. 2019.

signatário de ambas e, principalmente, que tenha zelo pela vida de todos os seres humanos.

Uma aplicação prática do que seria a ocorrência do encontro das disposições das duas convenções é o que acaba por ser demonstrado por dados estatísticos: cerca de 75% dos acidentes aéreos ocorrem durante pousos e decolagens, o que infere que as áreas mais atingidas pelos eventos danosos compreendem as regiões de aeródromos e aeroportos, lugares onde encontram - se cidadãos de diferentes nacionalidades e aeronaves com os mais diferentes tipos de pavilhões.

Quanto às extensões de raio compreendidas tendo como centro um aeroporto - em várias cidades do mundo - essas abrangem localidades tidas como perímetros urbanos: com escolas, indústrias, divisões comerciais, militares, com hospitais e, principalmente, residências. Portanto, não constitui absurdo avaliar que uma aeronave estrangeira possa passar por uma avaria mecânica e que o resultado possa ser catastrófico em uma outra Nação que a tenha concedido permissão de sobrevoo e de pouso.

Se por acaso o piloto vier a não observar a segurança de voo e sobrevoar em altura e velocidade não permitida para uma determinada região poderá ceifar a vida de alguém que esteja em superfície, mesmo que essa pessoa não tenha dado causa para tal, estando - apenas - como qualquer ser humano que desejou tirar férias e escolheu uma localidade maravilhosa para isso. Se há exemplo, ele corresponde ao nome de Aeroporto Internacional Princesa Juliana, em *Maho Beach*, *St. Maarten*.

Se o voo rasante de uma aeronave - com pavilhão estrangeiro - vier a tirar a vida de alguém que esteja em *Maho Beach* e colidir, em seguida, com o trem de pouso tocando ou não o solo - por conta de uma avaria mecânica ou por erro

humano - teremos o encontro - em virtude de uma única atividade - da utilização de duas convenções: a de Roma e a de Montreal. Elas seriam utilizadas dentro de uma mesma ocorrência: a passagem de um avião e o acidente com uma aeronave naquele lugar.

A vida do banhista – ou do possível turista - não poderia "valer mais" que a vida dos que se encontravam a bordo do aparelho e vice-versa. Essa é a explanação de um caso hipotético, mas a lei tem de estar à frente prevendo inúmeras circunstâncias. Neste sentido, o texto do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer), de 1986, é rico pela abordagem de várias possibilidades previstas em diferentes convenções, porém carece da devida atualização, inclusive, no tocante ao índice monetário e com relação aos valores utilizados à reparação ou restituição.

Se os montantes referentes a cada modalidade de evento forem corrigidos dentro das disposições do acordado em Estado polonês e canadense, os valores descritos em Direitos Especiais de Saque (DES) poderão ser utilizados para garantir as indenizações dentro de cada capítulo - referente às garantias, às responsabilidades e ao seguro - a serem convertidos em moeda nacional, equiparando-os às mesmas quantias destinadas em legislação doméstica, alinhando-as com as dispostas em razão de cada caso concreto previsto, ou não, nas duas convenções.

Dessa forma, naturalmente, a República Federativa do Brasil poderia prestigiar a todos com a efetividade de oferta daquilo que também tem como fundamento. Caso não consiga encontrar essa unidade, o Estado brasileiro poderá propor uma, conjuntamente com a *International Air Transport Association* (IATA), denominada de Convenção do Distrito Federal. Por esse acordo, o Estado brasileiro

terá a possibilidade de conciliar dispositivos voltados a transportadores e passageiros em um único instrumento.

As propostas dentro da Convenção do Distrito Federal deverão apontar no sentido de equiparar os valores corrigidos - já conferidos pela Convenção de Montreal, de 1999, - para os Países que são membros com os montantes previstos para os que não fazem parte do Fundo Monetário Internacional (FMI), haja vista que a vítima de um possível evento danoso não foi chamada para acordar - ou não - a respeito de pactos políticos e econômicos e, desse modo, caberia a diferença de valores a ser custeada pelos Estados.

A Convenção do Distrito Federal também poderá determinar a restituição adotando – se o método bifásico, de forma a visar a chegada de um quantum para a indenização por danos morais e materiais. Dessa forma, a República Federativa do Brasil deixaria amparados cidadãos nacionais e estrangeiros, pois o ser humano tem direito de ser protegido sem que encontre quaisquer formas de distinção tendo a análise e o carinho de apreciação de cada ocorrência de maneira individualizada.

A redação da Convenção do Distrito Federal - pois será pactuada na capital do Estado brasileiro - terá como principal meta a valorização da vida do ser humano onde quer que ele esteja e para onde quer que ele vá.

Por fim, diante de valores destinados às restituições e - ou - reparações corrigidos e dispostos de forma retificada, a segunda - e última - proposta de solução para o que está pactuado - dentro do artigo 28, da Convenção de Montreal, de 1999, - será a proposta de iniciativa chamada de Lei Brasília, - nada mais apropriado para um título de uma norma, de temática atinente ao Direito Aeronáutico, que o nome de uma cidade que tem como forma um avião - a qual abordaria, como temática, a

conferência de valores incontroversos a serem destinados às vítimas, ou a seus respectivos representantes, antes mesmo de ingresso junto ao Poder Judiciário, pela garantia de seus direitos, assim como encoraja o texto da convenção firmada em Estado canadense.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Registro aeronáutico brasileiro. Disponível em: https://sistemas.anac.gov.br/aeronaves/cons_rab.asp. Acesso em: 06 fev. 2019.

BAGANHA, José Tomás. Responsabilidade civil perante terceiros à superfície no transporte aéreo internacional. Administração, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 427-445, jul. 1997.

BAGANHA, José Tomás. Responsabilidade civil perante terceiros à superfície no transporte aéreo internacional. Administração de Macau, China, v. 10, n. 36, jul. 1997. 429 p.

B.O.M. 1ª série, número 52, 6º suplemento. 4587 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 32, de 18 de novembro de 1966. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciviL_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0032.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 483, de 6 de junho de 1938. Institui o Código Brasileiro do Ar. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-483-8-junho-1938-350803-publicacaooriginal-1-pe.html. Art. 91. Acesso em: 26 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Institui o cruzado novo, determina congelamento de preços, estabelece regras de desindexação da economia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7730.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Decreto n. 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL. Decreto n. 52.019, de 20 de maio de 1963. Promulga a Convenção sobre os danos causados a terceiros, na superfície, por aeronaves estrangeiras, firmada em Roma, a 7 de outubro de 1952. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52019-20-maio-1963-391861-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 97.505, de 13 de fevereiro de 1989. Estabelece normas e critérios para a conversão do franco-ouro Poincaré. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1989/decreto-97505-13-fevereiro-1989-448248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1.349, de 7 de dezembro de 1995. Altera dispositivos da Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=652A0AC8D9305B96E7AF E2313E5318D9.node2?codteor=1137772&filename=Avulso+-PL+1349/1995. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.093, de 10 de agosto de 1993. Dispõe sobre a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros, urbanos e suburbano, da União para os Estados e Municípios, e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8693-3-agosto-1993-376934-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial de n. 1.152.417, Rio Grande do Sul. Responsabilidade Civil. Ação de cancelamento de inscrição em cadastro de inadimplentes c/c indenização por danos morais. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505398471/agravo-em-recurso-especial-aresp-1152417-rs-2017-0202590-5/decisao-monocratica-505398504?ref=juris-tabs. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 351.750, Rio de Janeiro. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do código de defesa do consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/decisao-barroso-dano-voo-internacional.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 636.331, Rio de Janeiro. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4040813&numeroProcesso=636331&classeProcesso=RE&numeroTema=210. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 308, Rio de Janeiro. Relator: Min. Célio Borja. 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso extraordinário n. 766.618, São Paulo. Atraso de voo internacional – aplicação ao caso do CDC, sendo objetiva a responsabilidade do transportador – risco da atividade – fortuito interno – danos morais arbitrados em quantia consentânea com o caso concreto – sentença mantida na íntegra por seus próprios fundamentos. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=185131157&ext=.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 99.164, São Paulo. Responsabilidade civil. Critério para a aferição do valor intrínseco do franco Poincaré, a que alude o item 4 do artigo 22 da Convenção de Varsóvia. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1983-04-15;99164-. Acesso em: 15 jan. 2019.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. II, p. 729 e ss *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. Revista IBERC, Minas Gerais, v.1.n.1, nov. fev. 2019.

FERREIRA, Uarian. Metodologia de cálculo e atualização do crédito dos títulos franco-ouro. Amarbrasil, Goiânia, jun. 2011. Disponível em: http://www.amarbrasil.org.br/2011/06/16/metodologia-de-calculo-e-atualizacao-do-credito-dos-titulos-franco-ouro/. Acesso em: 27 jan. 2019.

IATA. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=4m_paNfwjA0C&pg=PA22&lpg=PA22&dq=IIA+Iata+Intercarrier+Agreement,&source=bl&ots=TGUwdQIxld&sig=ACfU3U0k09ZjbWH29Qm4RrOD25GYwGzzZw&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjOnfLY8Y7hAhUAIrkGHeqpAb8Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=IIA%20Iata%20Intercarrier%20Agreement%2C&f=false. Acesso em: 01 mar. 2019.

ICAO. Disponível em: https://www.icao.int/pages/default.aspx. Acesso em: 26 fev. 2019.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Com tradução de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7843-7842-1-PB.htm. Acesso em: 25 fev. 2019.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Bosói, 1958. v. 26. 30 p.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Bosói, 1958. v. 25.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e qualificação do dano moral. Revista IBERC. v. 1, n. 1, nov. / fev., 2019. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_3547c0be6c524b258d559793d56ff427.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. São Paulo: Forense, 2015. v. 3. 517 p.

PIZZARO, Daniel. *Daños*, *apud*. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 1997.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição Comemorativa - 25 anos. Brasília, abril de 2014.

SELEILLES, Raymond. Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile. Paris: A. Rousseau, 1897. p. 21 - 22 *apud*. SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. São Paulo, Saraiva, 1974.

SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Andrea Mazzaro de; MATALON, Paula Mazzaro de Souza. Responsabilidade civil objetiva: das excludentes de nexo de causalidade e a teoria do risco integral. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3264, 8 jun. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21951. Acesso em: 01 mar. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Teoria geral das obrigações e dos contratos. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

TÉCNICAS DE DISPUTE BOARD NO BRASIL: REFLEXÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Vinicius de Oliveira Costa Santos

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar os *dispute boards*, método alternativo e consensual de prevenção e resolução de conflitos e mecanismo contratual utilizado em contratos de grandes construções civis. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e de estudo de casos práticos, examinou-se o contexto histórico no cenário internacional, desde o surgimento do mecanismo nos Estados Unidos da América até seus mais recentes usos no Brasil. Nesta conjuntura, a análise do movimento neoconstitucional é imprescindível para compreender a tendência da menor intervenção do Estado na gestão de conflitos e a consequente receptividade dos *dispute boards* nos contratos brasileiros, inicialmente por meio do julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9) pelo Superior Tribunal de Justiça e dos Enunciados n. 49, 76 e 80, editados pelo Conselho da Justiça Federal e, *a posteriori*, através da Lei Municipal n. 16.873/2018 e do Projeto de Lei do Senado n. 206/2018. Por fim, pretende-se verificar a aplicabilidade do mecanismo em contratos privados, especialmente nos de compra e venda no âmbito imobiliário, com base em experiências anteriores, tanto no Brasil, quanto em países estrangeiros.

Palavras-Chave: Processo Civil. Contratos. *Dispute boards*. Resolução de conflitos. Comitê. Conciliação. Contratos Imobiliários.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio possui o propósito exploratório de tecer algumas considerações sobre os *Dispute Boards*, introduzidos no contexto brasileiro nos



últimos anos, bem como sua viabilidade hipotética no âmbito dos contratos imobiliários, tendo como referencial sua aplicação nos contratos de construção civil.

Para trabalhar com a hipótese de aplicação do mecanismo em questão nos contratos imobiliários, será necessário passar pelos seguintes tópicos: o contexto atual dos métodos consensuais de resolução de demandas; o Estado Constitucional e a tendência à menor intervenção do Estado na gestão dos conflitos; a desjudicialização das controvérsias e os métodos consensuais como ferramentas para restabelecer as relações sociais; o surgimento das técnicas de *dispute boards* no Brasil e no cenário internacional bem como as visões doutrinárias a seu respeito; repercussão contratual econômica dos Comitês; gestão de contratos de considerável complexidade e, por fim, o estudo de casos práticos.

A necessidade da discussão em comento advém da necessidade de positivação a nível federal do instituto no ordenamento jurídico nacional, dado o seu recente aparecimento em determinados contratos brasileiros, como cláusulas pré-arbitrais e garantistas dos direitos das partes contratantes.

Objetiva-se delinear a importância do tema ao longo dos capítulos deste artigo, destacando principalmente que a absorção dos *dispute boards* pelo direito positivo brasileiro significa acompanhar um movimento global de cunho neoconstitucional, em que o Estado deixa de interferir em determinadas demandas, e transfere sua atuação para a esfera privada. Essa movimentação nas funções estatais proporciona, em contraponto a certos métodos da atividade jurisdicional e além da mera resolução da lide, o fortalecimento das relações individuais e o restabelecimento da paz social.

Considerando os pontos iniciais delineados acima, são propostos os seguintes objetivos: questionar a validade e viabilidade dos *dispute boards* nos contratos imobiliários de compra e venda, tanto do ponto de vista *jurídico* – legitimidade e compatibilidade jurídica; *contratual* – eficiência de cláusulas desta natureza; e *econômico* – viabilidade dos custos dos Comitês e a possibilidade de socialização dos gastos.

Durante o trabalho, especificamente na análise dos casos concretos, foram encontradas variáveis acerca da aplicação prática do mecanismo. A depender da situação e em diferentes cenários fáticos, o *dispute board* mostrou-se ora uma alternativa acertada, viável e satisfatória, ora desnecessária e irrelevante, dos pontos de vista econômico, jurídico e contratual. Percebe-se, com isso, que o sucesso da experiência é diretamente influenciado pelas particularidades dos contratos e das partes envolvidas.

A metodologia escolhida abrange um propósito exploratório do tema e uma abordagem qualitativa das pesquisas, procurando entender o funcionamento da estrutura dos *dispute boards* por meio de análise de doutrina e de estudos de caso, para, em seguida, projetar conclusões hipotéticas acerca de sua validade e viabilidade nos contratos imobiliários de compra e venda. Os métodos adotados foram basicamente a investigação bibliográfica e o estudo de casos práticos envolvendo o assunto.

Seguindo a estrutura acima exposta, pode-se chegar a um de diversos resultados possíveis, dentre os quais se destacam: a) a incompatibilidade dos *dispute boards* com o cenário brasileiro, diante de uma "credibilidade insubstituível" da solução jurisdicional: não há garantia de que as partes contratantes vão se deixar

vincular pelas decisões de um *Dispute Adjudication Board* sem recorrer à arbitragem ou ao Estado; b) A existência de precedentes judiciais, enunciados do Conselho da Justiça Federal e de legislação municipal seria suficiente para validar sua utilização, ou apenas a elaboração de uma lei federal consolidaria sua credibilidade?; c) apesar de compatíveis com a cultura brasileira, os Comitês demostram demasiada onerosidade: os custos para o seu sustento tornariam os contratos imobiliários excessivamente onerosos para o consumidor final, não sendo uma cláusula atrativa, mesmo diante de sua notável eficiência; d) os *dispute boards* podem ser compatíveis com a realidade brasileira e possuir credibilidade afirmada pelas Cortes Superiores, além de serem opções economicamente atrativas, porém, mediante adaptações conforme o caso concreto, ou, por fim; e) serem totalmente compatíveis com o direito brasileiro, em todos os aspectos.

Ao longo deste ensaio serão trabalhadas as variáveis acima expostas e consideradas, a fim de se alcançar um destes resultados possíveis. De todo modo, a construção das conclusões será feita a partir das informações coletadas em pesquisas bibliográficas e em análise de casos práticos, em que as partes efetivamente se utilizaram dos *dispute boards*, seja em território nacional, seja em casos ocorridos no estrangeiro.

1 CONTEMPORANEIDADE E MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – CONTEXTUALIZAÇÃO PRÉVIA AO TEMA PRINCIPAL

Como já mencionado, o presente artigo tem como foco a análise dos denominados *dispute boards*, sendo fundamental a compreensão do contexto em que estes estão inseridos. Somente dessa forma será possível tecer comentários concretos a respeito da sua aplicabilidade e, mais precisamente, em contratos imobiliários.

Assim, pode-se dizer que as reflexões acerca do instituto serão resultado da construção dos diversos fatores que o cercam.

O primeiro fator determinante para a formação do cenário propício ao desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos é observado na nova metodologia jurídica proposta pelo neoconstitucionalismo. Tal proposição permite "revisar posições tradicionais, incapazes de transformar a realidade pela via jurídica"[1] a fim de realizar o Estado Democrático de Direito. A partir dessas posições pôde-se perceber a abertura dos Poderes Judiciário e Legislativo para técnicas inovadoras de solução de disputas, deixando aquilo que é tradicional e ineficaz, aliando-se aos conceitos de dignidade da pessoa humana, interesse público, senso comum e paz social.

No mesmo sentido, a busca por novas estratégias para transformar a realidade pela via jurídica introduz a ideia de acesso à Justiça, que "trata de analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas."[2] Em relação a esse conceito, conclui-se que a possibilidade de solucionar demandas compõe o conjunto de direitos e deveres típicos da vida em sociedade, de modo que a sua garantia faz cumprir, dentre outros, o disposto pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988[3], não excluindo de apreciação qualquer que seja a lesão ou ameaça a direito.

[1] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

[2] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82–97, abr./jun. 1994.

[3] BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm: Acesso em: 23 out. 2018.

Para a garantia desse direito da sociedade, é imprescindível a superação de obstáculos ao livre acesso à Justiça. Esses óbices advêm, por diversas vezes, da situação particular em que o indivíduo vive e da natureza da controvérsia enfrentada, e não serão superados até que o método de resolução escolhido seja o adequado.

Ainda nesse sentido, juntamente com os chamados "obstáculos organizacional e econômico" ao acesso à Justiça, Cappelletti considera como "obstáculo formal" as situações em que os tipos ordinários de procedimento se apresentam como inadequados para certas espécies de controvérsias[4], resultando em uma prestação jurisdicional ineficaz, ineficiente e, sobretudo, demorada, subsistindo o conflito mesmo após a intervenção estatal.

A superação dos obstáculos formais é imprescindível para que seja assegurado aos interessados o acesso à resolução dos conflitos, pois, desse modo, escolhe-se a ferramenta adequada ao caso concreto. O contrário, ou seja, a prestação jurisdicional inadequada, não traduz qualquer avanço em direção à pacificação social, afastando mais ainda a jurisdição do jurisdicionado.

A mencionada inadequação pode se manifestar de inúmeras formas, como, por exemplo, na escolha pela heterocomposição, nos casos em que se poderia optar pela autocomposição, e na demora excessiva da apreciação das causas pelo Poder Judiciário, retardando a manutenção da ordem jurídica em casos concretos.

Dita realidade que se pode chamar de "Justiça inacessível" é ratificada pela Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que, em seu art. 6º, §1º, proclama que "qualquer pessoa tem direito a

[4] CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82–97, abr./jun. 1994.

que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável [...]"[5].

Nessa perspectiva, a coletividade não pode ser inteiramente dependente do Estado na resolução de suas controvérsias, de modo que deve desenvolver mecanismos próprios de solução de disputas, fato que impulsiona a busca por novas soluções, mais eficazes e adequadas para determinadas espécies de processos. Nesse sentido, é testemunhada hoje uma "revolução na forma de fazer justiça, caminhando, com a reengenharia do processo, para uma modificação estrutural e funcional do Poder Judiciário em si."[6]

Tais mudanças passaram a inserir os particulares no exercício da jurisdição por meio da atuação de conciliadores, mediadores e facilitadores, adequando o perfil do Poder Judiciário ao que a sociedade realmente necessita nos tempos em que vive.

Nesse cenário, os meios alternativos de solução de conflitos surgem como caminho à democratização do Poder Judiciário, subsidiados pelos princípios e valores constitucionais brasileiros. Não só a conciliação, a mediação e a arbitragem figuram esta cena, mas outros mecanismos têm adquirido espaço por sua eficiência e adequação à realidade do conflito, como os chamados *Dispute Boards* nos casos envolvendo contratos de construção civil.

Pode-se mencionar também o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, que representa a movimentação do Poder Judiciário em

[5] RIGHTS, European Court of Human. *Convenção europeia dos direitos do homem*. 2000. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018.

[6] BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy_of_artigo.pdf/view. Acesso em: 19 set. 2018.

prol da garantia eficaz dos direitos no plano material. José Roberto dos Santos Bedaque[7] destaca que "trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial". Mencionado autor considera "a possibilidade de o juiz adequar aspectos procedimentais às especificidades da situação concreta, sempre com a observância do prévio contraditório"[8]. Nesse sentido, deve-se priorizar o meio mais adequado de solucionar a controvérsia, mesmo que isso implique em romper com procedimentos tradicionais e formais que se tornarem inócuos em determinadas situações.

Percebe-se, portanto, que, para subsidiar a discussão trazida pelo presente artigo, é fundamental compreender três situações: a proposta neoconstitucionalista de revisitar estratégias tradicionais e ineficazes, dando à função jurisdicional do Estado uma feição social, a importância da superação de obstáculos ao acesso à Justiça e a corrente modificação estrutural e funcional verificada no âmbito do Poder Judiciário.

Aludidos elementos tornam o cenário atual propício à utilização dos *dispute boards* como mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, não em detrimento da atividade estatal, mas atuando em benefício da população e em cooperação com o Estado.

1.1 O Estado Constitucional e a tendência à menor intervenção do Estado na gestão dos conflitos

[7] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.74.

[8] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.75.

Conforme mencionado no tópico anterior, a visão neoconstitucionalista trouxe novas concepções a respeito da função do Estado na resolução dos conflitos, abrindo mão de alguns dos meios tradicionais, cujos métodos têm se tornado obsoletos em determinadas situações, e expandido as possibilidades de se solucionar controvérsias.

Ocorre que, antes dessa postura atual do Estado, o processo jurisdicional foi a principal forma de solucionar controvérsias, sucedendo versões primitivas da autotutela e da autocomposição. Verificou-se uma verdadeira superação desses mecanismos, nos quais as próprias partes encontravam conjuntamente soluções para suas disputas, para dar lugar à personificação do Estado em um indivíduo imparcial, capaz de julgar de maneira apartidária e equânime.

Todavia, malgrado superados em sua forma inicial, é nesses institutos que surge a figura de um consultor que auxilia os sujeitos a encontrar o consenso, agindo como verdadeiro mediador. Segundo Cristina Ayoub Riche, "a solução de controvérsias por particulares já existia antes mesmo da criação do Estado. Todavia, naquela época, adotava-se o sistema da autodefesa ou da autotutela."[9]

Nesse sentido, a atividade exercida por um terceiro em tempos pretéritos, antes do monopólio estatal da atividade jurisdicional, é referida atualmente de "métodos alternativos de resolução de conflitos". O caminho para a aplicação atual da jurisdição, portanto, foi preparado por mecanismos que são tidos, pela doutrina, como extrajudiciais.

[9] FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA Rafael. Soluções alternativas de controvérsias no setor público, os fundamentos da justiça conciliativa. Rio de Janeiro: FGV, 2015 p. 16.

O que se conclui é que a crescente tendência à menor intervenção estatal na gestão de conflitos é, na realidade, um retorno à origem das formas de resolução de demandas, motivado pela incapacidade do Estado em atender às necessidades e aos anseios da sociedade somente por meio do processo jurisdicional.

O mencionado fenômeno de retorno é bem exprimido por Ada Pellegrini Grinover:

> Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o 'processo' jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.[10]

Observa-se, portanto, um retorno a antigos métodos de solução de conflitos, adaptados ao contexto atual. Esse recuo da jurisdição estatal, dando lugar a métodos alternativos de resolução de disputas, é uma manifestação do movimento neoconstitucional, outrora mencionado.

A ideia de reduzir a intervenção estatal na esfera privada se vincula à defesa de direitos fundamentais, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial. Segundo Eduardo Cambi, "o Estado é juridicamente limitado, enquanto os indivíduos são, essencialmente, livres e a sua autonomia constitucionalmente protegida."[11]

Na medida em que há espaço para a utilização de mecanismos extrajudiciais, avança-se em direção ao restabelecimento da paz social, de modo que, conforme o

[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, p. 22-27, abr. 2008. p. 22.

[11] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.27.

caso concreto, é mais vantajoso abrir mão dos meios tradicionais, que se apresentam financeiramente mais custosos e ineficazes.

A atuação mecanizada do Estado, que é justamente o oposto à menor intervenção, remonta à validade meramente formal do direito, no âmbito do Poder Legislativo, "no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica."[12] Ocorre que a influência que uma lei exerce sobre a realidade não será suficiente para alterá-la em favor da garantia de direitos fundamentais apenas com o atendimento a requisitos formais.

É necessário adotar uma postura de progressiva expansão das esferas dos direitos, limitando, sempre que necessário, a intervenção do Estado na gestão de conflitos, porém não a excluindo. A ideia não é tachar o processo judicial como meio ineficaz de todo modo, mas compreender que nem sempre será a ferramenta adequada a ser utilizada para a solução de controvérsias.

Por fim, conclui-se que, reinserindo antigos métodos de composição de controvérsias, sem necessariamente excluir a atividade jurisdicional, o Estado caminha para além da validade meramente formal do Direito. A partir da menor intervenção estatal na esfera privada, quando se trata da gestão de conflitos, garante-se o livre acesso à Justiça por meios judiciais ou extrajudiciais, conforme as peculiaridades do caso concreto.

1.2 Métodos consensuais de resolução de conflitos: caminhos adequados ao restabelecimento das relações sociais

[12]CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.37.

Compreendidos os fatores que geraram a atual postura do Estado em relação à gestão de conflitos, conclui-se que se instituiu um ambiente favorável ao aprimoramento de institutos extrajudiciais e consensuais, como a arbitragem, a conciliação e mediação, e, até mesmo, os *dispute boards*, objeto do presente artigo.

Aludidos institutos compõem os meios para solução de conflitos que eventualmente surjam na sociedade. A arbitragem, juntamente com a jurisdição estatal, representa a heterocomposição, na qual a solução do conflito é encontrada pela atuação de um terceiro que impõe a norma aplicável ao caso, por meio de uma sentença. Já a conciliação e a mediação representam a autocomposição, na qual não há a atuação de um juiz, mas sim de um conciliador, que auxilia as partes dando conselhos e sugestões, ou um mediador, que não sugere ou impõe solução alguma, mas facilita a comunicação entre os mediados. Sendo assim, a resolução da controvérsia depende unicamente da transação entre as partes.[13]

Em idêntico sentido, em 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Manual de Mediação Judicial, no qual expõe minucioso estudo sobre os métodos alternativos de resolução de disputas, sobretudo a conciliação e a mediação[14].

Entre as diversas características dos institutos, pode-se citar que a restauração e preservação do relacionamento entre as partes se destaca como diferencial em relação à jurisdição estatal. Com os meios consensuais, não se busca apenas resolver aquilo que foi trazido pelas partes aos autos, mas é dada importância capital à toda espiral do conflito, objetivando atingir o cerne da lide apresentada e considerando todas as suas peculiaridades.

[13]SCAVONE, Luiz Antônio Júnior. *Manual de arbitragem*: mediação e conciliação. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

[14]AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Manual de mediação judicial*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 23 out. 2018.

De acordo com o manual do CNJ, a conciliação, em especial, busca humanizar o processo de resolução de disputas, visando não só à elaboração de um acordo sobre a situação trazida, mas à efetiva harmonização social das partes, por meio de técnicas persuasivas, e não impositivas, demorando tempo suficiente para que os interessados compreendam que o conciliador está envolvido com o caso e que se importa com a solução.[15]

Percebe-se que a resolução de disputas pela conciliação tem um enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos[16], parecendo ser um caminho mais adequado ao restabelecimento das relações sociais do que a prestação jurisdicional estatal. Seus resultados não estão adstritos aos elementos trazidos pelas partes, mas transcendem os limites da verdade processual, por estar intimamente ligada à paz social.

As considerações acerca da conciliação e da sua capacidade de preservação da harmonia entre os interessados podem ser estendidas à mediação, uma vez que as diferenças entre as duas têm se reduzido progressivamente.

Em relação ao tema, Tania Almeida destaca:

> A preservação da relação entre os envolvidos no processo de Mediação e a identificação e aprendizado sobre a própria capacidade negocial são ganhos secundários desse processo. A Mediação tem nos interesses comuns dos litigantes e na satisfação mútua o seu objeto. É um processo destinado a articular esses interesses e a buscar atender todos aqueles neles envolvidos, direta ou indiretamente, afastando-os da adversalidade provocada pelos resultados em que alguém perde e alguém ganha. Ela tem por objetivo a autoria das

[15]AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Manual de mediação judicial*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 23 out. 2018. p.21.

[16]AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Manual de mediação judicial*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 23 out. 2018. p.22.

> partes para a solução construída, elemento essencial da satisfação mútua e da disponibilidade para o cumprimento do acordo dela advindo.[17]

A transcendência dos resultados não é aspecto restrito à mediação e à conciliação, mas compartilhado pelos métodos de resolução de controvérsias em geral, proporcionado pela natureza extrajudicial desses mecanismos.

Os *dispute boards* se identificam com os meios consensuais de resolução de conflitos na medida em que transportam a mesma forma de atuação a contratos privados e públicos, como, por exemplo, os de construção e os envolvendo a Fazenda Pública, respectivamente. Os conflitos são trabalhados em uma fase pré-arbitral por um comitê de especialistas, que auxilia as partes a encontrarem consensos sempre que necessário, evitando a jurisdição estatal, por motivos que serão melhor explorados mais adiante.

De todo modo, afirma-se que os métodos consensuais de resolução de conflitos representam caminho adequado para o restabelecimento da paz social, justamente por conta das técnicas aplicadas para se tratar as demandas, fazendo-o de forma humanizada, buscando a harmonização social e sempre com um enfoque prospectivo sobre o relacionamento das partes.

1.3 Juízo conclusivo em torno do movimento crescente de desjudicialização dos conflitos: a abertura e consolidação de espaços para a resolução privada dos conflitos

Conforme destacado nos tópicos anteriores, a postura neoconstitucionalista do Estado vem fomentando a crescente desjudicialização dos conflitos, permitindo

[17]ALMEIDA, Tania. *Século XXI:* a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. 2016. Disponível em: http://www.mediare.com.br/seculo-xxi-a-mediacao-de-conflitos-e-outros-metodos-nao-adversariais-de-resolucao-de-controversias/. Acesso em: 23 out. 2018.

que meios alternativos de resolução de conflitos sejam utilizados pelos particulares e, considerando os limites próprios, pela Fazenda Pública.

Visualiza-se, nesse contexto, traços do pensamento liberal da lei processual de Napoleão, que instituiu "um sistema que rompia com o *ancien régime*, propondo um sistema lógico, simples e racional focado na publicidade e na autonomia das partes."[18] O contraste dessa corrente de pensamento aparece com o estadismo do código processual austríaco, onde todo o controle do processo se concentrava nas mãos do juiz, já não mais havendo total autonomia das partes na resolução dos seus conflitos.[19]

Ocorre que tanto o liberalismo como o estadismo permeiam a lei processual civil brasileira, conferindo a ela ora caráter ditatorial e autoritário, ora caráter liberal. Trata-se de um processo de abertura gradual, em que se retira da responsabilidade do Estado, aos poucos, o monopólio da gestão dos conflitos, abrindo espaço para métodos consensuais e extrajudiciais de solucionar controvérsias.

A regulação dos métodos de resolução extrajudicial de conflitos já é de interesse dos parlamentares brasileiros, componentes das Casas do Congresso Nacional. Malgrado já utilizados em determinados contratos de construção civil em território nacional, os comitês de prevenção e solução de disputas ainda não possuem regulação própria, deixando o instituto em um período nebuloso, sem a imprescindível segurança jurídica.

[18]MACHADO, Marcelo Pacheco. *CPC, 28 de outubro, ditaduras e fascismo* . Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/cpc-28-de-outubro-ditaduras-e-fascismo-29102018. Acesso em: 23 nov. 2018.

[19]MACHADO, Marcelo Pacheco. *CPC, 28 de outubro, ditaduras e fascismo* . Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/cpc-28-de-outubro-ditaduras-e-fascismo-29102018. Acesso em: 23 nov. 2018.

Apesar da inexistência de regulamentação legal do mecanismo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em 2016, a existência dos *dispute boards*, bem como sua validade e eficácia, no julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, realizado pela 3ª Turma[20]. Destacou, em seu voto, que é plenamente possível que as partes ajustem um comitê criado para solucionar futuras e eventuais divergências ao longo da execução do contrato[21]. Ainda, afirmou que:

> [...] com o propósito de atender as particularidades de cada contrato, notadamente naqueles em que seus efeitos perduram ao longo do tempo, as partes podem reputar necessário, sob o enfoque da preservação do objeto contratual, ou mesmo desejável, sob o aspecto da manutenção do ambiente de cooperação e parceria entre os contratantes, que as pontuais divergências surgidas nesse interregno sejam imediatamente dirimidas por um terceiro ou um "colegiado" criado para tal propósito[22].

Da mesma forma, o Conselho da Justiça Federal editou os Enunciados n. 49, 76 e 80, em ocasião da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios[23]. Tais enunciados reconhecem a existência dos *dispute boards* e a validade de suas decisões vinculativas, quando na modalidade de "comitê decisório". Por fim, recomendam sua utilização como mecanismo de prevenção de litígios e redução de custos.

[20]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9)*. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa. Acesso em: 20 fev. 2019.

[21]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9)*. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa. Acesso em: 20 fev. 2019. p.19.

[22]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9)*. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa. Acesso em: 20 fev. 2019. p.19.

[23]CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em: 21 fev. 2019.

> A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.[24]

Apesar da existência de manifestações do STJ e do CJF, a consolidação do mecanismo se dará, em sua plenitude, com o seu reconhecimento legal, conferindo mais segurança jurídica a todos os envolvidos. As primeiras normas sobre os comitês de resolução de conflito estão sendo implementadas no Brasil paulatinamente, conforme a necessidade da população e a demanda para esta regulamentação.

Já é possível afirmar que o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) editou um regulamento para os *dispute boards*. Da mesma forma, atualmente "tramita um projeto de lei de autoria do senador Antônio Anastasia, que regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos"[25], com o fim de "dirimir conflitos de direitos patrimoniais disponíveis em contratos firmados pela administração pública"[26]. Trata-se do Projeto de Lei n. 206, de 2018, atualmente em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado[27].

Por fim, cabe destacar a Lei Municipal n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, iniciativa do Poder Legislativo de São Paulo.

---

[24]CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 2016. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/. Acesso em: 19 fev. 2019.

[25]ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018. Acesso em: 23 nov. 2018.

[26]BRASIL. Senado Federal. *Atividade Legislativa*. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057. Acesso em: 15 jan. 2019.

[27]BRASIL. Senado Federal. *Atividade Legislativa*. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057. Acesso em: 15 jan. 2019.

Isto é, o Estado cede cada vez mais espaço para os métodos alternativos e consensuais de solução de controvérsia, estando na iminência de consolidar definitivamente o mecanismo, estabelecendo seus regulamentos e limites, conferindo, não menos importante, a segurança jurídica.

2 O SURGIMENTO DAS TÉCNICAS DE *DISPUTE BOARDS* NO BRASIL

Após uma breve visualização das condições que ocasionaram o atual *status* do Estado diante de novas possibilidades de resolver conflitos, bem como dos objetivos e das peculiaridades dos métodos consensuais de solução de controvérsias, será possível adentrar na seara dos *dispute boards* e compreender o instituto e suas particularidades, bem como a sua aplicação.

Os *Dispute Boards*, ou Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, são mecanismos contratuais de resolução extrajudicial de disputas, presentes majoritariamente em contratos de construção e infraestrutura, diretamente atrelados ao princípio da autonomia da vontade.

Sua função primordial é auxiliar as partes, a fim de evitar, quando possível, o surgimento de controvérsias, ou, se já instauradas, proporcionar uma resolução célere, com maior custo benefício, sem que haja necessidade de judicializar o conflito e invocar cláusulas de arbitragem[28]. Representam, portanto, uma via pré-arbitral, uma vez que as partes poderão recorrer ao comitê antes da intervenção de um árbitro no conflito.

[28]CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018. p. 1.

Serão formados por profissionais técnicos nos assuntos pertinentes ao objeto do negócio jurídico, responsáveis por acompanhar a execução do contrato desde a sua formação, antes mesmo do surgimento de qualquer controvérsia. Isso porque o momento de formação dos *dispute boards* é fundamental para determinar a sua efetividade: recomenda-se que sejam organizados na constituição do contrato, e antes do início das obras[29]. Dessa forma, as partes não devem aguardar o surgimento de alguma controvérsia na execução do contrato para só então instituir os comitês, mas devem constituí-los como cláusulas originais do contrato, antes do início das obras[30].

Nas palavras de Arnold Wald, os *dispute boards* são:

> [...] os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards - DRB*) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards - DAB*) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards - CDB*), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes[31].

No mesmo sentido, é interessante ressaltar as palavras de Gilberto José Vaz sobre o assunto:

> Um *Dispute Board* é, numa descrição simplificada, uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao

[29]CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018. p. 1.

[30]AGENCY, Japan International Cooperation. *Dispute Board Manual*. 2012. Disponível em: https://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf/DisputeBoardManual_201203_e.pdf. Acesso em: 19 nov. 2018.

[31]WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005. p.18.

> longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de Dispute Board adotado, uma equação diferenciada de obrigatoriedade para as partes.[32]

Diante da proeminência que foram adquirindo ao longo do tempo, tanto o STJ quanto o CJF se manifestaram a respeito da aplicação no Brasil dos *dispute boards* como mecanismos contratuais, conforme mencionado anteriormente. Ademais, recentemente os comitês foram objetos da Lei Municipal n. 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, do Poder Legislativo de São Paulo, conforme mencionado anteriormente, utilizando-se das mesmas diretrizes fornecidas pelo direito americano, sua origem. Referida legislação serviu de inspiração para a elaboração do já mencionado Projeto de Lei do Senado n. 206. Conforme sua justificação, "é necessário fortalecer os mecanismos da administração pública consensual no Brasil, entendida como a tendência de se aproximar poder público e particulares para a edição de atos administrativos e resolução de controvérsias"[33].

Nesse sentido, a recente recepção do instituto pela doutrina brasileira foi fundamental para a expansão e popularização dos *dispute boards*, trazendo a necessidade de edição de leis regulamentadoras de suas atividades. Pode-se afirmar que se trata de uma consequência da sua utilização em casos práticos no Brasil, que serão mencionados oportunamente.

Em outras palavras, o Estado precisou, e ainda precisa, adequar sua legislação a fim de traduzir a realidade da sociedade, adequando as normas ao contexto em que estão inseridas. A necessidade de recepção dos *dispute boards* em legislação nacional

[32]VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 10, p.165-171, set. 2006.

[33]BRASIL. Senado Federal. *Atividade Legislativa*. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057. Acesso em: 15 jan. 2019.

deriva de um longo histórico de casos práticos, nos quais foram utilizadas ativamente as cláusulas dos comitês, evitando, sempre que possível, processos judiciais, e até mesmo a arbitragem. Os resultados da mencionada legislação ainda serão observados e, mesmo que ela não possua alcance nacional, é de grande significado, pois representa a recepção dos *dispute boards* no cenário brasileiro.

2.1 Ambientação do tema: breves anotações ao surgimento do instituto no cenário internacional

Considerando os comentários traçados até o momento, é importante destacar que os *dispute boards* passaram a ser objeto de frequentes estudos no país, diante de sua proeminência internacional. Sua principal fonte de informações são, por meio do Direito Comparado, as experiências estrangeiras, oriundas majoritariamente dos Estados Unidos da América.

Sendo assim, é interessante ressaltar que o surgimento dos *dispute boards* se deu no sistema da *Common Law*, tendo como local do seu nascedouro os Estados Unidos, em conjunturas moldadas pelas particularidades do cenário industrial e de grandes construções, principalmente após a segunda guerra mundial.

Os estudiosos do tema divergem quanto aos primeiros casos de aplicação do mecanismo. Na década de 1950, na qual imperava a informalidade, a arbitragem era tida como o principal instrumento de equilíbrio contratual. Todavia, devido à complexidade dos contratos de construção e dos litígios deles decorrentes, o modelo dos *dispute boards* se mostraram mais adequados às peculiaridades de sua execução, apresentando-se como mecanismo mais eficiente para a resolução dessas espécies de controvérsias.

Os primeiros registros de utilização de um comitê de resolução prévia de conflitos são da década de 1960, quando foi utilizado pela primeira vez o chamado *Joint Consulting Board*, modelo informal e experimental, na construção da barragem e da usina subterrânea localizadas ao norte da cidade de Spokane, Washington, nos Estados Unidos da América. Formado por quatro membros, sua função era oferecer soluções não vinculativas para as demandas que surgiam. As recomendações dadas pelo *JCB* foram devidamente seguidas, promovendo diversas mudanças administrativas, além de melhorarem a relação entre as partes, razões pelas quais o projeto foi concluído sem litígios.[34] Trata-se do modelo inicial do que viriam ser os *dispute boards*.

Gilberto José Vaz[35] menciona que os *dispute boards* foram utilizados oficialmente, pela primeira vez, na construção do *Eisenhower Tunnel*, em 1975, no Estado do Colorado. Após o desastre financeiro do projeto na construção do primeiro túnel do *Eisenhower Tunnel Project*, o segundo foi construído com o auxílio do Comitê, responsável por fazer recomendações não vinculativas sempre que necessário. O projeto foi extremamente bem sucedido, razão pela qual a utilização dos *dispute boards* foi difundida não só em projetos nos Estados Unidos, mas também no cenário internacional.[36]

[34]GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – selecting, nominating and appointing board members*. 2006. Disponível em: http://www.konfliktstrategi.dk/wp-content/uploads/2015/03/Establishing-Dispute-Boards-Dec-2006.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018. p. 2.

[35]VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação,* São Paulo, vol. 10, p.165-171, set. 2006.

[36]GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – selecting, nominating and appointing board members*. 2006. Disponível em: http://www.konfliktstrategi.dk/wp-content/uploads/2015/03/Establishing-Dispute-Boards-Dec-2006.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018. p. 2.

Dessa forma, o mecanismo teve projeção internacional, demonstrada pelos apontamentos de Arnoldo Wald[37], quando destaca a construção do Eurotunel, iniciada em 1988 e finalizada em 1994:

> [...] na prática, um exemplo de sucesso dos *dispute boards* ocorreu no caso da construção do Eurotunel [...]. São conhecidas as dificuldades técnicas e financeiras do túnel que foi construído debaixo do Canal da Mancha, tendo decorrido da magnitude da obra e de uma certa falta de previsão de custos, além de não terem sido inicialmente levadas em consideração certas exigências governamentais, para garantir a segurança, que vieram a ser feitas *a posteriori*. Mas, no plano jurídico, trata-se evidentemente, de um sucesso, pois os prazos, grosso modo, puderam ser respeitados.

Trata-se de um caso emblemático de utilização dos *dispute boards*, pois, apesar das dificuldades enfrentadas à época, o êxito foi alcançado em diversas etapas do empreendimento, inclusive no que tange ao cumprimento dos prazos, sem que se recorresse às cortes judiciais.

Os *dispute boards* são essencialmente frutos da autonomia da vontade, sendo que sua utilização experimental nos Estados Unidos e na Europa moldou o modelo que é aplicado atualmente: um mecanismo contratual utilizado conforme a vontade das partes, eficiente em sua função e economicamente viável às construtoras e incorporadoras, quando comparado ao processo judicial.

A fim de ilustrar o surgimento do mecanismo no Brasil, influenciado pelas pretéritas experiências estrangeiras, a tabela a seguir apresenta, em ordem cronológica, os principais eventos que contribuíram para a ampla utilização dos comitês.

[37]WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005. p. 20.

Tabela 1: A utilização dos *dispute boards* ao longo do tempo.

Evento	Descrição	Ano	Local
Joint Consulting Board	Modelo informal e experimental, na construção de barragem e de usina subterrânea.	1960	Washington, EUA.
Eisenhower Tunnel	Primeira utilização oficial dos *dispute boards* nos EUA.	1975	Colorado, EUA.
Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo	Primeira atuação dos *dispute boards* no Brasil, em contratos de construção do Poder Público.	2003	São Paulo, Brasil.
Julgamento do Recurso Especial nº 1.569.422-RJ (2015/0177694-9)	Reconhecimento pelo STJ da existência, eficácia e validade dos *dispute boards*.	2016	Brasília, Brasil.
Enunciados n. 49, 76 e 80 do Conselho da Justiça Federal	Reconhecimento e recomendação do CJF para a utilização dos *dispute boards* como mecanismo de prevenção de litígios.	2016	Brasília, Brasil.
Lei Municipal n. 16.873/2018	Primeira lei brasileira recepcionando o mecanismo, em nível municipal.	2018	São Paulo, Brasil.
Projeto de Lei do Senado n. 206/2018	Projeto de lei com o objetivo de regulamentar o mecanismo em nível federal.	2018	Brasília, Brasil.

Fonte: próprio autor.

2.2 Visões doutrinárias brasileiras a respeito do conceito, das origens e da natureza jurídica do *dispute board* – peculiaridades desse conjunto de metodologias auxiliares à gestão de contratos

É fundamental ter uma visão sobre os estudos promovidos pela doutrina brasileira a respeito do *dispute board*. Dessa maneira, será possível compreender de que forma o instituto tem sido recepcionado no país e como o mecanismo se comporta em diferentes situações, no âmbito dos contratos de construção civil.

Consoante já abordado, os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas estão se tornando objeto de estudos pela doutrina brasileira com cada vez mais frequência. A principal fonte de informações é, indubitavelmente, o Direito Comparado, na medida em que o cenário internacional mostra-se como nascedouro do instituto.

Na visão de Gilberto José Vaz,

> Um *dispute board* é, numa descrição simplificada, uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de Dispute Board adotado, uma equação diferenciada de obrigatoriedade para as partes.[38]

No mesmo sentido, Arnold Wald define os *dispute boards* como

> [...] os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards - DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards - DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), conforme o caso, e

[38]VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 10, p.165-171, set. 2006.

> dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.[39]

Utilizando-se do conceito firmado pela instituição americana Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), Fernando Marcondes define o mecanismo como:

> [...] um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva.[40]

Não obstante os apontamentos dos estudiosos acima mencionados, outras características são observadas por Karin Skitnevsky[41], como, por exemplo, a imprescindível confidencialidade do mecanismo, atribuindo eficiência à sua atuação e evitando insatisfações entre as partes.

Isabela Lacreta[42] ressalta ainda a voluntariedade, característica típica desses comitês, que são fundamentados na autonomia da vontade. Sua existência, de acordo com a autora, depende de um compromisso firmado entre as partes contratantes, que devem decidir sobre a resolução de eventuais controvérsias por um painel revisional.

A visão brasileira do instituto, portanto, gira em torno das raízes do mecanismo e do resultado de sua utilização no estrangeiro, importantíssimas fontes

[39]WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005. p. 18.

[40]MARCONDES, Fernando. Solução de Conflitos. *Cadernos FGV Projetos*. 2017. Disponível em: www.fgv.br/fgvprojetos. Acesso em: 09 out. 2018.

[41]SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards*: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 9.

[42]LACRETA, Isabela (org.). *Arbitragem nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 211.

que podem tornar robusta a expansão dos *dispute boards* no Brasil. Compreender essas fontes é imprescindível não só para avaliações práticas do instituto, como a que será feita pelo presente trabalho, mas também para servir de base para todo o pensamento jurisprudencial e doutrinário que será desenvolvido com a maior utilização do mecanismo em território nacional.

2.3 Repercussão contratual econômica do *dispute board*: o que considerar?

Além da análise das vantagens oferecidas pelo mecanismo ora estudado, não pode ser ignorada a perspectiva econômica de sua utilização. Isso porque faz parte do procedimento a escolha de membros do comitê, sua remuneração, os custos de viagens e despesas oriundas de sua atuação no local da construção.

A importância de traçar considerações acerca da repercussão econômica dos *dispute boards* reside na figura do titular da responsabilidade de arcar com os custos do mecanismo, e a razão para suas elevadas despesas.

O primeiro aspecto a se pensar é um dos princípios que justificam a utilização dos *dispute boards*: a autonomia da vontade. Os membros serão escolhidos pelas partes contratantes, e por elas remunerados durante todo o projeto. São os contratantes, os principais interessados na solução extrajudicial de demandas, que arcam com as diligências realizadas em prol do contrato de construção, como viagens e visitas técnicas.[43]

[43]GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – selecting, nominating and appointing board members*. 2006. Disponível em: http://www.konfliktstrategi.dk/wp-content/uploads/2015/03/Establishing-Dispute-Boards-Dec-2006.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018. p. 9.

Os gastos em questão assumiriam a natureza de "custos de seguro", tendo em vista a eficácia dos Comitês em reduzir drasticamente os riscos de disputas dispendiosas[44]. Assim, as partes contratantes investiriam, indiretamente, em uma espécie de seguro para a execução de seu projeto, ocasionando maior certeza no seu planejamento e orçamento.

Ocorre que o orçamento necessário para o uso do mecanismo irá variar conforme as dimensões do contrato. Isto porque um contrato que envolva uma obra maior exige um comitê mais bem estruturado e com mais membros. Donald Charrett[45] destaca que os custos para se manter um comitê composto de três membros seriam demasiadamente altos, sendo um desincentivo para sua utilização em projetos de menor orçamento. A fim de superar este obstáculo financeiro à sua implementação, seria possível implementar um *dispute board* de apenas um membro para projetos menos vultuosos. Isto é, flexibiliza-se a estrutura do mecanismo a fim de torna-lo viável para diferentes tipos de contratos.

Mesmo agregando ao contrato um custo real e significativo que não está presente naqueles que não usam um *dispute board*, a adoção do mecanismo costuma comprometer menos do que 0,25% do preço final do contrato[46]. Considerando sua capacidade de prevenir riscos de custos com demandas judiciais, bem como a natureza do investimento feito, conclui-se que os comitês são ferramentas extremamente úteis para as partes. Os obstáculos financeiros podem ser superados com a adaptação do Comitê, conforme as dimensões e necessidades dos contratos,

[44]CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018. p. 15.
[45]CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018. p. 15.
[46]CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018. p. 15.

como, por exemplo, reduzir a quantidade de membros, socialização dos custos e até mesmo o seu financiamento.

2.3.1 Gestão de contratos de considerável complexidade, quanto à interpretação e à execução, e de relações jurídicas duradouras: peculiaridades do microssistema relacional em tela

Quando se adentra na seara de contratos de considerável complexidade, muitos são os impactos causados pelos conflitos que surgem durante a execução do objeto, capazes de se prolongar por anos nos tribunais, sem qualquer solução prática e célere.

Nas palavras de Gustavo Altman[47],

> Uma auditoria recente do Tribunal de Contas da União (TCU) mostrou que há no Brasil 12 mil obras paralisadas. Por vezes, os trabalhos param por falta de orçamento. Em outras, por disputas técnicas – como ambientais e de engenharia – que se arrastam em tribunais país afora. Para solucionar esses conflitos, inerentes às obras públicas, um dos métodos mais eficazes para solução de conflitos nos canteiros de infraestrutura é o *dispute board*, comissão formada dentro do projeto para decidir sobre controvérsias da obra.

Nesse sentido, percebe-se que os contratos de construção e infraestrutura movimentam relevantes numerários, são de difícil e delicada execução, ao ponto de abrangerem a atuação de inúmeros profissionais qualificados, e devem seguir à risca o cronograma elaborado pelos contratantes.

Ressalta Pérsio Thomaz Ferreira Rosa[48], em seu artigo, que:

[47]ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018. Acesso em: 23 nov. 2018.

> Há, em casos dessa natureza, o envolvimento de diversos personagens, dada a multiplicidade de bens e serviços envolvidos na execução da obra, tal como o fornecimento de aço, cabos, concreto, mão-de-obra especializada em uma gama variada de serviços, e engenheiros também focados cada qual em sua especialidade.

Ademais, malgrado todas essas particularidades, estão sujeitos a imprevistos de cunho geológico que podem surgir ao longo de sua execução.

A jurisdição estatal, pois, deixa de oferecer os métodos mais adequados para resolver conflitos que eventualmente surjam no cumprimento desses contratos. Ainda, mesmo a arbitragem, mediação e conciliação "são processos mais lentos e custosos do que a instauração de um *dispute board*"[49], assinala o referido autor.

Afirma-se, portanto, que a desjudicialização das demandas pode ser vista como estratégia de gestão do próprio empreendimento. Isso porque, optando pelo processo tradicional, as partes deverão lidar com a típica morosidade do Poder Judiciário, o que compromete grandemente as construções, que, em tese, devem seguir os cronogramas elaborados, mas que geralmente são paralisadas à espera de uma solução judicial. Outrossim, os gastos com os processos afetam diretamente o orçamento das obras, refletindo, por exemplo, na margem de lucros dos contratantes.

Por outro lado, em um processo judicial, o magistrado é responsável por resolver o conflito, em busca da verdade real, mas tendo, às vezes, que se basear na verdade processual; a implicação que daí surge é a qualidade da decisão proferida

[48]ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os dispute boards e os contratos de construção*. 2009. Disponível em: http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

[49]ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018. Acesso em: 23 nov. 2018.

por um terceiro sem conhecimentos técnicos e fáticos, situação que, de modo geral, não ocorre quando os *dispute boards* são utilizados, uma vez que os membros do comitê devem ser profissionais com qualificação técnica específica do objeto do contrato.

O compromisso firmado pelos membros do comitê exige o cumprimento de determinadas características, imprescindíveis para o ideal funcionamento do mecanismo, quais são: neutralidade, imparcialidade, independência, publicidade, qualificação, experiência, disponibilidade e confidencialidade[50].

Todos esses aspectos dos membros do comitê moldam suas atitudes ao longo do projeto, conferindo aos *dispute boards* compromisso e seriedade em suas atividades. Nesse sentido, ao descrevê-los, pontua Karin Skitnevsky:

> [...] mecanismo de prevenção de controvérsias que apresenta uma solução rápida, confidencial, menos onerosa e mais eficiente aos conflitos que venham a surgir e tem como principal finalidade garantir a manutenção e gestão do contrato, dando continuidade ao projeto, evitando o desentendimento entre as partes, sendo assim um método alternativo ao judiciário ou à arbitragem.[51]

Enxerga-se, portanto, a utilização de *dispute boards* na execução contratos de construção e infraestrutura como parte de uma gestão estratégica, considerando que referidos contratos são de singular complexidade, capazes de movimentar vultuosos numerários, e geram relações jurídicas duradouras. São características que exigem a existência de um acompanhamento constante e preciso em relação ao cumprimento do contrato, necessidade que é, em tese, suprida pela atuação dos comitês.

[50]GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – selecting, nominating and appointing board members*. 2006. Disponível em: http://www.konfliktstrategi.dk/wp-content/uploads/2015/03/Establishing-Dispute-Boards-Dec-2006.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018. p. 15.

[51]SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards*: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 9.

3 ANÁLISE PRAGMÁTICA DE CASOS CONCRETOS

A fim de melhor visualizar as características dos *dispute boards* como mecanismo contratual de solução de controvérsias, serão analisados determinados casos práticos. Dessa forma, será possível observar sua aplicação prática, a viabilidade de sua utilização e a efetividade real de suas decisões. Em seguida, os dados analisados serão utilizados como fundamento para uma suposição do uso dos comitês em contratos imobiliários.

3.1 Expansão do Canal do Panamá – Construção do terceiro jogo de eclusas (Panamá)

Um dos casos de uso dos *dispute boards* de maior repercussão na América Latina se deu no Panamá, no projeto de expansão do Canal do Panamá, especificamente na construção do seu terceiro jogo de eclusas. Obra estimada em US$ 3,118 bilhões, teve seu início em 2007 e foi entregue em 25 de junho de 2016, pelo *Grupo Unidos por El Canal* (GUPC), responsável pela construção[52].

Foi instaurado um *Dispute Adjudication Board*, ou, *Junta de Resolución de Conflictos*, de três membros, competente para emitir decisões vinculativas às partes sempre que questões fossem levantadas. Suas decisões poderiam ser revisadas por meio de acordos amigáveis ou arbitragem, sempre através de uma "nota de insatisfação", ou, "nota de desconformidade", a ser apresentada pela parte que não

[52]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 106.

estiver satisfeita. A não apresentação desta nota tornaria a decisão definitiva entre as partes.[53]

Notadamente, nesse caso, a atuação da *Junta de Resolución de Conflictos* não demonstrou eficiência e efetividade próprias de um *dispute board*. Isso porque, apesar de muitas controvérsias terem sido solucionadas pelo Comitê, não se alcançou resultado satisfatório em inúmeras outras. Grande parte das decisões foi contestada pelas partes e levadas à instância arbitral. Pode-se mencionar que muitas delas permaneceram em disputa mesmo após o término das obras, aumentando inevitavelmente os custos inicialmente previstos. Menciona-se, a título exemplificativo, o montante final da obra: US$ 3,596 bilhões, valor acima do preço original do contrato adjudicado ao GUPC.[54]

A frequente insatisfação das partes com a atuação do *dispute board* delongou sobremaneira a resolução das controvérsias, provocando o aumento dos custos e não restabelecendo a paz social conforme a expectativa prevista inicialmente. Nesse caso, a atuação dos painéis se tornou ineficaz, causando, consequentemente, prejuízos às partes.

Percebe-se, portanto, que, não havendo eficácia e eficiência na atuação do comitê, e existindo recorrente insatisfação das partes quanto às suas decisões, submeter uma disputa a um *dispute board* pode ser considerada uma etapa desnecessária da resolução do conflito, visto que há considerável probabilidade de as

[53]RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise crítica das *cláusulas Dispute Board: eficiência e casos práticos. Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013. p.235*

[54]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 106.

demandas serem levadas ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário. Após a experiência brevemente relatada, os *dispute boards* não foram novamente utilizados em outros contratos de construção no Panamá.[55]

3.2 Construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo (Brasil)

Em 2003, o Governo do Estado de São Paulo lançou uma licitação internacional com o objetivo de construir a Linha 4 do Metrô, também conhecida como Linha Amarela. A obra seria financiada pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), vinculado ao Banco Mundial, que exige uma cláusula de *dispute board* nos contratos de financiamento com valor superior a 50 milhões de dólares. Dessa forma, este contrato administrativo previu, pela primeira vez no Brasil, a instituição de um painel de resolução de conflitos[56].

Foi formado um *Dispute Resolution Board* composto por três membros responsáveis por acompanhar a obra e emitir apenas recomendações. Os engenheiros Rui Arruda Camargo, Roberto Ricardino e Jorge Pinheiro Jobim foram os escolhidos, dois deles indicados pelas próprias partes, e um terceiro pelos outros dois para ser o presidente da junta[57]. O empreendimento em questão foi dividido em três contratos, que, juntos, somaram um total de US$ 1,55 bilhão. "Segundo os cálculos, essa junta custou, até o momento 0,06%, do contrato", provando que o

[55]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 107.

[56]COELHO, Arlis de Oliveira. *Dispute Board, meio extrajudicial de prevenção de litígios e preservação das relações negociais*. 2017. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2017. p. 47.

[57]DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. *Revista Brasil Engenharia*, São Paulo, ano 72, n. 621, p. 37, jul./set. 2014.

custo de um *dispute board* é considerado baixo se comparado à arbitragem ou a um processo judicial[58].

O engenheiro Rui Camargo esclarece que "essa junta de litígio da Linha 4-Amarela, nesse contrato específico, é peculiar, pois não tem a função de prevenir."[59] Isso porque ela era acionada somente quando o conflito já estava instaurado. A partir desta estratégia de atuação, as obras jamais foram paralisadas, cumprindo rigorosamente o calendário previsto. Todavia, todas as recomendações do comitê foram contestadas e levadas à arbitragem e, eventualmente, ao Poder Judiciário[60].

Fernando Marcondes[61] afirma que aludido fato deixa claro que a atuação deste *dispute board* não teve como objetivo a solução de conflitos. Ao contrário, seu maior objetivo foi, na realidade, evitar a paralisação das obras[62], o que de fato ocorreu.

A experiência pode ser considerada bem sucedida no que concerne à atuação exemplar dos profissionais da junta e aos custos para sua mantença, mas mal sucedida no que diz respeito à composição entre as partes, considerando os litígios pendentes, que perduraram até depois da entrega das obras.

---

[58]DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. *Revista Brasil Engenharia*, São Paulo, ano 72, n. 621, p. 37, jul./set. 2014.

[59]DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. *Revista Brasil Engenharia*, São Paulo, ano 72, n. 621, p. 37, jul./set. 2014.

[60]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 111.

[61]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 111.

[62]DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. *Revista Brasil Engenharia*, São Paulo, ano 72, n. 621, p. 37, jul./set. 2014.

3.3 A experiência do *Fondo del Milenio* e a construção da rodovia *Longitudinal del Norte* (El Salvador)

A experiência de Fomilenio é vista como referência para a atuação dos *dispute boards* salvadorenhos, ora chamados de "Mesas de Resolução de Disputas". O objeto do contrato consistiu principalmente na construção da rodovia *Longitudinal del Norte*, que conta com aproximadamente 300 quilômetros de extensão, finalizada em 2012. O custo total da obra girou em torno de US$ 460 milhões, divididos em 13 contratos, cada qual custando entre US$ 15 milhões e US$ 20 milhões[63].

A modalidade *ad hoc* foi escolhida para o funcionamento das mesas, apesar de ser totalmente desestimulada. Diferentemente do caso da construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, as mesas eram formadas apenas após o surgimento do litígio. Carlos Peñate Guzmán[64] afirma que a celeridade da atuação das mesas é seriamente comprometida na modalidade *ad hoc*. Isso porque o tempo que os membros da mesa levam para tomar conhecimento do caso, ouvir testemunhas e analisar documentos é consideravelmente maior do que se estivessem familiarizados com a execução da obra desde o início do contrato.

As mesas foram formadas doze vezes, em onze dos treze contratos firmados, tendo como principal controvérsia a interpretação de cláusulas contratuais. Em oito dos casos, as decisões emitidas foram amplamente acolhidas e cumpridas sem grandes dificuldades, sem a necessidade de se recorrer à via arbitral. Nos quatro

[63]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 109.

[64]GUZMÁN, Carlos A. Peñate. *Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad em los proyectos de construcción:* la experiencia en El Salvador. 2014. Disponível em: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf. Acesso em: 22 fev. 2019. p. 90.

casos restantes, em que houve impugnações, as decisões dos comitês não foram reformadas, mas sim, confirmadas pelos tribunais arbitrais.[65] Considera-se, portanto, bem sucedida a experiência salvadorenha na restauração da harmonia entre as partes da relação contratual.

Ademais, El Salvador editou em 2013 a chamada *Ley de Asocio Público-Privado*[66], que, em seu art. 93, prevê uma espécie de Mesa de Resolução de Disputas como forma de solução de litígios, tendo suas decisões o caráter recomendatório.

Apesar da controversa modalidade escolhida para o *dispute board*, a atuação dos membros das mesas foi exemplar. As decisões proferidas foram aceitas por todas as partes, e os litígios em vias judiciais e arbitrais, de um modo geral, foram evitados, conferindo aos comitês credibilidade ante sua eficiência e eficácia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente artigo é, além de analisar o instituto dos *dispute boards* em si, comentar sua aplicabilidade em contratos imobiliários de compra e venda. A estrutura criada para tanto aborda, em um primeiro momento, uma contextualização prévia dos métodos consensuais de resolução de conflitos, seguida da análise do surgimento das técnicas de *dispute boards* no Brasil. Após o estudo bibliográfico de visões doutrinárias, nacionais e internacionais, a respeito do tema, partiu-se para uma análise da aplicação pragmática dos comitês em casos concretos. Os resultados alcançados a partir desses estudos estão em conformidade com a linha

[65]MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017. p. 109.

[66]EL SALVADOR. Ley Especial de Asocio Público Privado. 2013. Disponível em: https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/1640. Acesso em: 22 fev. 2019.

de pensamento a respeito do mecanismo no exterior. Isto é, o seu uso é realmente efetivo e eficaz quando se trata de contratos de construção. Contudo, constatou-se que o desempenho dos *dispute boards* é diretamente influenciado pela disposição das partes em solucionar suas lides por meio do diálogo e do consenso.

Nesse sentido, os comitês são vantajosos às partes uma vez que estão submissos ao princípio da autonomia da vontade; proporcionam ume resolução célere das demandas; exigem um menor investimento financeiro, quando comparados à atividade jurisdicional estatal; são formados por profissionais com profundos conhecimentos técnicos acerca do objeto do contrato; sua atuação se inicia antes mesmo do surgimento de conflitos, além de possuírem flexibilidade quanto à composição dos painéis e quanto à obrigatoriedade de suas recomendações.

Outrossim, algumas dificuldades foram encontradas no que se refere a aplicação dos *dispute boards*. Pode-se mencionar a ausência de legislação federal que regule o assunto; os custos para sua implementação; a falta viabilidade prática do mecanismo quando sua atuação é direcionada às demandas dos consumidores finais; a ausência de disposição das partes em se submeter às recomendações dos comitês, sejam vinculativas ou não, e os impactos financeiros provocados por esta insubmissão.

Nesse sentido, entende-se que a ausência de legislação federal não impossibilita a sua utilização. Isso porque o julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422 pelo Superior Tribunal de Justiça reconheceu indubitavelmente que os *dispute boards* são aplicáveis no direito brasileiro. Além disso, o entendimento é ratificado pelos enunciados editados pelo Conselho da Justiça Federal, que, além de reconhecerem a validade dos painéis, recomendaram sua utilização na execução de

contratos de construção. Dessa forma, há um respaldo jurídico relevante e que dá credibilidade ao mecanismo, antes mesmo da edição de legislação federal para regular o assunto.

Quanto aos custos para a implementação dos painéis, pensa-se que há estratégias para torná-los viáveis. A fim de superar este obstáculo, seria possível criar um *dispute board* de apenas um membro para projetos menores. Isto é, faz-se uma série de alterações na estrutura do mecanismo a fim de torna-lo viável para diferentes tipos de contratos. Além disso, pode-se falar no financiamento desses custos, através de empresas especializadas, bem como na sua socialização entre as partes contratantes e os consumidores. Aos consumidores finais, os gastos com os painéis assumem a natureza de "custos de seguro", e seriam introduzidos por meio de cláusulas de natureza securitária, componentes do contrato de compra e venda.

Destaca-se, ainda, a ausência de viabilidade prática da implementação dos *dispute boards*, quando seu objetivo é solucionar diretamente demandas dos consumidores finais. Isso porque o conhecimento dos membros da mesa é restrito à execução da construção em si, e não abrange, via de regra, matérias consumeristas. A sugestão para que se solucione esta questão é restringir a atuação do comitê diretamente às demandas das construtoras envolvidas. Dessa forma, os benefícios do *board* alcançarão indiretamente os consumidores, na medida em que o painel tem o condão de prevenir a paralização das obras, solucionando as controvérsias sem que se prejudique o andamento da construção.

No tocante a disposição das partes em se submeter às recomendações ou decisões do comitê, trata-se de importante elemento para se obter resultados satisfatórios do *board*. Caso as partes não aceitem o que for recomendado, ou

decidido, os conflitos se estenderão à arbitragem e, possivelmente, ao Poder Judiciário. Os casos concretos analisados demonstram que, nestas ocasiões, as decisões do painel têm sido confirmadas. Porém, mesmo com estas ratificações, o conflito já ultrapassou os limites que dantes lutou-se para se respeitar, e os gastos econômicos foram naturalmente multiplicados. Uma sugestão para essa questão é romper com a cultura do litígio, e fomentar a do consenso por meio de incentivos à mediação e conciliação. O "[Poder] Judiciário vem conduzindo a sociedade a se conscientizar de que justiça não é sinônimo de litígio"[67], principalmente após as disposições do Novo Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, e da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a chamada Lei de Mediação. Nesse sentido,

> Romper a cultura do litígio e utilizar os métodos consensuais proporcionará, também, alívio ao Judiciário, recebendo menor número de demandas, podendo haver maior dedicação dos servidores e magistrados, bem como reduzindo o elevado tempo de espera até uma sentença definitiva. Dessa forma, resta evidente que o bom diálogo é o instrumento necessário para proporcionar vitalidade à nossa sociedade, contribuindo assim com sua constante evolução.[68]

Diante de todo o exposto, entende-se que a implementação dos *dispute boards* em contratos administrativos que envolvam o Poder Público tem grande utilidade para as partes contratantes, diante de seu relevante potencial de prevenção de conflitos, seu baixo custo relativo, e eficiência de suas decisões ou recomendações. Igualmente nos contratos imobiliários, sua aplicação se mostra vantajosa e possível,

[67]SAMAIRONE, Pedro. *Mudando paradigmas*: da cultura do litígio à cultura do consenso. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274104,51045-Mudando+paradigmas+da+cultura+do+litigio+a+cultura+do+consenso. Acesso em: 23. mar. 2019.

[68]SAMAIRONE, Pedro. *Mudando paradigmas*: da cultura do litígio à cultura do consenso. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274104,51045-Mudando+paradigmas+da+cultura+do+litigio+a+cultura+do+consenso. Acesso em: 23. mar. 2019.

diante da flexibilidade do mecanismo e sua adaptabilidade às peculiaridades de cada caso concreto.

Conclui-se afirmando que, assim como disposto na introdução do presente artigo, as particularidades dos contratos e das partes envolvidas influenciam diretamente o sucesso da experiência dos dispute boards, tanto em contratos administrativos, envolvendo o Poder Público, quanto em contratos privados, envolvendo construtoras e consumidores.

REFERÊNCIAS

AGENCY, Japan International Cooperation. *Dispute Board Manual*. 2012. Disponível em:https://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf/DisputeBoardManual_201203_e.pdf. Acesso em: 19 nov. 2018.

ALMEIDA, Tania. *Século XXI:* a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. 2016. Disponível em: http://www.mediare.com.br/seculo-xxi-a-mediacao-de-conflitos-e-outros-metodos-nao-adversariais-de-resolucao-de-controversias/. Acesso em: 23 out. 2018.

ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018. Acesso em: 23 nov. 2018.

AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Manual de mediação judicial*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 23 out. 2018.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy_of_artigo.pdf/view. Acesso em: 19 set. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm: Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9). EMENTA. RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam. 1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem,

pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem. 2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros. 2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada. 2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. 2.3 No caso, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, convenção de arbitragem, ainda que vazia, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário. Para tal propósito, é irrelevante o termo utilizado na avença ("avaliador", "arbitrador", etc). 3. As demandadas reconhecem, sem qualquer ressalva, a obrigação de adquirir a participação acionária, assumida por ocasião do acordo de unificação das companhias de navegação, nos

moldes dispostos na Primeira Carta a ele anexada, não se eximindo, é certo, de seu cumprimento. Pugnam, tão-somente, que se observe a integralidade das disposições insertas na aludida correspondência, notadamente em relação ao valor das ações a serem adquiridas, no que reside propriamente a controvérsia, cuja solução, como visto, foi atribuída à arbitragem, de modo definitivo e irrevogável, de modo a subtrair do Poder Judiciário o julgamento da questão. Ressai evidenciado, no ponto, a própria ausência do interesse de agir. 3.1 A jurisdição estatal, caso haja resistência de qualquer das partes em implementar a arbitragem convencionada – o que, por ora, apenas se pode atribuir ao próprio demandante – poderá, como visto, ser acionada para o exclusivo propósito de efetivar a instauração da arbitragem, a quem caberá solver a controvérsia reservada pelas partes, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 9.307/96. 4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa. Acesso em: 20 fev. 2019.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82–97, abr./jun. 1994.

CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018.

COELHO, Arlis de Oliveira. *Dispute Board, meio extrajudicial de prevenção de litígios e preservação das relações negociais*. 2017. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. 2016. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/. Acesso em: 19 fev. 2019.

DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. *Revista Brasil Engenharia*, São Paulo, ano 72, n. 621, p. 37, jul./set. 2014.

EL SALVADOR. *Ley Especial de Asocio Público Privado*. 2013. Disponível em: https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/1640. Acesso em: 22 fev. 2019.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sergio; ALMEIDA Rafael. *Soluções alternativas de controvérsias no setor público, os fundamentos da justiça conciliativa*. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards – selecting, nominating and appointing board members*. 2006. Disponível em: http://www.konfliktstrategi.dk/wp-content/uploads/2015/03/Establishing-Dispute-Boards-Dec-2006.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

GUZMÁN, Carlos A. Peñate. *Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad em los proyectos de construcción:* la experiencia en El Salvador. 2014. Disponível em: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol23.pdf. Acesso em: 22 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, p. 22-27, abr. 2008.

LACRETA, Isabela (org.). *Arbitragem nacional e internacional.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *CPC, 28 de outubro, ditaduras e fascismo* . Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/cpc-28-de-outubro-ditaduras-e-fascismo-29102018. Acesso em: 23 nov. 2018.

MARCONDES, Fernando. *Dispute board* em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV Projetos*. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 98-114, abr./maio 2017.

MARCONDES, Fernando. Solução de Conflitos. *Cadernos FGV Projetos*. 2017. Disponível em: www.fgv.br/fgvprojetos. Acesso em: 09 out. 2018.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio de. Análise crítica das cláusulas *Dispute Board*: eficiência e casos práticos. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 18, n. 2, p. 224-239, maio/ago. 2013.

RIGHTS, European Court of Human. *Convenção europeia dos direitos do homem*. 2000. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os dispute boards e os contratos de construção*. 2009. Disponível em: http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

SAMAIRONE, Pedro. *Mudando paradigmas*: da cultura do litígio à cultura do consenso. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274104,51045-Mudando+paradigmas+da+cultura+do+litigio+a+cultura+do+consenso. Acesso em: 23. mar. 2019.

SCAVONE, Luiz Antônio Júnior. *Manual de arbitragem*: mediação e conciliação. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *Dispute Boards*: meio de prevenção de controvérsias. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 10, p.165-171, set. 2006

WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de registrar aqui meus agradecimentos e honrar aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste curso. Que estas palavras permaneçam, assim como a minha gratidão.

Agradeço a Cristo por me fazer seu filho, pois, que adianta ao homem ganhar o mundo inteiro e perder a sua alma?



Em seguida, não só agradeço, mas dedico esse trabalho aos meus avós, Juventino Berlanda Costa, *in memoriam*, e Dalziza de Oliveira Costa, que me alimentaram dos melhores sonhos e tornaram a caminhada mais fácil e mais prazerosa. Sem o amor de vocês tudo seria mais difícil!

Registro minha gratidão à minha esposa, Aline, cuja felicidade é a razão e missão da minha vida. Aos meus pais, Marisa e Afrânio, e ao meu irmão, Rodrigo, devo todo o apoio e todo amor que me sustentou durante esses anos. Amo vocês!

Deixo, ainda, meus agradecimentos aos meus companheiros de jornada, antes colegas, hoje amigos. Em especial, Caio Nava, Octávio Augusto e Raíssa Alencar.

Por fim, obrigado, João F. Braga, por me orientar na elaboração do presente trabalho. Que ele não só contribua para o mundo jurídico, mas que seja o corolário de anos de esforço, investimento e de incontáveis horas de estudo.

A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEI 13.709/2018

Yasmin Sousa Monteiro

RESUMO

O trabalho tem por objetivo analisar os mecanismos institucionais, preventivos e repressivos de proteção de dados pessoais previstos na LGPD sob a ótica da efetividade. A originalidade do trabalho recai no baixo número de trabalhos acadêmicos que analisem especificamente os mecanismos de proteção de dados dispostos na LGPD. O método compreende a análise predominantemente do ordenamento jurídico brasileiro e tem como escopo apenas os mecanismos de proteção de dados pessoais oriundos da LGPD. Ao fim, a breve análise dos mecanismos institucionais, preventivos e repressivos de proteção de dados pessoais da LGPD permitem afirmar que a lei tem potencial para ser efetiva, desde que cada mecanismo cumpra o seu papel.

Palavras-chave: efetividade; mecanismos de proteção; dados pessoais; lei 13.709/2018.

INTRODUÇÃO

Os últimos anos foram marcados por diversos vazamentos de dados pessoais. O caso com maior número de vítimas afetadas no mundo, até hoje, atingiu um bilhão e cem milhões de cidadãos.[1] Porém, segundo relatório de segurança cibernética do Avast, os dez maiores casos de vazamento somam dois bilhões e

[1] AVAST. *Os últimos 10 maiores vazamentos de dados*. 2019. Disponível em: < https://blog.avast.com/pt-br/os-ultimos-10-maiores-vazamentos-de-dados>. Acesso em: 15 abr. 2019.

quatrocentos e trinta e oito milhões de usuários afetados, dentre cidadãos e empresas.[2]

O caso mais emblemático envolveu a campanha do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, e as empresas Facebook e Cambridge Analytica. O escândalo se deu em razão da exposição de dados de oitenta e sete milhões de usuários do Facebook para a empresa de consultoria política Cambridge Analytica, que trabalhava na campanha do então candidato à presidência.[3] Consequentemente, Mark Zuckerberg, presidente do Facebook e uma das figuras mais respeitadas no mercado da tecnologia, foi chamado a depor no parlamento americano[4] e europeu[5].

Os escândalos recorrentes relacionados à violação de dados pessoais suscitaram a edição de atos normativos por parte dos legisladores. A aprovação do General Data Protection Regulation (GDPR) na União Europeia, em vigor desde 2018, e a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, também em 2018, são fatos que impulsionaram o debate sobre o tratamento de dados pessoais na esfera do direito à privacidade.

A proteção da privacidade, de acordo com Helen Nissembaum, diz respeito não somente à limitação do acesso de informações pessoais, mas ao fluxo apropriado

[2] AVAST. *Os últimos 10 maiores vazamentos de dados*. 2019. Disponível em: < https://blog.avast.com/pt-br/os-ultimos-10-maiores-vazamentos-de-dados>. Acesso em: 15 abr. 2019.

[3] VOX. *The Facebook and Cambridge Analytica scandal, explained with a simple diagram*. 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/3/23/17151916/facebook-cambridge-analytica-trump-diagram>. Acesso em: 15 abr. 2019.

[4] THE GUARDIAN. *The key moments from Mark Zuckerberg's testimony to Congress*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/11/mark-zuckerbergs-testimony-to-congress-the-key-moments>. Acesso em: 15 abr. 2019.

[5] THE GUARDIAN. *Five things we learned from Mark Zuckerberg's European parliament appearance*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/22/five-things-we-learned-from-mark-zuckerbergs-european-parliament-appearance>. Acesso em: 15 abr. 2019.

de informações pessoais no seu contexto integral. Isto é, a proteção de dados no seu contexto integral permite não somente análises preditivas, mas também confere legitimidade aos sistemas de dados.[6]

No Brasil, o direito à privacidade é um direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X[7]. No intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade[8], a LGPD estabelece o respeito à privacidade como um dos seus principais (artigo 2º, inciso I)[9].

A LGPD é aplicável "a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de

6 NISSEMBAUM, Helen. *Privacy in context*: technology, policy and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 2

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

8 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

9 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; [...]

dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional" (art. 3º, inc. I, II, III).

É considerado dado pessoal "a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (art. 5º, inc. I). A lei faz diferenciação entre o dado pessoal e o dado pessoal sensível, que é definido como o "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (art. 5º, inc. II). O titular do dado pessoal é "qualquer pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento" (art. 5º, inc. V).

O tratamento de dado pessoal é conceituado como "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (art. 4º, inc. X).

Um dos grandes debates sobre a LGPD diz respeito sobre os mecanismos de proteção de dados pessoais e se esses mecanismos criados pela lei terão a efetividade necessária para garantir o cumprimento do seu objetivo. O objetivo da LGPD é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para isso, a LGPD tem como fundamentos o respeito à privacidade (art. 2º, inc. I); a autodeterminação informativa (art. 2º, inc. II); a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (art. 2º, inc. III); a inviolabilidade da

intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, inc. IV); o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (art. 2º, inc. V); a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2º, inc. VI); e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, inc. VII).

Ainda, a LGPD tem como princípios a finalidade do tratamento, a adequação do tratamento, a necessidade do tratamento, o livre acesso dos titulares ao tratamento, a qualidade dos dados, a transparência, a segurança, a prevenção, a não discriminação e a responsabilização e prestação de contas.[10]

No presente artigo, serão analisados os mecanismos institucionais, preventivos e repressivos de proteção de dados pessoais previstos na LGPD sob a

[10] BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

ótica da efetividade.[11] Isto é, se os mecanismos de proteção de dados pessoais criados no sistema normativo brasileiro são aptos para alcançar os objetivos propostos.

Não é o foco do trabalho analisar institutos do GDPR e nem de outros instrumentos normativos internacionais ou estrangeiros. A análise é predominantemente do ordenamento jurídico brasileiro e tem como escopo apenas os mecanismos de proteção de dados pessoais oriundos da LGPD. Além disso, alguns temas da própria LGPD não serão abordados, como o tratamento de dados pessoais pelo poder público e a transferência internacional de dados.

A originalidade do trabalho recai no baixo número de trabalhos acadêmicos que analisem especificamente os mecanismos de proteção de dados dispostos na LGPD. A metodologia utilizada será revisão bibliográfica, através da busca de textos acadêmicos ou de relevante valor científico por meio das palavras chaves em provedores de pesquisa na internet.

Inicialmente, serão analisadas as medidas preventivas de proteção de dados, que constituem boas práticas de governança e compliance na tecnologia da informação. Em seguida, serão analisadas as medidas repressivas, oriundas da responsabilização civil e administrativa decorrente da violação da LGPD.

1 A EFETIVIDADE DOS AGENTES E DA AUTORIDADE NACIONAL COMO MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

[11] CASTRO, Rodrigo. Eficácia, eficiência e efetividade na Administração Pública. EnANPAD. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

A LGPD possui dois mecanismos institucionais de proteção de dados pessoais. O primeiro mecanismo é a instituição de agentes de proteção de dados pessoais, nas figuras do controlador e do operador, além da figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais. O segundo mecanismo é a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com a função principal de zelar pela proteção de dados pessoais por meio do exercício de competências normativa, deliberativa, fiscalizadora e sancionatória.

1.1 Os agentes e o encarregado pelo tratamento de dados pessoais

A LGPD define dois tipos de agentes de tratamento de dados pessoais: o controlador e o operador (art. 4º, inc. VI, VII e IX). Além disso, a lei define uma terceira pessoa, que fará o papel de encarregado pelo tratamento de dados pessoais (art. 4º, inc. VIII). Veja-se o teor dos dispositivos:

> "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
>
> VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
>
> VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados;
>
> IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;"

O controlador e o operador são obrigados a manter o registro das operações de tratamento de dados que realizarem (art. 37). A LGPD estabelece a hierarquia funcional entre o operador e o controlador, na qual o operador deve realizar o

tratamento de dados segundo instruções fornecidas pelo controlador. Ainda, estabelece a competência do controlador em observar as instruções e normas próprias sobre o tratamento de dados (art. 39).

O controlador é competente, também, para elaborar o relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive dados pessoais sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, que poderão ser exigidos pela autoridade nacional (art. 38). A LGPD prevê requisitos mínimos para a elaboração do relatório: a descrição dos tipos de dados coletados; a metodologia utilizada para a coleta; a metodologia utilizada para garantir a segurança das informações; e a análise do controlador com relação aos mecanismos de mitigação de risco adotados (art. 38, parágrafo único).

Patrícia Peck Pinheiro, ao comentar a lei, afirma que o controlador é o detentor do consentimento do titular e, por isso, é o responsável pelo ciclo de vida dos dados pessoais. Ele, também, é o responsável não só pelo registro das operações de tratamento de dados pessoais, mas pela revisão e atualização dos procedimentos adotados para que, então, a proteção dos dados pessoais seja efetiva.[12]

O GDPR pode ser utilizado como complementação à visão da necessidade da revisão e atualização dos dados pessoais, conforme expressamente dispõem os arts. 24[13] e 30[14]. Isso demonstra o cumprimento dos propósitos de tratamento de dados através da transparência e do controle das ações.[15]

---

[12] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[13] UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a

Além disso, a LGPD prevê a figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais. O encarregado é indicado pelo controlador (art. 41) e tem como principais atividades: aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências (art. 41, § 2º, inciso I); receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências (inciso II); orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais (inciso III) e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares (inciso IV).

Em síntese, a figura do encarregado assegura que as informações fiquem centralizadas, certificando o controlador de que a aplicação das normas receberá a efetiva validação.[16]

Os agentes e o encarregado pelo tratamento de dados pessoais são figuras de controle interno das empresas, que zelarão pela proteção de dados pessoais durante o exercício da atividade empresarial. A efetividade dos agentes e do encarregado

---

Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 15 abr. 2019. "Taking into account the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed in accordance with this Regulation. Those measures shall be reviewed and updated where necessary."

[14] UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 15 abr. 2019. "Each controller and, where applicable, the controller's representative, shall maintain a record of processing activities under its responsibility. […]"

[15] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[16] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

dependerá não só da sua atuação no ambiente interno da empresa, mas também da sua atuação em conjunto com uma autoridade nacional, que fará o papel de zelar pela proteção de dados pessoais da perspectiva externa das empresas.

1.2 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais

A LGPD, alterada pela Medida Provisória nº 869, de 2018, cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), órgão integrante da administração pública federal que integra a estrutura da Presidência da República (art. 55-A), dotada de autonomia técnica (art. 55-B).

A ANPD é composta por pelo Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio e unidade administrativas e especializadas (art. 55-C).

O Conselho Diretor da ANPD, órgão máximo de direção, é composto por cinco diretores nomeados pelo Presidente da República, escolhidos dentre brasileiros de reputação ilibada, com nível superior de educação e elevado conceito no campo que atuarão, para cumprimento de um mandato de quatro anos (art. 55-D, §§ 1º, 2º e 3º).

Os membros do Conselho Diretor da ANPD só perderão o cargo em razão de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou demissão decorrente de processo administrativo disciplinar, cuja competência de instauração é do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil e de julgamento é do Presidente da República, que poderá inclusive afastar preventivamente o conselheiro durante o processo (art. 55-

E). Após o exercício do cargo, os conselheiros se submetem à disciplina de conflito de interesses do art. 6º da Lei nº 12.813, de 2013[17].

A ANPD tem como competência principal "zelar pela proteção dos dados pessoais" (art. 55-J, inc. I). Para isso, suas competências mais relevantes são: "editar normas e procedimentos sobre a proteção de dados pessoais" (inc. II); deliberar sobre a interpretação da LGPD, suas competências e os casos omissos (inc. III); requisitar informações aos controladores e operadores de dados pessoais (inc. IV); implementar mecanismos para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com a Lei (inc. V); fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo (inc. VI); comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento (inc. VII).[18]

---

17 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União: a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego; b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado; c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

18 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Além disso, possui competências para "difundir na sociedade o conhecimento sobre as normas e as políticas públicas de proteção de dados pessoais e sobre as medidas de segurança" (inc. IX); "estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle e proteção

A criação de uma autoridade nacional deriva da convergência do legislador brasileiro ao modelo teórico da regulação de risco. A regulação de risco tem origem na resolução de problemas ambientais e de saúde e deriva da ideia de que o risco é o elemento central de normas que visam proteger direitos e liberdades coletivos.[19]

Rafael Zanatta afirma que o modelo de regulação de risco na LGPD privilegia a reunião de informações sobre os riscos regulados, a criação de padrões de conduta e, principalmente, o *enforcement* e o monitoramento das mudanças de comportamento social. Para alcançar a efetividade desejada, a LGPD deposita o *enforcement* do seu modelo regulatório na capacidade institucional de uma agência reguladora.[20]

A criação de uma autoridade com características de uma agência reguladora para interpretar a LGPD está de acordo com a visão de Cass Sunstein e Adrian Vermeule a respeito das capacidades institucionais. Ao comparar a capacidade institucional de cortes e agências na interpretação de conflitos regulatórios, os autores evidenciam que as agências reguladoras possuem um nível superior de competências técnicas e, portanto, estão melhor posicionadas para decidir qual é o melhor sentido do texto normativo. Além disso, a proximidade das agências com a

dos titulares sobre seus dados pessoais, consideradas as especificidades das atividades e o porte dos controladores" (inc. X); "elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade" (XI); realizar consultas públicas para colher sugestões sobre temas de relevante interesse público na área de atuação da ANPD (inc. XIII); "realizar, previamente à edição de resoluções, a oitiva de entidades ou órgãos da administração pública que sejam responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica" (inc. XIV); "articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação" (inc. XV)

[19] ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de dados pessoais como regulação de risco*: uma nova moldura teórica? I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro, 2017. p. 181-188.

[20] ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de dados pessoais como regulação de risco*: uma nova moldura teórica? I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro, 2017. p. 181-188.

atividade regulada permite melhor percepção sobre quais fatos representam ameaças reais ao cumprimento da lei.[21]

Entendendo da mesma forma, Patrícia Peck Pinheiro ao analisar o artigo 40 da LGPD[22], verifica que o poder de fiscalização da ANPD é relevante, pois o emprego de padrões de ação por esses órgãos facilita o cumprimento das normas. Logo, como a regulação dos dados pessoais será efetuada por uma agência nacional, a aplicação das sanções deve seguir os mesmos nortes e princípios do direito administrativo.[23]

No entanto, a efetividade do modelo de regulação de risco pode ser ameaçada no Brasil pela judicialização de medidas regulatórias e administrativas, com a imposição de barreiras procedimentais estratégicas por interesses econômicos específicos. Ainda, há a possibilidade de isolamento do cidadão comum do debate a respeito da proteção de dados pessoais, de modo que as negociações coletivas sejam protagonizadas apenas por grandes empresas de tecnologia e entidades civis altamente especializadas como a autoridade reguladora.[24]

---

[21] SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Public law and legal theory working paper nº 28. Chicago, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles>. Acesso em: 15 abr. 2019.

[22] BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019. Art. 40. A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência.

[23] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[24] ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de dados pessoais como regulação de risco*: uma nova moldura teórica? I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro, 2017.



Consequentemente, a efetividade dos mecanismos institucionais de proteção de dados pessoais está atrelada à capacidade dos agentes e do encarregado, no ambiente interno, e da ANPD, no ambiente externo, de conformar a atividade empresarial à LGPD por meio da implementação de mecanismos preventivos de proteção de dados pessoais – a adoção de medidas de segurança e a formulação de regras de boas práticas e governança.

2. A EFETIVIDADE DA SEGURANÇA E DAS BOAS PRÁTICAS COMO MECANISMOS PREVENTIVOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A LGPD possui dois mecanismos preventivos de proteção de dados pessoais. O primeiro mecanismo é a adoção de medidas de segurança aptas a proteger e evitar situações acidentais ou ilícitas de obtenção, tratamento ou perda de dados pessoais. O segundo mecanismo é a formulação de regras de boas práticas e de governança corporativa que estabeleçam a organização, os procedimentos, os padrões técnicos, os mecanismos internos de supervisão e mitigação de riscos e as obrigações dos envolvidos no tratamento de dados pessoais.

De acordo com Patrícia Peck Pinheiro, a LGPD busca estimular a aplicação de seus dispositivos em caráter preventivo, ou seja, exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital; investimento; atualização de ferramentas de segurança de dados; revisão documental; melhoria de procedimentos e fluxos internos e externos de

dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.[25]

2.1 A adoção de medidas de segurança

A LGPD obriga os agentes de tratamento a adotarem medidas de segurança de natureza técnica e administrativa para proteger dados pessoais, desde a fase de concepção do produto ou serviço até a etapa de execução. Veja-se o teor do art. 46:

> "Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.
>
> § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.
>
> § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução."

A LGPD afirma que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança e delega à ANPD a regulamentação específica a respeito de quais são os padrões de segurança a que se refere. Em se tratando de padrões de segurança da

[25] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

informação, é indispensável observar as normas editadas pela Organização Internacional de Padronização (International Standardization Organization - ISO).[26]

A organização possui um conjunto de normas técnicas e de procedimentos relativos aos sistemas de gerenciamento de segurança da informação, denominada ISO/IEC 27.000[27], revisada pela última vez em 2018. O conjunto de normas tem como principais regramentos a ISO/IEC 27.001[28] e a ISO/IEC 27.002[29], a primeira voltada para a certificação internacional de empresas e a segunda direcionada à certificação internacional de profissionais.

As normas da ISO são recomendadas pela Agência Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), uma vez que são projetadas para serem aplicadas em organizações de qualquer tipo e tamanho, sejam elas empresas, organizações sem fins lucrativos ou agências governamentais.[30]

Ainda, a LGPD dispõe que em caso de eventual incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante para os titulares dos dados pessoais, o controlador deverá comunicar as informações da ocorrência à autoridade nacional e

---

[26] SÁ JUNIOR, Sergio Ricardo C. *A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no brasil*. 2019. Monografia de especialização – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 29.

[27] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.000/2018* - information technology - security techniques - information security management systems - overview and vocabulary. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/73906.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

[28] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.001/2013* - information technology - security techniques - information security management systems - requirements. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/54534.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

[29] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.002/2013* - information technology - security techniques - code of practice for information security controls. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/54533.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

[30] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ISO/IEC 27000*: norma internacional de segurança da informação é revisada. 2018. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/noticias/5777-iso-iec-27000-norma-internacional-de-seguranca-da-informacao-e-revisada>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ao titular em prazo razoável (art. 48, caput e § 1º). Em seguida, a autoridade nacional deverá apurar a gravidade do incidente e, se for o caso, determinar ao controlador a adoção de providências (art. 48, § 2º), bem como avaliará se foram tomadas as medidas técnicas adequadas (art. 48, § 3º).

Enquanto na normativa brasileira, o legislador preferiu apenas definir que a comunicação seja feita em prazo razoável, o GDPR, ao contrário, aponta no artigo 33 que a notificação deve ocorrer sem demora injustificada e sempre que possível em até 72 horas após ter conhecimento do ocorrido.[31] Nesse ponto, o GDPR buscou ser mais efetivo do que a LGPD e portanto, pode ser um parâmetro a ser observado.

Diante do exposto, as medidas de segurança de natureza técnica e administrativa para proteção de dados pessoais só serão efetivas se estiverem diretamente relacionadas com a formulação de regras de boas práticas e de governança.

2.2 A formulação de regras de boas práticas e de governança

A LGPD faculta aos controladores e operadores de tratamentos de dados pessoais a formulação de regras de boas práticas e de governança. Veja-se o teor do art. 50, a seguir:

> "Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e

[31] PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

> petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais."

A lei prevê alguns parâmetros para consideração do controlador e do operador no momento de elaboração das regras de boas práticas, como a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e gravidade dos riscos e benefícios decorrentes do tratamento de dados do titular (art. 50, § 1º).

A lei recomenda a implementação de um programa de governança em privacidade, com base nos princípios da segurança e da prevenção. O programa deve levar em consideração a estrutura, escala e volume das operações, bem como a sensibilidade dos dados e a probabilidade e gravidade dos danos para os titulares dos dados (art. 50, § 2º). Além disso, deve cumprir com os requisitos mínimos a seguir (art. 50, § 2º, I):

> "a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
>
> b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
>
> c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
>
> d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
>
> e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;

> f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
>
> g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
>
> h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas."

Ainda, a lei recomenda que seja demonstrada a efetividade do programa de governança em privacidade quando apropriado, especialmente a pedido da ANPD ou outra entidade que de qualquer forma promova o cumprimento da LGPD (art. 50, § 2º, II).

A Gartner, empresa de consultoria referência no mercado de tecnologia da informação, fornece uma definição de boas práticas de governança:

> "especificação das razões de decisão e de um quadro de responsabilidades para incentivar a implementação de boas práticas na criação, armazenamento, uso, avaliação e arquivamento de informação. Inclui os processos, responsabilidades e métricas que garantem o uso eficiente da informação para permitir que uma organização atinja seus objetivos."[32]

A introdução de medidas e regras de boas práticas e de governança é essencial para que todos os requisitos necessários à proteção dos dados pessoas sejam efetivados, segundo Patrícia Peck Pinheiro.[33]

---

[32] GARTNER IT GLOSSARY. *Information governance*. Disponível em: <https://www.gartner.com/it-glossary/information-governance>. Acesso em: 15 abr. 2019. Tradução livre do trecho: "Gartner defines information governance as the specification of decision rights and an accountability framework to ensure appropriate behavior in the valuation, creation, storage, use, archiving and deletion of information. It includes the processes, roles and policies, standards and metrics that ensure the effective and efficient use of information in enabling an organization to achieve its goals."

[33] PINHEIRO, Patrícia P. *Proteção de dados pessoais*: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A autora observa que a lei prevê e exige que existam encarregados da proteção dos dados pessoais nas organizações. Ainda, o controlador e o operador devem pensar em regras e meios técnicos para proteger os dados pessoais e comprovar sua efetividade nas empresas, seja por aplicação de recursos de anonimização, controle de acesso, procedimentos, políticas de gestão e treinamentos para equipes. [34]

Nesse sentido, as empresas devem adequar suas políticas de segurança da informação, bem como seus regulamentos internos de segurança da informação e seus termos de uso da segurança da informação.[35]

As boas práticas e a governança não se restringem ao setor de tecnologia da informação de uma empresa. Na verdade, as políticas de segurança de informação deverão ser observadas desde a concepção dos produtos e serviços de uma empresa.

Isso porquê a LGPD impõe a adequação da atividade empresarial ao conceito de privacidade por design - privacy by design (art. 46, § 2º). O termo privacy by design é definido na GDPR como a "proteção de dados por meio do design de tecnologias". Isso significa que as medidas de proteção à privacidade devem ser incorporadas às soluções tecnológicas oferecidas pelas empresas desde a etapa inicial de planejamento. Desse modo, as empresas são responsáveis, também, por capacitar permanentemente todos os seus colaboradores que participam do desenvolvimento

[34] PINHEIRO, Patrícia P. *Proteção de dados pessoais*: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[35] LIMA, Caio Cesar C., MONTEIRO, Renato L. *Panorama brasileiro sobre a proteção de dados pessoais*: discussão e análise comparada. Revista A.to.Z., Curitiba, v.2, n.1, UFPR, 2013. p. 69.

de tecnologias nas políticas de segurança da informação e em normas internas de processamento de dados.[36]

As empresas certamente terão dificuldades de se conformar à LGPD, em razão do elevado número de alterações que deverão proceder no cotidiano de sua atividade empresarial. Para que as boas práticas e a governança sejam efetivas, portanto, existem diversas consultorias e escritórios de advocacia que se dispõe auxílio no processo de conformação.

Enquanto a lei ainda não está em vigor, é possível encontrar diversas cartilhas e artigos de associações, consultorias, escritórios de advocacia, bem como a oferta de serviços consultivos para conformação de empresas com base na LGPD.[37]

Ocorre que, a efetividade dos mecanismos preventivos de proteção de dados pessoais seja pela adoção de medidas de segurança, seja pela formulação de regras de boas práticas e de governança só terão enforcement se forem interpretadas em

[36] KUJAWSKI, Fabio F., THOMAZ, Alan C. E. *Brazil*. In: RAUL, Alan C. (coord.). The privacy, data protection and cybersecurity law review. 5ª ed. Derbyshire: Encompass Print Solutions, 2018. p. 105.

[37] À título de exemplo, cite-se a FIESP, disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=252615>; Ernest Young, disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/018-07-Folder-Cyber-PLC53/$File/2018-07-Folder-Cyber-PLC53-FINAL-simples.pdf>; PricewaterhouseCoopers, disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/consultoria-negocios/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais.html?utm_campaign=59553fef94a326580f02325f&utm_content=5baaa33104e4f4000100c659&utm_medium=smarpshare&utm_source=twitter>; Thomson Reuters, disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/thomson-reuters-legal-whitepaper-lei-geral-de-protecao-de-dados.pdf>; Mattos Filho, disponível em: <http://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/bdtv/>; Machado Meyer, disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/index.php?option=com_content&catid=112&id=9087&view=article&Itemid=614&nosef=1&lang=pt>; Levy e Salomão, disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20180815112303_nova-lei-de-protecao-de-dados-pessoais-e-atividade-jornalistica.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

conjunto com as regras de responsabilização administrativa e civil como mecanismos repressivos de proteção de dados pessoais.

3 A EFETIVIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL COMO MECANISMOS REPRESSIVOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A LGPD possui dois mecanismos repressivos de proteção de dados pessoais. O primeiro mecanismo é a responsabilização administrativa por meio de sanções aplicáveis pela autoridade nacional (ANPD), como a advertência, multa, publicização da infração, bloqueio e eliminação de dados pessoais. O segundo mecanismo é a responsabilização civil e o ressarcimento de danos, por meio do acionamento dos mecanismos tradicionais de jurisdição do Poder Judiciário.

3.1 A responsabilidade administrativa por meio de sanções

A LGPD prevê a responsabilização administrativa dos agentes de tratamento de dados em razão das infrações cometidas em prejuízo das disposições normativas que institui, por meio das seguintes sanções estabelecidas no art. 52, a seguir:

> "Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:
>
> I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
>
> II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

> III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
>
> IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
>
> V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
>
> VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;"

A aplicação das sanções será feita após procedimento administrativo, assegurada a oportunidade de ampla defesa, que considerará os seguintes parâmetros (art. 52, § 1º):

> "I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
>
> II - a boa-fé do infrator;
>
> III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
>
> IV - a condição econômica do infrator;
>
> V - a reincidência;
>
> VI - o grau do dano;
>
> VII - a cooperação do infrator;
>
> VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei;
>
> IX - a adoção de política de boas práticas e governança;
>
> X - a pronta adoção de medidas corretivas; e
>
> XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção."

Na aplicação da multa, a LGPD obriga a ANPD a considerar o faturamento total da empresa ou do grupo de empresas, desde que não disponha do valor do faturamento no ramo da atividade empresarial na qual tenha ocorrido a infração

(art. 52, § 4º). Ainda, impõe à ANPD a emissão de regulamento próprio sobre as metodologias de cálculo do valor-base das sanções de multa previstas na LGPD após a realização de consulta pública (art. 53). No caso do cálculo do valor de multas diárias, a ANPD deverá observar parâmetros como a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado (art. 54).

As penalidades por multa levam em consideração valores elevados, o que implica em maior efetividade da norma.[38] Mesmo que um controlador ou operador esteja seguindo todas as melhores práticas e aplicando todos os controles, ainda assim, pode haver a infração e o incidente de vazamento de dados pessoais.[39]

A vacatio legis da LGPD impede que as multas sejam aplicadas até que a lei entre, efetivamente, em vigor. Porém a previsão de multas para violações à privacidade no tratamento de dados não são novidade no setor de tecnologia.

O relatório de vazamentos de dados da DLA Piper de fevereiro de 2019 demonstra que o GDPR já foi utilizado para a aplicação de 91 multas, no universo de 59 mil denúncias de vazamentos de dados, desde que entrou em vigor.

Dentre os diversos casos de sanção administrativa por violação à GDPR, a maior multa foi aplicada em 2019 pela autoridade de proteção de dados da França contra a Google, no valor de 57 (cinquenta e sete) milhões de euros. Segundo a autoridade francesa, o mecanismo de busca da empresa não cumpriu com os requisitos de transparência, informação e consentimento, previstos na GDPR. (reuters)

[38] PINHEIRO, Patrícia P. *Proteção de dados pessoais*: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[39] PINHEIRO, Patrícia P. *Proteção de dados pessoais*: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Antes mesmo do GDPR entrar em vigor, houve outro caso emblemático de aplicação de multa por violação de dados pessoais. A multa se deu em razão de um acordo fechado entre a Procuradoria Geral de Nova York com a empresa Uber, em 2016, em razão do vazamento de dados de 600.000 (seiscentos mil) motoristas e 57 (cinquenta e sete) milhões de usuários da plataforma. O valor total da multa foi de 148 milhões de dólares americanos.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro, o cálculo do valor-base na aplicação das sanções de multa, deve-se considerar o caso específico e o princípio constitucional da proporcionalidade. Ainda, deve haver um controle nas aplicações das punições, visando que elas possuem um caráter geral no setor da economia e podem atingir tanto pequenas empresas, quanto empresas que assumem maiores riscos.[40]

Consequentemente, a efetividade da responsabilidade administrativa por meio de sanções para proteção de dados pessoais deve pautar-se na não exclusão da responsabilização civil e o ressarcimento de danos pelo Poder Judiciário.

3.2 A responsabilidade civil e o ressarcimento de danos

A LGPD prevê a possibilidade genérica de ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário para defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados (art. 22), da seguinte maneira:

> "Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva."

[40] PINHEIRO, Patrícia P. *Proteção de dados pessoais*: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

No Código Civil, a previsão da responsabilização civil de pessoas físicas e jurídicas por eventuais atos ilícitos consta nos arts. 186, 187 e 927. A ocorrência de eventuais falhas relacionadas ao tratamento de dados pessoais podem gerar danos, que por sua vez geram o dever de reparação civil.[41]

A LGPD impõe ao controlador e ao operador, especificamente, a obrigação de reparação de danos decorrentes da violação à legislação de proteção de dados pessoais (art. 42), da seguinte forma:

> "Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo."

Com o propósito de assegurar a efetiva indenização aos titulares de dados, a legislação prevê a responsabilização solidária do operador e controlador ou de controladores que estiverem envolvidos no tratamento gerador do dano (art. 42, § 1º).

Além disso, a LGPD prevê a possibilidade do magistrado promover a inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados quando houver verossimilhança das alegações, hipossuficiência para fins de produção da prova ou for excessivamente onerosa a sua produção (art. 42, § 2º). Ainda, a lei permite expressamente o ajuizamento de ação de reparação de danos coletivos (art. 42, § 3º).

De acordo com Sergio Ricardo Correia de Sá Junior, a responsabilização civil das empresas, nesse caso, se dá de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

[41] SÁ JUNIOR, Sergio Ricardo C. *A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no brasil*. 2019. Monografia de especialização – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 26.

A relação consumerista pode ser evidenciada na medida em que o titular dos dados é considerado consumidor direto ou indireto e a empresa é considerada fornecedora de produtos ou serviços.[42]

Em maior medida, nenhum tipo de segurança será capaz de cobrir absolutamente todos os riscos da atividade. Porém, com base nos preceitos do CDC, o Poder Judiciário considerará a teoria do risco da atividade para concluir pela responsabilidade objetiva do fornecedor. [43]

A irregularidade do tratamento de dados será constatada pelo magistrado quando deixar de observar a legislação ou não fornecer a segurança esperada pelo titular do dado, consideradas circunstâncias como o modo de realização, os resultados e riscos razoavelmente esperados e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época da realização (art. 44).

Dessa forma, o Poder Judiciário será acionado para efetivar as reparações civis previstas na LGPD e para eventuais casos de judicialização de medidas administrativas da ANPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A breve análise dos mecanismos institucionais, preventivos e repressivos de proteção de dados pessoais da LGPD permitem afirmar que a lei tem potencial para ser efetiva, desde que cada mecanismo cumpra o seu papel.

---

[42] SÁ JUNIOR, Sergio Ricardo C. *A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no brasil*. 2019. Monografia de especialização – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 27.

[43] SÁ JUNIOR, Sergio Ricardo C. *A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no brasil*. 2019. Monografia de especialização – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 27.

Os agentes e o encarregado pelo tratamento de dados deverão atuar como figuras internas à organização que pertencem, assegurando que os mecanismos preventivos de proteção de dados pessoais - as medidas de segurança e as regras de boas práticas e de governança - sejam devidamente observados.

A ANPD deverá agir como uma figura externa à organização, mas em conjunto com os agentes e o encarregado, para garantir que os mecanismos preventivos sejam regulamentados, compreendidos e devidamente aplicados.

No caso de descumprimento da LGPD por parte das empresas e/ou de seus colaboradores, deverão ser instaurados processos administrativos pela ANPD, que apurará os riscos, danos e a conduta dos envolvidos no incidente. Se a autoridade concluir que houve infração à LGPD, deverá aplicar uma das sanções administrativas.

Em situações limite, o Poder Judiciário poderá ser acionado, seja para a defesa dos direitos de titulares de dados pessoais, seja por empresas ou por seus colaboradores, para garantir a higidez da aplicação das medidas administrativas.

Ainda, a efetividade da LGPD dependerá da própria aderência do empresariado, por exemplo, no GDPR, 36% (trinta e seis porcento) dos executivos estavam em conformidade com as normas até sua data vigor e 59% (cinquenta e nove porcento) dos executivos afirmaram que o GDPR surgiu como uma oportunidade de transformação e criação de um novo modelo de negócio.[44]

[44] INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE – IBM. *The end of the beginning*: unleash the transformational power of the GDPR. 2018. Disponível em: <https://www.ibm.com/downloads/cas/JEMXN6LV>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Porém, a principal ameaça à efetividade da LGPD reside na instituição da ANPD por medida provisória. Vale relembrar que, inicialmente, a criação da ANPD era prevista na LGPD e foi vetada pelo Presidente da República, por vício de iniciativa (Mensagem nº 451/2018). Em seguida, foi editada a Medida Provisória nº 869/2018, que instituiu a ANPD novamente. Porém, como se sabe, a eficácia da medida provisória é limitada e depende da tramitação de projeto de lei de conversão no Congresso Nacional.

No caso da ANPD não ser instituída, seja pela caducidade da medida provisória ou por qualquer outro motivo relacionado ao processo legislativo, a LGPD sofrerá enorme prejuízo na sua efetividade. Sem a ANPD para dispor sobre a segurança, as boas práticas e a governança, e as sanções administrativas, boa parte da lei ficará sem *enforcement*.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ISO/IEC 27000*: norma internacional de segurança da informação é revisada. 2018. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/noticias/5777-iso-iec-27000-norma-internacional-de-seguranca-da-informacao-e-revisada>. Acesso em: 15 abr. 2019.

AVAST. *Os últimos 10 maiores vazamentos de dados*. 2019. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/os-ultimos-10-maiores-vazamentos-de-dados>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

CASTRO, Rodrigo. Eficácia, eficiência e efetividade na Administração Pública. EnANPAD. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/enanpad/2006/dwn/enanpad2006-apsa-1840.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

GARTNER IT GLOSSARY. *Information governance*. Disponível em: <https://www.gartner.com/it-glossary/information-governance>. Acesso em: 15 abr. 2019.

INSTITUTE FOR BUSINESS VALUE – IBM. *The end of the beginning*: unleash the transformational power of the GDPR. 2018. Disponível em: <https://www.ibm.com/downloads/cas/JEMXN6LV>. Acesso em: 15 abr. 2019.

KUJAWSKI, Fabio F., THOMAZ, Alan C. E. *Brazil*. In: RAUL, Alan C. (coord.). The privacy, data protection and cybersecurity law review. 5ª ed. Derbyshire: Encompass Print Solutions, 2018. p. 105.

LIMA, Caio Cesar C., MONTEIRO, Renato L. *Panorama brasileiro sobre a proteção de dados pessoais*: discussão e análise comparada. Revista A.to.Z., Curitiba, v.2, n.1, UFPR, 2013. p. 69.

NISSEMBAUM, Helen. *Privacy in context*: technology, policy and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.000/2018* - information technology - security techniques - information security management systems - overview and vocabulary. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/73906.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.001/2013* - information technology - security techniques - information security management systems - requirements. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/54534.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA PADRONIZAÇÃO. *ISO/IEC 27.002/2013* - information technology - security techniques - code of practice for information security controls. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/54533.html>. Acesso em: 19 abr. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁ JUNIOR, Sergio Ricardo C. *A regulação jurídica da proteção de dados pessoais no brasil*. 2019. Monografia de especialização – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 29.

SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Public law and legal theory working paper nº 28. Chicago, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles>. Acesso em: 15 abr. 2019.

THE GUARDIAN. *The key moments from Mark Zuckerberg's testimony to Congress*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/11/mark-zuckerbergs-testimony-to-congress-the-key-moments>. Acesso em: 15 abr. 2019.

THE GUARDIAN. *Five things we learned from Mark Zuckerberg's European parliament appearance*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/22/five-things-we-learned-from-mark-zuckerbergs-european-parliament-appearance>. Acesso em: 15 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 15 abr. 2019.

VOX. *The Facebook and Cambridge Analytica scandal, explained with a simple diagram*. 2018. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/3/23/17151916/facebook-cambridge-analytica-trump-diagram>. Acesso em: 15 abr. 2019.

ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de dados pessoais como regulação de risco*: uma nova moldura teórica? I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro, 2001